

**“LA CONAMED Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS
PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD EN MEXICO”**
Angélica Hernández Reyes*

*Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigadora “B” del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

SUMARIO. Introducción. I. Responsabilidad Profesional del Médico en México. A. Antecedentes Históricos. B. Concepto de Responsabilidad. C. Tipos de Responsabilidad: 1. Responsabilidad Profesional. 2. Responsabilidad Penal. 3. Responsabilidad Civil. 3. Responsabilidad Administrativa. D. Impericia, Imprudencia, Temeridad, Negligencia y Dolo. E. Marco Legal. F. Responsabilidad de los prestadores de salud en México. G. Aspectos relevantes en la Responsabilidad Profesional del Médico. II. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico. A. Antecedentes. B. Funciones. C. Marco regulatorio. D. Procedimientos ante la CONAMED: 1. Orientación y Gestión. 2. Conciliación. 3. Arbitraje Médico. 4. Opiniones técnicas. 5. Dictamen médico institucional. E. Comisiones Estatales de Arbitraje Médico. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

Mucha gente en el mundo sería feliz o al menos así lo piensan, si abogados y médicos no existieran. Sin embargo, estas dos profesiones tan diferentes entre sí, y en ocasiones tan odiadas por muchos, son profesiones restauradoras, una de la salud en el cuerpo y la otra de la sociedad. Tanto la abogacía como la medicina, son de gran importancia en la vida del ser humano, el médico vela por la vida y el abogado por la libertad, ambos bienes jurídicos tutelados de gran relevancia en todas las sociedades del mundo, pues nada poseemos sin la vida y sin la libertad. Al ser la vida y la libertad tan importantes, tanto médicos como abogados viven en la práctica momentos de gloria y otros de desdicha, ya que no sólo depende de ellos el éxito en su desempeño laboral, sino que en muchas ocasiones el resultado se genera por las circunstancias que les rodean.

Por un lado, los médicos dependen de que en el hospital o clínica en la que laboren se cuente con los instrumentos o medios necesarios para desempeñar adecuadamente su labor y no sólo de eso, sino que el personal que les auxilia (enfermeras, radiólogos, laboratoristas, anestesiólogos e internistas y hasta el personal administrativo) esté capacitado para apoyarlo en sus tareas; por su parte, el abogado litigante, en países como el nuestro, en donde la corrupción en juzgados todavía no se logra erradicar totalmente, dentro del juicio la mayoría de las veces gana quien diga más mentiras, quien prepare mejor a sus testigos, de que la parte contraria no

sea amiga del juez, secretarios de acuerdos, secretarias, personal administrativo, etc., además de rogarle a Dios que no pase nada con su expediente; es decir, que no sea robado, mutilado, alterado, etc., eso adicionado al valor que se le otorga a cada una de las pruebas en nuestro sistema judicial, es lo que puede determinar el éxito o fracaso legal.

Como podemos ver, se trata de labores titánicas, que en muchas ocasiones el resultado depende de las circunstancias, en donde además si no se tiene un gran sentido de la responsabilidad y la ética, se puede estar francamente perdido, pues se puede correr con la suerte de no ser castigado por algún error en el ejercicio de la profesión en alguna ocasión, pero no siempre se correrá la misma suerte.

De tal manera que ambas profesiones son muy importantes, sin dejar de ser a la vez altamente satisfactorias, precisamente por los bienes jurídicos que tutelan. Estas dos profesiones, aunque tan disidentes entre sí, han encontrado un punto de convergencia y es, precisamente, dentro de la responsabilidad de los prestadores de salud, toda vez que desde hace muchos años se ha buscado castigar las negligencias médicas y se ha hecho necesaria la presencia de expertos, tanto en la medicina, como en el derecho, para analizarla, conceptualizarla, diferenciarla, sancionarla y castigarla.

En lo que respecta a los médicos, la responsabilidad en el ejercicio de su profesión, ha sido un tema que se ha discutido en las últimas décadas, esto debido al incremento de denuncias o demandas en su contra. Hace más de 50 o 60 años, era poco frecuente que se les demandara por algún caso de negligencia, lo cual no quiere decir que no sucediera, pero eran casi nulos, tal vez no sucedía por un conjunto de circunstancias, tales como: desconocimiento o ignorancia de la vía legal para hacerlo, una mayor preocupación porque su enfermo recuperara su salud, no contar con un órgano que atendiera dichas demandas, falta de recursos para demandar, pocos abogados expertos en la materia para representarlos y el hecho que los ciudadanos de hoy somos menos pasivos que los de hace más de cincuenta años, ya no nos resignamos a situaciones adversas, exigimos y demandamos la reparación del daño sufrido y más aún cuando se trata de la pérdida de la vida o un detrimento grave en la salud de algún familiar o amigo cercano. Esta protección entre médicos y personal que los auxilian para el restablecimiento de la salud, ha hecho que se alteran o mutilen expedientes clínicos, toda vez que éste constituye una de las pruebas más fehacientes o contundente en las negligencias médicas.

Sin embargo, desde la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), muchas personas han encontrado una solución alternativa a sus problemas por una mala praxis médica¹⁰⁴, ya que a través de las funciones que realiza ha podido desahogar denuncias de la sociedad por deficiencias de los prestadores de servicios de salud; algunas de ellas, se han resuelto con la sola llamada de un funcionario facultado, por los buenos oficios de los conciliadores, mediante algún arreglo justo para ambas partes, o en su defecto, mediante un laudo arbitral, ya haya sido en estricto derecho o en conciencia. La CONAMED, de manera adicional, ha auxiliado en las excesivas cargas de trabajo de los Ministerios Públicos, ya que la Comisión puede elaborar dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia por negligencia médica, el cual es valorado en su conjunto con las demás pruebas que existan en cada caso en particular, tal como se verá más adelante.

Esta Comisión, es un buen referente en materia de arbitraje médico a nivel iberoamericano, pues así ha sido señalado por destacados juristas, médicos, autoridades sanitarias y de procuración de justicia, quienes a lo largo de los doce años que tiene funcionando, han avalado su esquema de trabajo. A nivel nacional el trabajo de la CONAMED también ha sido reconocido; en el año 2001, con la certificación ISO-9001 por la calidad en todos sus procesos, y en el 2002, con el premio calidad Intragob¹⁰⁵, lo que demuestra que se trata de un organismo con un equipo de trabajo comprometido con la calidad de los servicios para la sociedad mexicana.

La CONAMED es una institución joven y en doce años de servicio ha ido perfeccionando sus procesos y ha dado resultados, considero, positivos. Sin embargo, se necesita mucho más por hacer, se pueden seguir perfeccionando sus esquemas de trabajo, a fin de que las resoluciones que emita sean más justas y eficaces, pero sobre todo más oportunas para los usuarios de sus servicios. Podemos observar que hay mucho qué hacer, éste es un tema muy interesante en el que pueden incursionar nuestros diputados preocupados por el debido ejercicio de la medicina, de las

¹⁰⁴ Omisión del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, por culpa, negligencia o dolo; omisión que da por resultado daños o perjuicios a éste. Para integrar la mala práctica se necesitan dos elementos esenciales: uno, que el médico deje de cumplir con su deber, y otro, que a consecuencia de ello genere un daño o perjuicio definido al paciente (relación causal).

¹⁰⁵ Este premio es el reconocimiento de la Presidencia de la República a las mejores prácticas de calidad total dentro del Gobierno Federal.

instituciones de salud y del personal involucrado, tanto del sector público, como del privado.

Es por ello, que el presente trabajo pretende revisar la responsabilidad profesional del médico, sus antecedentes, conceptos, marco legal, la función de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, su marco regulatorio, procedimientos que lleva a cabo, así como la responsabilidad de los prestadores e instituciones de salud.

Veremos, que como en muchos temas de trascendencia nacional, el tema que nos ocupa requiere de algunas reformas legales, entre ellas, el que se revise la naturaleza jurídica de la CONAMED, analizando la conveniencia de modificarla, a fin de que sus resoluciones tengan más fuerza legal; homologar las comisiones estatales de arbitraje médico, las cuales han sido creadas bajo diferentes esquemas legales y por lo tanto, cuentan con diferente regulación; impulsar la creación de las comisiones estatales en los Estados de la República Mexicana que aún no cuentan con ellas; revisar las disposiciones legales de las instituciones de salud pública, a fin de que no dificulten el trabajo o resoluciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, entre otras.

En consecuencia, esperamos que el presente trabajo sea de utilidad para el lector y que sirva con carácter únicamente informativo, y que, ojalá nunca tenga que recurrir a algún procedimiento legal por algún caso de negligencia médica de algún familiar, amigo o conocido.

I. Responsabilidad Profesional del Médico en México.

A. Antecedentes Históricos

Este apartado resulta obligado, a fin de revisar cómo se les ha castigado a los profesionales de la medicina por mala praxis a lo largo de la historia. Es interesante ver como se ha ido evolucionado en este tema, ya que como recordaremos en diferentes pasajes de la historia, a los médicos se les consideraba como brujos o hechiceros, debido a sus facultades para curar enfermos y por ello, eran castigados o encerrados.

En relación con esto, Luz María Reyna Carrillo Fabela señala que la responsabilidad médica ha sido determinada por las circunstancias particulares, las condiciones del medio y el pensamiento filosófico dominante de cada época, apuntando como antecedentes los siguientes:

❖ En la cultura mesopotámica, el Código de Hammurabi (siglo XVIII A.C.) es el primer documento que contempla castigos para el médico que fracasara en el ejercicio de su profesión, ya que prescribía:

Artículo 218: Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o ha abierto la cuenca del ojo de un señor con lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor se le amputará su mano.

Artículo 219: Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo.

Artículo 220: Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio.

❖ Dentro de la cultura griega, Alejandro Magno ordenó que Glacus médico de Ephestion, fuera condenado a morir en la cruz por haber abandonado a su cliente enfermo, produciéndole la muerte.

❖ Entre los ostrogodos, cuando el enfermo moría por la impericia del médico, éste era entregado a la familia para que lo castigaran como bien entendieran.

❖ En la Edad Media, se dictó una sentencia de los burgueses de Jerusalén contra un médico en el siglo XIII, quien había cortado de manera transversal la pierna de un enfermo causándole la muerte.

❖ En Francia, la jurisprudencia del siglo XV castigaba las faltas intencionales de los médicos, aún cuando fueran leves y las graves aún cuando hubieran actuado sin dolo. Sin embargo, en 1596 y 1602, el Parlamento declara que los médicos no son responsables de los accidentes que sobrevienen en el curso del tratamiento y años más tarde, cambia su doctrina condenando algunos métodos terapéuticos

❖ Proceso Helie y Proceso Thouret Noroy (1825 y 1832), se procesa a estos dos médicos por haber actuado imprudencialmente y con impericia profesional, condenándolos a pagar una pensión vitalicia al paciente. Éste se considera un antecedente muy importante dentro de la responsabilidad profesional médica, ya que sirvió para que se empezara a legislar en tal sentido en todo el mundo.

❖ En México, el Archivo General de la Nación dentro de la Unidad Documental de la Real Audiencia, cuenta con material relacionado con este tema, tales como procesos o denuncias contra médicos por el mal ejercicio de su profesión, pero son escasos y difíciles de localizar. Por su parte, en la Unidad Eclesiástica existen procesos seguidos en contra de médicos que utilizaron procedimientos o medicamentos no permitidos y quienes eran acusados de hechiceros.¹⁰⁶

Por su parte, Pedro Rodríguez López en su libro *“Responsabilidad Médica y Hospitalaria”*, apunta además de los señalados anteriormente como antecedentes, los siguientes:

❖ En Roma, con la aplicación del juramento hipocrático, se trató de eliminar la discriminación a esclavos y extranjeros por parte de los médicos, bajo el principio de *“planus misericordiae et humanitatis”* y temas como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional el abandono del enfermo una vez comprometido en su curación, etc. aparecen en sus textos.

❖ Aristóteles aunque era griego, en su libro *“La Política”* hace referencia a la responsabilidad del médico en Egipto, cuando señalaba *“Entre los egipcios no estaba permitido levantarse antes del tercer día, porque si el médico levantaba antes (al enfermo), lo hacía bajo su responsabilidad”*.

❖ Platón, dentro de las Leyes IX, señaló que *“un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico, pero muere por sí mismo”*.

❖ En España, en la Ley XI, Título I y en las Partidas se contempla la responsabilidad del médico (también veterinario) que cause daño profesional. Las partidas contemplaban el resarcimiento del daño ocasionado por la actividad médica a libres y a siervos, del abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento y de las penas en caso de muerte. También contemplan penas para los que fingen tener mayor conocimiento médico de los que realmente poseen.

❖ La Novísima Recopilación, en su Libro VIII, títulos II y siguientes con el Protomedicato, establecía ciertos aspectos relativos al intrusismo entre médico y boticario, el ejercicio de la medicina sin licencia, entre otros.

Este autor, concluye que es a finales del siglo XVIII y principios del XIX, principalmente en Francia, donde empieza una importante preocupación

¹⁰⁶ CARRILLO FABELA, Luz María Reyna, *La responsabilidad profesional del Médico en México*, Porrúa, México, 2005, p. 1-3.

por la responsabilidad médica en los medios jurisprudenciales y doctrinales¹⁰⁷

Como podemos ver, las sanciones que se han aplicado a los médicos a lo largo de la historia, han sido muy severas, a quienes además como ya lo comentamos, en diferentes lugares y épocas, se les consideró como brujos o hechiceros, debido a sus conocimientos para curar a los enfermos.

Los diversos autores consultados, coinciden en que el concepto de responsabilidad médica aparece precisamente con el Código de Hammurabi, el cual distinguió la responsabilidad por daño a una persona libre, de la causada a un esclavo; tratándose de una persona libre, se castigaba al médico cortándole las manos, por ser el instrumento que le permitía llevar a cabo sus operaciones, pero tratándose de un esclavo, el castigo no era tan severo, ya que se trataba únicamente de una sanción de carácter económico, por la supuesta poca valía del esclavo. Se buscaba no sólo en algunos casos aplicar justicia por su propia mano, en otros aplicar la Ley del Talión, sino que además la sanción fuera ejemplar para los demás médicos y tuvieran más cuidado al desempeñarse en sus funciones.

De manera adicional, podemos observar que en el derecho romano se establecía la culpabilidad del médico aún cuando hubiera procedido bien, pero que los resultados fueran negativos a consecuencia del abandono del enfermo, considerándose de igual manera como negligencia.

En conclusión, nos podemos percatar cómo la profesión médica ha estado presente en el campo del derecho, desde épocas muy remotas y en diversos contextos. Es así que en todos los tiempos y en las distintas civilizaciones hubo médicos que, aunque con distintas metodologías o creencias, debieron responder del debido ejercicio de su profesión, ya fuese ante el pueblo, el tribunal, el soberano, variando únicamente a lo largo del tiempo, el concepto de culpa y las penas que eran aplicadas, las cuales en su mayoría eran muy severas.

B. Concepto de Responsabilidad

El término responsabilidad proviene del latín *respondere*, que se interpreta como estar obligado a responder de algo o alguien.

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que:

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, España, 2004, p. 21.

... un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado (H. Kelsen). En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación. La responsabilidad es, este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.¹⁰⁸

En el campo del derecho, hay coincidencia en que el término responsabilidad, es un concepto jurídico fundamental. Para Domingo Bello Janeiro se trata de la posición del sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de reparar un hecho lesivo a un interés protegido.¹⁰⁹

Por su parte, Abraham Sanz Encinar, señala que:

La responsabilidad es un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño.¹¹⁰

Por lo que, debemos entender por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente; y por otro lado, también es la relación de causalidad que existe entre el acto y su autor, es decir, la capacidad de responder por sus actos. En general, la responsabilidad se traduce al surgimiento de una obligación o la aplicación de una pena, como

¹⁰⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, voz: Responsabilidad, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Primera Parte, p. 44, México, 1984, [Documento en línea] [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

¹⁰⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Et. al.*, *Tratado de Responsabilidad Médica, Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis, Argentina, 2007, p. 2.

¹¹⁰ *Ibid.*

consecuencia del daño causado, el cual se repara en muchas ocasiones mediante indemnización de carácter económico.

La responsabilidad en el campo del derecho es una fuente de la obligación; entendiendo por obligación desde los romanos, como aquél vínculo jurídico por el cual una persona, llamada deudor se obliga frente a otra llamada acreedor, a realizar determinada prestación. En el caso de la responsabilidad profesional, en particular la de los médicos, implica hacer o dejar de hacer ciertas acciones, lo cual produce consecuencias de derecho por las que se debe responder, tal como lo veremos más adelante.

C. Tipos de Responsabilidad

Los médicos en su actividad diaria asumen responsabilidades éticas, sociales, profesionales, morales, mercantiles, fiscales, laborales, administrativas, etc., el tipo de responsabilidad que nos interesa, es aquella que tiene implicaciones legales que surgen del binomio médico-paciente; es decir, el tipo de responsabilidad que deriva de su actuar con el enfermo, por eso es importante que actúen con diligencia, pericia, prudencia, de acuerdo a reglas técnicas inherentes a su actividad científica, ya que de no conducirse bajo este esquema, pueden ocasionar lesiones en la salud, o incluso producir la muerte. En razón de ello, consideramos importante revisar este tipo de responsabilidad derivada de la relación médico-paciente y por la cual pueden ser sancionados:

1. Responsabilidad Profesional:

Para Lilia Cote y Paúl García, el concepto de responsabilidad profesional se refiere a la obligación de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión¹¹¹.

En nuestro país, el artículo 24 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, nos otorga la definición de ejercicio profesional:

¹¹¹ COTE ESTRADA, Lilia y GARCÍA TORRES, Paúl Octavio, *Problemas médico legales*, El Manual Moderno, publicado en Internet por la Asociación de Médicos Colegiados de México, [Documento en línea], [México, citado el 5 de Octubre de 2008], formato pdf, disponible en línea: http://www.amcg.org.mx/pdf/trat_ciruj_gen.pdf

Artículo 24: Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

Por lo que la responsabilidad profesional será entendida, como la obligación de los profesionistas de responder por la realización de sus actos o la prestación de un servicio, de acuerdo con una adecuada praxis que se marca para cada profesión.¹¹²

En el caso del ejercicio de la medicina, es obligatorio a nivel federal contar con título expedido por las autoridades correspondientes y avalado por la Secretaría de Educación Pública, lo mismo sucederá en el caso de que el médico cuente con alguna especialidad, maestría o doctorado.

En este sentido, cuando se habla de responsabilidad profesional del médico, encontramos disposiciones al respecto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Penal, Código Civil Federal, Ley General de Salud, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud, Ley General de Profesiones, Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, entre otras.

Sin embargo, a pesar de una regulación vasta, nuestro Código Civil no ha sido explícito en la responsabilidad del médico, ni tampoco de otras profesiones, a diferencia del Código Penal en relación con un hecho delictuoso, que puede ser producto de negligencia, falta de atención o cuidado, llegando a constituir delito, tal como lo señalan los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 228.- 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

¹¹² A contrario sensu de la definición de mala praxis, una adecuada praxis será que el profesionista preste apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su cliente.

Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

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

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

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

Artículo 230.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multas y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:

I.- Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;

II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

III.- Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

El artículo 2236 del Código Civil italiano, prescribe respecto de la responsabilidad de los prestadores de Servicios que: "Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el obligado

a prestarlos no es responsable de los daños que cause sino en el caso de dolo o de culpa grave”.¹¹³

Algunos tratadistas consideran esta situación muy importante, ya que delimita la responsabilidad del médico. Debemos analizar ¿qué es la culpa grave en la disciplina jurídica?, ya que el médico está relevado de cualquier culpa leve. Sin embargo, el médico se supone que debe tener una capacidad técnica específica. Si hay ignorancia de la técnica médica, profesional, debe considerarse como culpa grave (falta de conocimientos, la impericia, la imprudencia, la negligencia). Los médicos tienen el deber jurídico de aplicar una técnica profesional adecuada de la que debe responder ante el paciente y la sociedad; respecto a la víctima o los deudos, se debe de proceder mediante la reparación del daño. En relación con la sociedad, se cuestiona si el médico debe seguir ejerciendo la profesión por constituir un peligro social, sobre todo porque se pone en riesgo la vida y la salud de las personas.

El médico debe reparar el daño en forma pecuniaria; la responsabilidad ante la sociedad puede originar la suspensión temporal o definitiva de su actividad profesional y, a mi modo de ver las cosas, tratándose de suspensión temporal, debería considerarse la posibilidad de volver a evaluar la capacidad y los conocimientos de estas personas para poder ejercer nuevamente la profesión.

Por otro lado, relacionado con el debido ejercicio de la profesión, se encuentran los Códigos de Ética, los cuales contienen valores derivados de un sistema filosófico y axiológico, tales como la honradez, la justicia, la igualdad, la salud, la seguridad, el bienestar público, el respeto a la naturaleza, entre otros; la mayoría de ellos se basan en una ética deontológica, principios, normas y reglas.

En este sentido, la ética profesional es una rama de la filosofía moral, que busca establecer las normas que deben regir el comportamiento de las personas que practican una profesión determinada, dentro del propio ejercicio de la misma. Estos códigos de ética profesional son muy importantes, no sólo como una guía moral, sino porque de manera adicional cada profesión declara su intención de cumplir con la sociedad, de servirla con lealtad y diligencia y de respetarse a sí misma.

¹¹³ CODICE CIVILE ITALIANO, Altalex, [Documento en línea], [México, citado el 20 de Septiembre de 2008], formato php, disponible en línea: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36499>.

En relación con el ejercicio de la medicina, los médicos cuentan con el Juramento Hipocrático¹¹⁴, Código Internacionales, tales como el de ética médica, adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Londres Inglaterra, Oct. 1949; Recomendaciones que orientan a los médicos en la investigación biomédica que involucra a los seres humanos, adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Finlandia 1964, Carta de Salud Ocupacional (adoptada en Bruselas en 1969); Código de ética de los profesionales de seguridad, adoptado por la Asamblea de la ASSE en 1974, Código de conducta ética para médicos que prestan Servicios de Salud Ocupacional, adoptado por la Junta Directiva de la Asociación Medica Ocupacional Americana (AOHA) en Junio de 1976; Código de deontología Médica, Consejo Nacional del orden Médico, (Diario Oficial de la República Francesa de septiembre de 1995); Código de ética, Asociación Americana de enfermeras de salud ocupacional, adoptado por el Comité Ejecutivo de la AAOHN en 1977, además de los códigos de ética que se tienen por cada especialidad médica o personal auxiliar de la medicina, así tenemos que existen códigos de ética en especialidades como: ortopedia,

¹¹⁴ "Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Hygiea y por Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndoles por testigos, que cumpliré, según mi capacidad y mi criterio, este juramento y declaración escrita:

Trataré al que me haya enseñado este arte como mis progenitores, y compartiré mi vida con él, y le haré partícipe, si me lo pide, y de todo cuanto le fuere necesario, y consideraré a sus descendientes como a hermanos varones, y les enseñaré este arte, si desean aprenderlo, sin remuneración ni contrato.

Y haré partícipes de los preceptos y de las lecciones orales y de todo otro medio de aprendizaje no sólo a mis hijos, sino también a los de quien me haya enseñado y a los discípulos inscritos y ligados por juramento según la norma médica, pero a nadie más.

Y me serviré, según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar. Y NO DARÉ ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente.

Y no castraré ni siquiera (por tallar) a los calculosos, antes bien, dejaré esta actividad a los artesanos de ella.

Y cada vez que entre en una casa, no lo haré sino para bien de los enfermos, absteniéndome de mala acción o corrupción voluntaria, pero especialmente de trato erótico con cuerpos femeninos o masculinos, libres o serviles.

Y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viviese u oyere, con respeto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo. Así pues, si observo este juramento sin quebrantarlo, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hombres; más, si lo quebranto y cometo perjurio, succédame lo contrario”.

pediatría, ginecología, enfermería, además de guías en diversas especialidades o para los demás prestadores de servicios de salud.

2. Responsabilidad Penal:

Rafael Rojina Villegas, indica que cuando se ofenden los intereses generales de la sociedad existe responsabilidad penal, por haberse violado los valores de la comunidad.¹¹⁵

El Diccionario Jurídico Mexicano la define como: “Deber jurídico de sufrir la pena que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es una acción u omisión típica antijurídica y culpable.”¹¹⁶

En consecuencia, es aquella obligación de reparar que surge de una acción u omisión que ocasiona un daño y que se encuentra tipificada en el Código Penal como constitutiva de un delito. En el caso de que derivado de este tipo de responsabilidad, se causen daños, se puede demandar responsabilidad civil y por lo tanto, la obligación de indemnizar por los daños sufridos. Es decir, que la ejecución de un hecho descrito por el Código Penal como delito obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios.

Si se decide denuncia por la vía penal, el procedimiento se inicia en una agencia del Ministerio Público, en donde se elabora una denuncia de hechos, citan al médico, para que tenga oportunidad de defenderse relatando cómo sucedieron los hechos. Sí de los elementos con los que cuenta el Ministerio Público, determina que existe una probable responsabilidad, por actos u omisiones que puedan implicar la comisión de un delito, ejercitará acción penal ante el juez competente. Lo más común es que durante este proceso, se mande llamar a un perito, quien de acuerdo a sus conocimientos, elabora un dictamen médico sobre lo sucedido; en ocasiones hay 2 o 3 peritajes para valorar si hubo responsabilidad médica. A veces, los agentes del Ministerio Público, solicitan la intervención de la CONAMED, pero únicamente con la finalidad de que un perito de esta institución, entre como perito tercero en discordia y así se cuente con más elementos para determinar la probable responsabilidad del médico.

¹¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen II, 5ª. edición, México, 1985, pp. 122-123.

¹¹⁶ BUNSTER, Álvaro, Voz: Responsabilidad Penal, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Segunda Parte, p. 60, México, 1984, [Documento en línea], [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], formato htm, disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

Una vez que se dicta auto de sujeción al proceso o de formal prisión, el asunto se turnará al juez de lo penal, para que dicte sentencia, la cual puede ser absolutoria o se puede sancionar mediante la privación de la libertad y/o suspensión del ejercicio profesional.

Finalmente, nos parece importante destacar el hecho de que los médicos y quienes los auxilian pueden cometer durante el ejercicio de su profesión delitos culposos o imprudenciales por negligencia o impericia y de manera excepcional, delitos dolosos o intencionales, en cuyo caso se debe probar que el médico obró con toda la intención de dañar al paciente.

3. Responsabilidad Civil:

Para Rafael Rojina Villegas hay responsabilidad civil:

...cuando una persona ha causado daño a otra por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño. No basta la simple comisión del daño dentro del sistema admitido en el derecho positivo y confirmado por la doctrina y la jurisprudencia, para que nazca la obligación de indemnizar a la víctima.¹¹⁷

De acuerdo con este autor, para que nos encontremos en el terreno de la responsabilidad civil, se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: a) la comisión de un daño; b) la culpa, y c) el nexo de causal entre el hecho y el daño.

Ignacio Galindo Garfías advierte que a lo largo de la historia, diversos autores han definido la responsabilidad civil, como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso, aunque también es concebida como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie¹¹⁸.

El artículo 1910 del Código Civil Federal señala respecto de la responsabilidad civil, 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.

¹¹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, p. 121.

¹¹⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “*Responsabilidad civil*” en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, Rep-Z, p. 45, México, 1984, [Documento en línea] [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

En relación con el artículo anterior, el hecho ilícito es una conducta violatoria del deber jurídico de no causar daño a nadie. La conducta es indebida porque ha violado directamente ese deber impuesto por el ordenamiento (responsabilidad extracontractual) o porque esa violación se ha producido en manera indirecta, faltando al cumplimiento de una obligación concreta, previamente contraída (responsabilidad contractual). En ambos casos, la conducta es ilícita y además si con ella ha causado daño, el responsable está obligado a repararlo y a indemnizar de los perjuicios a quien los resiente.

Por otro lado, el concepto de acto ilícito significa que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir, que se ha obrado con la intención de causar el daño o se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia.

La definición de ilicitud se encuentra en el artículo 1830 del Código Civil Federal que señala como ilícito, el hecho que es contrario a las leyes o a las buenas costumbres.

En conclusión, para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa.¹¹⁹

Ahora bien, en el tema que revisamos podemos señalar que las actuaciones médicas pueden o no implicar responsabilidad penal, y no necesariamente constituyen un delito o falta, pero sí pueden generar daños, es decir, encuadrarse dentro de la responsabilidad civil y en consecuencia, tener que indemnizar al afectado. Se trata entonces, de la responsabilidad por toda acción u omisión que genere un daño, ya sea que se haya causado por culpa o negligencia, de la cual debe responder quien ocasionó dicho daño, así como otros vinculados a él por distintas relaciones (enfermeras, internistas, radiólogos, etc.).

En consecuencia, debemos revisar que entendemos por reparación del daño, el Diccionario Jurídico Mexicano nos indica que se trata de la “Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de reestablecer el status quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito”.¹²⁰ Es decir, la reparación del daño se traduce en una indemnización

¹¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, voz: Responsabilidad civil en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Primera Parte, pp. 45-46, México, 1984, [Documento en línea] [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

¹²⁰ BUNSTER, Álvaro, voz: Reparación del Daño, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Primera Parte, p. 13, México,

económica, derivada de la obligación por parte del delincuente de regresar las cosas en el estado en el que se encontraban y así enmendar los daños provenientes de su falta.

Respecto de la reparación del daño, el artículo 34, último párrafo del Código Penal Federal, señala que quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez pena, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, se dejan a salvo sus derechos para que pueda recurrir a la vía civil.

La responsabilidad civil en el caso del binomio médico-paciente, puede ser contractual, cuando procede del incumplimiento de un contrato y extracontractual cuando la solicitud de la prestación del servicio se ha hecho de manera verbal. Es decir, la relación jurídica médico-paciente se establece con la simple afiliación a la institución de seguridad social o privada, quienes aseguran al paciente y con quienes concierta la atención a su salud, y a cuyo servicio se encuentra el profesional, quien se encuentra jurídicamente obligado a prestar al paciente la asistencia médica que requiera.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato (cuando lo llegan a firmar médico y paciente), mucho se ha discutido sobre el tipo de contrato del que se trata, algunos señalan que es un contrato de mandato, de prestación de servicios profesionales, de obra determinada, innominado, etc.; sin embargo, finalmente se ha concluido que al provenir de un "acto médico", se trata de un contrato especial al que se le ha denominado "De Asistencia Médica", con sus particulares características.

Por regla general, la intervención del médico no se deriva de un contrato, pues pocas veces se firman esos instrumentos legales que indiquen que se autoriza la intervención del médico y en qué términos, por lo que, se dice que la relación médico-paciente surge, precisamente con un consentimiento tácito, desde que el médico atiende al paciente en su consultorio; es decir, de todas las actividades que como médico debe llevar a cabo, las cuales deben ser apegadas a las normas que rigen el ejercicio de su profesión y que son obligaciones que se exigen en virtud del ejercicio profesional.

A nivel mundial se ha determinado que la prestación del servicio médico, ya sea de manera contractual o extracontractual, implica una obligación de

1984, [Documento en línea], formato htm, [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

medios y no de resultados; es decir, la obligación profesional del médico no es la de obtener como resultado la recuperación del enfermo, sino que está obligado solamente a proporcionar al paciente todos los cuidados que a cada momento requiera, para entonces sí, como consecuencia mediata recuperar su salud, esto de acuerdo con el estado de la ciencia y la denominada *Lex artis*.

Finalmente, señalaremos que la vía civil se inicia con una demanda que se presenta ante los juzgados civiles; en este caso, no hay privación de la libertad, ni tampoco procede la suspensión del ejercicio profesional. Se demanda únicamente la reparación de los daños y perjuicios causados al afectado, lo cual se hace mediante una indemnización. En nuestro país, casi no se utiliza esta vía por el gasto que implica (se tiene que pagar abogado, peritos, gastos judiciales y extrajudiciales), pero adicionalmente, por el largo camino que hay que recorrer para comprobar que efectivamente hubo un daño o un perjuicio.

4. Responsabilidad Administrativa:

Se llama responsabilidad administrativa a aquella que surge de la violación de una disposición de carácter administrativo y que es exigible por una entidad estatal, la cual ejerce funciones de inspección, vigilancia y control dentro de un sector gubernamental en específico.

Sabemos que lo administrativo se refiere a la regulación de los servicios públicos y en general, a la administración pública aplicable a todo funcionario (dentro de los tres niveles de gobierno), en concordancia con lo señalado en el artículo 108 Constitucional y con la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, reglamentaria del Título Cuarto de la CPEUM. En lo que se refiere a funcionarios públicos del Distrito Federal, les es aplicable la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (igualmente reglamentaria del Título Cuarto de la CPEUM), en tanto no se expida una ley en esta materia para el D.F., toda vez que la propia ley contiene una nota que indica: “Las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos seguirán aplicándose en dicha materia a los servidores públicos de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial de carácter local del Distrito Federal.”

Las sanciones que derivan de la responsabilidad administrativa, consisten en: apercibimiento (público o privado), suspensión¹²¹, destitución, inhabilitación, económicas, entre otras, y se determinan mediante el procedimiento administrativo que se siga a los servidores públicos que realicen conductas que afecten la legalidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia de su cometido. El artículo 113 de la CPEUM indica que corresponde a la ley secundaria precisar quiénes pueden ser responsables administrativamente, las sanciones que deben imponerse, las autoridades para aplicarlas y los procedimientos que se deben seguir.

En este sentido, los médicos que trabajan dentro del Sistema Nacional de Salud pueden incurrir en responsabilidad administrativa; un ejemplo puede ser cuando en una clínica u hospital del ISSSTE, no se atiende de manera inmediata a una persona que requiere de atención. Las sanciones administrativas pueden consistir en apercibimientos, amonestaciones, suspensiones o expulsiones de la entidad pública, sanción económica o inhabilitación del cargo.

Debemos señalar, que las sanciones administrativas que sean impuestas a profesionales, técnicos o auxiliares de la salud, son independientes de la responsabilidad civil o penal que puedan derivar de un mismo acto; es decir, el tipo de responsabilidades no son excluyentes, sino que pueden ser concurrentes.

Finalmente, si se opta por la vía administrativa, se puede presentar ante la propia Comisión Nacional de Arbitraje Médico; ante las comisiones estatales de arbitraje médico;¹²² las contralorías internas de las instituciones de salud pública; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o sus comisiones estatales; la Procuraduría Federal de Consumidor, y la Secretaría de la Función Pública. Regularmente esta vía se inicia mediante queja en contra del servidor público, integrándose un expediente en contra del quejoso, se puede buscar la conciliación entre las partes, en caso de que no sea así, se continúa con el procedimiento hasta que la autoridad emita una resolución. La resolución puede liberar al prestador de servicios de salud, en caso contrario, se emite una recomendación o una sanción, la cual

¹²¹ En el caso de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, indica que la suspensión del empleo, cargo o comisión será por un período no menor de tres días ni mayor a un año.

¹²² La intervención tanto de la CONAMED, como de las comisiones estatales de arbitraje médico, tiene diferente naturaleza jurídica, dependiendo si se resuelve en la orientación, conciliación o arbitraje médico, en este último caso, la vía para demandar la ejecución del laudo, es la civil.

como ya mencionamos anteriormente, puede consistir en suspensión, destitución, inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, así como una sanción de carácter económico o pago de daños o perjuicios.

D. Impericia, Imprudencia, Temeridad, Negligencia y Dolo

Es importante que revisemos estos conceptos, para poder diferenciar entre cada uno de ellos, ya que estos cinco conceptos revisten gran importancia respecto de la responsabilidad profesional de los prestadores de servicios de salud. Se revisaron diferentes conceptos y consideramos adecuados los que contiene el Tratado de Responsabilidad Médica, que veremos a continuación¹²³:

Impericia: La impericia es lo contrario a la pericia. Es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben tener 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, las habilidades y cuidados exigidos.

Significa falta de sabiduría, de práctica, de experiencia o de habilidad en el arte o profesión.

Imprudencia: La imprudencia es lo opuesto a la prudencia. 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.

Por lo regular, cuando se presenta la imprudencia, se comete como consecuencia de negligencia o impericia; casos atribuibles a imprudencia por sí sola, no son frecuentes.

Temeridad: f. Imprudencia, exposición excesiva a un riesgo innecesario¹²⁴.

¹²³ REYNA CARRILLO, Fabela, en LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Et. al.*, *Tratado de Responsabilidad Médica*, pp. 586-591.

Negligencia: 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. Es decir, que teniendo la pericia, los conocimientos y la capacidad necesaria, no se pongan al servicio en el momento en que se necesitan. La negligencia es lo contrario al sentido del deber.

Dolo: El dolo se configura cuando la persona, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. El dolo implica en general una conducta antijurídica consciente y querida.

De acuerdo con estos conceptos, la *impericia* es la insuficiencia de conocimientos para la atención de un caso, aunque se presume y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión. De manera adicional, se trata de la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada.

Por otro lado, la *imprudencia* es realizar un acto a la ligera, sin tomar precauciones debidas, o también puede ser la conducta contraria a lo que aconseja el buen sentido, emprender actos fuera de lo común, hacer más de lo debido; es o implica una conducta peligrosa. Es la violación a las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio. En el campo de la medicina, se trata del conocimiento práctico, experiencia, comprensión del caso y claridad.

Como pudimos ver, la *temeridad* es considerada como especie de la imprudencia, es el incursionar en un ámbito para el cual no se está preparado.

Por otro lado, existe *negligencia* cuando se da una práctica médica deficiente, con descuido y desatención, es la falta del deber de cuidado.

La negligencia ha sido estudiada dentro del Derecho Civil, en lo que se conoce como la “Teoría de la Responsabilidad subjetiva”, en la cual los hechos ilícitos constituyen una fuente de las obligaciones y su fundamento es la negligencia, la culpa o el dolo, por no tomar las precauciones necesarias, constituyendo la base de la responsabilidad de los cuasidelitos

¹²⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, voz: temeridad, Wordreference.com, [Documento en línea], formato htm, [México, citado el 7 de Octubre de 2008], disponible en línea: <http://www.wordreference.com/definicion/temeridad>

(delitos culposos o por imprudencia), tanto desde el punto de vista penal como civil y por lo tanto de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido. Toda responsabilidad implica al menos tres elementos comunes: a) La acción u omisión; b) El daño y, c) La relación de causalidad entre ambos¹²⁵. Como podemos ver, la línea divisoria entre un concepto y otro es muy delgada, es por ello, que al hablar de la responsabilidad de los prestadores de salud, muchos autores que la han estudiado, de acuerdo con esta teoría de la responsabilidad subjetiva han llegado a utilizar los términos de culpa, dolo, impericia, imprudencia, temeridad y negligencia como sinónimos, sin embargo, como podemos observar cada una de ellas tiene diferentes connotaciones e implicaciones legales.

Finalmente, hay *dolo* cuando existe la voluntad maliciosa de engañar, de incumplir una obligación contraída y que se encuentra tipificada en la ley.

En conclusión, los médicos y también los prestadores de salud, durante la atención al paciente, pueden incurrir en alguna de ellas, en varias o en todas a la vez; sin embargo, lo más difícil de comprobar es que hayan actuado con dolo, ya que implica estar consciente del daño que se va a causar, es, querer o aceptar el resultado típico y antijurídico.

E. Marco legal

Nuestra Constitución Política contempla en su artículo 4° el derecho a la protección de la salud, al señalar que:

Toda persona tiene derecho a la protección a 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.

Este artículo cuarto de nuestra Carta Magna es el fundamento de la obligación que tiene el Estado de proporcionar todos los medios que sean necesarios para proteger la salud de los mexicanos. Por su parte, el artículo 2° de la Ley General de Salud establece las finalidades que tiene dicha protección a la salud, siendo éstas:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

¹²⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, p. 68.

- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan 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.

Al ser el tema de salud prioritario en cualquier nación, su importancia repercute en un número muy vasto de ordenamientos legales, que buscan regular un adecuado ejercicio en la prestación de los servicios de salud, de las personas que se encuentran al servicio, pero sobre todo médicos, pieza fundamental en esta función estatal de gran relevancia. A continuación enlistaremos los ordenamientos de *carácter federal* que regulan aspectos importantes dentro de la prestación de servicios de salud. A *nivel local*, cada Estado de la República cuenta con su legislación en materia de salud, la cual de manera implícita contiene las directrices que a nivel federal se encuentran establecidas:

MARCO JURÍDICO FEDERAL EN MATERIA DE SALUD	MARCO JURÍDICO EN EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE SALUD
<ul style="list-style-type: none"> - Ley General de Salud. - Ley de Profesiones reglamentaria del artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. - Ley Federal del Trabajo. - Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos. - Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 	<p>Leyes Federales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley General de Salud. - Ley de Salud para el Distrito Federal. - Ley Federal de Entidades Paraestatales. - Ley de Coordinación Fiscal. - Ley de Fiscalización Superior de la Federación. - Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

<ul style="list-style-type: none"> - Ley de Impuesto sobre la Renta. - Ley de Impuesto al Valor Agregado. - Ley Federal de Derechos. - Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. - Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. - Reglamento del Impuesto sobre la Renta. - Reglamento sobre Impuesto al Valor Agregado. - Reglamento de Insumos para la Salud. - Reglamento de la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas y/o Comprimidos. - Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud. - Reglamento de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud. - Reglamento Interior de la Comisión para Certificación de Establecimientos de Servicios de Salud. - Reglas para la operación del ramo de Salud. - Código Sanitario. - Código Civil Federal. - Código Federal de Procedimientos Civiles. - Código Penal Federal. - Código Federal de Procedimientos 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley del Impuesto sobre la Renta. - Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos. - Ley Federal del Trabajo. - Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. - Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público. - Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos. <p>Leyes Locales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. - Estatuto Orgánico de los Servicios de Salud Pública del Distrito Federal. - Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal. - Ley de Salud para el Distrito Federal. - Ley de Ingresos del Distrito Federal. - Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal. - Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal. - Ley de Obras Públicas para el Distrito Federal. - Código Fiscal de la Federación. - Código Financiero del Distrito Federal. - Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. - Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la disposición de
--	---

<p>Penales.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Código Fiscal de la Federación. - Normas técnicas derivadas de la Ley General de Salud y del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud. - Normas Oficiales Mexicanas. - Acuerdo por el que se establece que las instituciones del Sistema Nacional de Salud, sólo deberán utilizar los insumos establecidos en el Cuadro Básico para el nivel de atención médica y, para el segundo y tercer nivel, el Catálogo de Insumos. - Acuerdo por el que se establecen las bases para el desarrollo del Programa Nacional de Certificación de Establecimientos de Atención Médica. - Acuerdo por el que se establece la Comisión para definir tratamientos y medicamentos asociados a enfermedades que ocasionan gastos catastróficos. - Decreto por el que se instituye el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud. - Decreto por el que se establecen los criterios para el otorgamiento de condecoración y premios en materia de salud pública. - Decreto por el que se reforma y adiciona al diverso por el que se establecen los criterios para el otorgamiento de condecoración y premios en materia de salud pública. 	<p>órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal. - Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal. - Reglamento de la Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal. - Reglamento de la Ley de Obras Públicas para el Distrito Federal. - Decreto por el que se crea el organismo descentralizado de la Administración Pública del Distrito Federal con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado "Servicios de Salud Pública del Distrito Federal". - Decreto de Presupuesto de Egresos del Distrito Federal. - Convenio de Coordinación para la descentralización de los Servicios de Salud para población abierta del Distrito Federal. - Condiciones Generales de Trabajo para los trabajadores de la Secretaría de Salud. - Circular uno de la Oficialía Mayor del Gobierno del Distrito Federal. - Normas Generales de bienes muebles de la Administración Pública del Distrito Federal. - Manual de trámites y servicios al público del Distrito Federal. - Catálogo de adquisiciones, bienes muebles y Servicios.
--	--

<p>- Decreto por el que se determinan las cantidades o volúmenes de productos químicos esenciales a partir de los cuales serán aplicables las disposiciones de la Ley.</p>	
--	--

Como podemos observar, existen diversos ordenamientos que regulan algún aspecto sobre la prestación de los servicios de salud, ya sea que se trate de instituciones de carácter público o privado. Es importante que el personal de salud, conozca el contenido de cada una de ellas o, por lo menos, aquellas en las que se encuentren involucradas las funciones que realiza dentro del sector salud, a fin de estar informado y no correr el riesgo de cometer errores, por los cuales pueda ser castigado.

Ahora bien, en relación a esta obligación estatal de proteger la salud de los mexicanos, las instituciones que en nuestro país atienden quejas, denuncias o demandas por un mal servicio médico proporcionado, son: la Comisión Nacional de Arbitraje Médico; las Comisiones estatales de arbitraje médico; la Comisión Nacional de Derechos Humanos; las Comisiones estatales de derechos humanos; la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; las Procuradurías generales de justicia de los estados; la Procuraduría General de la República; la Secretaría de la Función Pública; las Contralorías Internas de las Instituciones; la Procuraduría Federal del Consumidor; los Juzgados Civiles y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

El afectado puede demandar, denunciar o interponer una queja administrativa por mala praxis médica. Su derecho de acción lo puede hacer valer vía civil, vía penal, o administrativa, toda vez que no se excluyen entre sí. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, las comisiones estatales de arbitraje médico y la Procuraduría Federal del Consumidor, son medios de justicia alternativa para la solución de controversias derivadas de la relación médico-paciente, a los cuales los afectados pueden acudir para obtener ayuda.

F. Responsabilidad de los prestadores de salud en México

Ahora bien, nos toca analizar la responsabilidad que tienen los prestadores de salud en nuestro país; es decir, todas aquellas personas que

suministran un servicio de salud a la sociedad y que forman parte del Sistema de Salud, ya sea dentro de hospitales públicos o privados.

En relación con los *prestadores de salud*, señalaremos que a decir de algunos expertos, las personas que colaboran con los médicos con la misma finalidad de conservar, recuperar o restaurar la salud del paciente, no son auxiliares del médico, toda vez que las enfermeras, radiólogos, nutriólogos instrumentistas, quiroprácticos, fonoaudiólogos, entre muchos otros, ejercen especialidades independientes, las cuales poseen su propia acreditación, objetivos, principios, procedimientos, lineamientos, códigos éticos, etc., no siempre equiparables a los de los médicos y que muchas ocasiones, en caso de que se les quiera imputar alguna responsabilidad, llegan a argumentar *obediencia debida*.¹²⁶

Sin embargo, el punto de coincidencia entre los médicos y el personal que interviene para la atención de un paciente, son las obligaciones terapéuticas que tienen para con él y el hecho de que el objetivo final de todos ellos es que el paciente se cure, se le disminuya su dolor, se le restablezca su salud en la medida de lo posible, etc. Las tareas de los que auxilian al médico son parciales, ya que abarcan sólo un aspecto de todo el proceso integral de tratamiento; a ellos no les corresponde buscar una visión general del tratamiento, ya que ésta es la tarea fundamental de los médicos, por el contrario, les corresponde enfocarse en los procedimientos que se indica para cada uno de sus terrenos.

Es común que se le demande al médico y no al resto del personal que interviene en el tratamiento con el paciente, pero también se les puede demandar; el problema es que al ser autónomos en su materia y principalmente estar subordinados a los médicos, buscan en este punto la excusa a su probable responsabilidad. Sin embargo, se les puede imputar la responsabilidad derivada, si cumplen con las directrices médicas que sean obviamente improcedentes, aunque como ya lo comentamos, se entraría en el terreno escabroso de la “obediencia debida” hacia el médico.

En relación con los *hospitales*, señalaremos que no sólo los médicos o el resto del personal de los servicios de salud deben responder por su actuación, sino también los nosocomios, como persona moral que son,

¹²⁶ La *obediencia debida* se conceptualizado como el deber hacia el superior jerárquico en el desempeño de sus funciones; se le considera un eximente de responsabilidad criminal para el autor del hecho punible, cuando su obrar se debió a una subordinación ordenada por la ley, al mandato legítimo que dio el superior jerárquico en ejercicio de sus atribuciones.

titulares de derechos y obligaciones y como tales, les es imputable la responsabilidad civil, penal y administrativa.

Para el Lic. Octavio R. Casamadrid Mata las obligaciones del personal de salud, se clasifican en: obligaciones de medios, obligaciones de seguridad y obligaciones de resultados.

Las *obligaciones de medios* las define como “*la correcta aplicación de las medidas de sostén terapéutico*”, en donde el facultativo tiene la obligación de adoptar los medios ordinarios para cada caso en particular, determinar cuáles son éstos y aplicarlos de conformidad con la *lex artis*, por lo que el no adoptarlos será entendido como un hecho ilícito. Este tipo de responsabilidad no sólo es exigible al personal de salud, sino también a los directivos, administrativos y a la persona moral que constituya el establecimiento.

Las *obligaciones de seguridad* indican que se trata de “*el deber de evitar siniestros*”, siendo esta la obligación de dar un uso y mantenimientos adecuados a aparatos y equipos, con la finalidad de evitar accidentes y de igual manera pueden ser responsables no sólo el personal de salud, sino también directivos, administrativos y *la persona moral*.

La *obligación de resultados o determinadas* son las menos frecuentes en relación con el tratamiento médico, toda vez que no se le puede obligar al personal de salud a obtener un resultado en su atención, a excepción de los siguientes casos:

- Tratándose de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento. Consiste en el reporte del laboratorio o gabinete, ya que se deberán señalar los valores encontrados en el paciente, en términos de la técnica o técnicas empleadas, los cuales deben señalar las variaciones estándar admitidas dentro de lo que se considera parámetros normales.
- Tratándose de los insumos para la salud. Dichos insumos se deben administrar sin alteración, adulteración, contaminación o caducados. Asimismo, dentro de esta clasificación se encuentra la fabricación de prótesis, órtesis y ayudas funcionales en los términos pactados (sobre todo atención odontológica y rehabilitación).
- Tratándose de cirugía de resultados. Se trata de las cirugías estéticas, las cuales son exigibles cuando el facultativo hubiere asumido expresamente el resultado, siendo ello posible.

La exigibilidad de resultados se sustenta en la protección de los derechos que hayan sido contratados. Se busca evitar el engaño de quien obtiene un bien o un servicio;¹²⁷ en razón de ello, en muchos lugares del mundo ya no se procede si no se cuenta con un consentimiento expreso, mediante un contrato en el que se señalan los derechos y obligaciones de las partes.

En conclusión, podemos señalar que los prestadores de servicios de salud, el personal administrativo, los médicos, facultativos, así como el personal administrativo, pueden incurrir en cualquier tipo de responsabilidad que ya hemos mencionado, que derive de la atención médica a los pacientes, por lo que en el ámbito de su competencia, deben de poner especial cuidado a fin de prevenir denuncias, demandas o quejas; para lo cual deben de seguir los procedimientos, lineamientos y ética que para cada uno de ellos esté establecida.

G. Aspectos relevantes en la Responsabilidad Profesional del Médico

A continuación revisaremos algunos puntos que se consideran importantes, a medida de prevención, para que se puedan reducir o evitar casos de negligencia médica, en los cuales coinciden la mayoría de los autores:

Relación médico-paciente

Se considera que el incremento a nivel mundial de demandas o denuncias por responsabilidad médica, se debe a la mala relación médico-paciente, más que al daño o al error médico inexcusable. La relación médico-paciente de por sí es compleja; y de manera adicional, se torna más compleja porque intervienen otros actores, tales como personal no médico, personal administrativo, familiares y amigos.

Al tratarse de una relación compleja en donde interviene no sólo el médico y el paciente, algunos autores lo denominan como relación equipo de salud-paciente-familia o simplemente como relación clínica.

Esta relación médico-paciente con el paso del tiempo, se ha visto afectada por las transformaciones de la propia ciencia y asistencia médica, así como por cambios culturales de las personas en el proceso asistencial, pues como lo comentamos anteriormente, los ciudadanos de hoy son

¹²⁷ CASAMADRID MATA, Octavio R., *La atención médica y el Derecho Sanitario*, JGH Editores, México, 1999, pp. 11-12.

menos pacíficos que los de hace años, los de hoy cuestionamos, demandamos, exigimos.

Si a esto le sumamos, situaciones como algún interés de carácter pecuniario, cuestiones de carácter psicológico, como la negación de una situación de invalidez o de la muerte, etc., el poco conocimiento de términos médicos, etc..., la demanda no suele resultar del propio daño, sino de una evidente fractura en la relación médico-paciente, situación que se puede evidenciar en los casos que llegan a los tribunales, a las contralorías de los hospitales, o a las agencias del Ministerio Público.

En consecuencia, a manera de prevención se recomienda y se hace necesario un trato adecuado, una buena comunicación, información clara y suficiente y contar con el consentimiento médico, constituyen aspectos de trascendencia para evitar futuras denuncias o demandas.

Lex artis

Es importante tocar este tema, debido a que la *lex artis* (ley del arte) es el punto crítico para determinar si hay responsabilidad médica o no, es el centro de los argumentos jurídicos y probatorios en los juicios de negligencia médica, ya que en todo proceso en el que se desea saber si hay responsabilidad médica, se analiza si hubo cumplimiento o no de la *lex artis*.

Se refiere a la ejecución de los diversos actos médicos en el marco de los criterios y procedimientos admitidos en determinado tiempo y lugar; es decir, en una situación históricamente concreta (*lex artis ad hoc*). No se trata de valorar cómo hubiera actuado el mejor médico en las condiciones ideales, ni siquiera si el acto médico corresponde con lo establecido en la teoría.

A la *lex artis* con el paso del tiempo se le han ido adhiriendo cada vez más componentes éticos, además de ser trascendente tal como se comentó una buena relación médico-paciente, por lo que no sólo basta con el cumplimiento de los aspectos estrictamente técnicos.

Podemos ejemplificar un caso en el que no se actuó de acuerdo con la *lex artis*, cuando en un procedimiento quirúrgico "X", aunque haya sido correctamente indicado, oportuna y técnicamente bien ejecutado, no se cumplió con el deber de información al paciente; es decir, no se le indicaron los riesgos, las alternativas terapéuticas, el riesgo-beneficio de dicho procedimiento quirúrgico, etc.; por lo que podemos señalar, que el

médico no contó con un consentimiento válido. Otro ejemplo puede ser, cuando no se registra de manera adecuada el procedimiento llevado a cabo en la historia clínica o, cuando se infringe el principio de confidencialidad.

En conclusión, a medida que los pacientes están más informados y preocupados por su salud o la de sus familiares y amigos, la *lex artis* cobra mucha importancia, por lo que los médicos deben de tenerla muy presente en el ejercicio de su profesión, sobre todo por la existencia del derecho de los pacientes a estar informados.

Historia clínica

Como podremos constatarlo al final del presente trabajo, este documento es de gran relevancia dentro del tema de la responsabilidad médica; ha sido definida por Galán Cortés como la "biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente, por lo que ostenta un valor fundamental a la hora de juzgar la actuación del profesional sanitario".¹²⁸

La historia clínica constituye el documento más importante en la valoración de la responsabilidad médica, toda vez que se trata del instrumento elemental del trabajo del médico, en donde se asienta información confiada por el paciente al médico, a fin de que se le diagnostique un tratamiento adecuado y se le cure de la enfermedad.

En consecuencia, la historia clínica no sólo presenta el acto médico propiamente dicho, sino el cumplimiento de los deberes del médico como prestar asistencia, informar o en su caso, recabar el consentimiento del paciente.

En la actualidad la historia clínica sirve de memoria para el médico, pero además sirve como medio de comunicación entre las muchas personas que intervienen en la asistencia de un paciente en un momento determinado. En relación a esta multiplicidad de personal que interviene en la atención del paciente (médico, paramédicos, enfermeras, radiólogos, anestesistas y aún personal administrativo) se ha replanteado el significado del secreto médico y se han tratado de incorporar conceptos de secreto compartido y secreto derivado (Gisbert Calabuig)¹²⁹.

¹²⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Aspectos Legales de la Relación Clínica*, Edit. Jarpyo, Madrid, 2000, p. 84.

¹²⁹ *Secreto médico compartido*: Es aquel en el que se obligan todos los que tienen acceso a la información sobre un paciente, por ser parte del equipo asistencial. *Secreto médico derivado*:

La historia clínica debe ser valorada de acuerdo con la cantidad y calidad de la información que contiene, ya que se trata de un documento médico-legal de gran complejidad que refleja los cambios sucedidos en las formas de la prestación asistencial y la relación médico-paciente y, como medio de comunicación, constituye condición *sine qua non* para la asistencia médica, criterio de *lex artis* y aspecto crítico de la responsabilidad médica.

En cuanto a la utilidad de la historia clínica es indiscutible desde distintos puntos de vista: en su rol en la salud de cada individuo que ya comentamos; como fuente de datos para el conocimiento epidemiológico de cada país; como control de calidad asistencial de los servicios sanitarios; como auxiliar en la actividad docente y de investigación médica y finalmente, por su interés médico-legal, ya que será un medio de prueba privilegiado, o servirá a los peritos para dictaminar en algún caso de presunta responsabilidad profesional del médico. Para que la historia clínica pueda ser utilizada cabalmente para estas finalidades debe estar completa, ordenada, además de ser veraz e inteligible.

Un punto controversial respecto de la historia clínica es la propiedad; es decir, ¿a quién pertenece?, ¿al paciente o al médico?. Se ha argumentado que es indiscutible que el paciente es el legítimo propietario de la información en ella vertida, por concernirle en forma personal y directa, por lo que no existe duda respecto de que tiene derecho a recibir toda esa información y darle el uso que crea apropiado, uno de ellos pudiera ser consultar a otro especialista.

Sin embargo, el soporte material de esa historia clínica es suministrado por el médico o la institución de asistencia pública o privada, quienes tienen como deber el custodiarla, por lo que se ha señalado también que no es razonable que el paciente disponga libremente de la historia clínica, ya que el médico o las instituciones son responsables de su presentación en caso de una orden judicial y es precisamente ahí donde se encuentra documentada toda la actuación.

En síntesis, podemos señalar que las historias clínicas contienen datos personales, y sobre éstos existe el derecho personalísimo. La negativa de entregarlas a su propio titular lesiona esa facultad, causando daño moral y perjuicios materiales, por lo que a quienes les sea negada se les debe indemnizar por parte de los responsables de la negativa: médicos, hospitales, administrativos, etc. Considero que una manera de resolver esta

Es aquel que surge por complejidades administrativas en el ejercicio de la medicina, y por ello personal no técnico accede a información confidencial, quedando obligado a guardar secreto.

situación, sería que la institución en caso de que el paciente solicite su historia clínica, le proporcione copia certificada del mismo, debidamente foliada y sellada, haciendo constancia del número de hojas, estudios de laboratorio, interpretaciones radiológicas, etc. que contengan, siendo autorizada y firmada dicha certificación por el Director General de dicha institución ya sea pública o privada, pero continuando la custodia de la misma en sus archivos, debido a la responsabilidad que sobre las historias clínicas tienen estas instituciones de salud.

Por último, señalaremos que en caso de que un médico sea demandado, el secreto profesional que se argumenta respecto de las historias clínicas y de la información que le fue proporcionada para su atención por parte del paciente, quedará relevado, ya que tendrá que hacer uso de esa información para poder defenderse por responsabilidad médica. En cualquier otro caso en el que se quiera acceder a la historia clínica, se debería privilegiar el derecho a la intimidad.

Consentimiento médico

El consentimiento médico es otro aspecto trascendental en el tema de la responsabilidad médica. Sin embargo, en países como el nuestro no contamos con mucha doctrina, jurisprudencia o incluso disposiciones legales al respecto; si se contara con el consentimiento médico, se reducirían los reclamos por responsabilidad médica. Se trata de un derecho esencial del paciente y de una obligación ética y legal para el médico.

Para algunos autores el consentimiento médico es un presupuesto de la *lex artis* y, en consecuencia, un acto clínico, por lo que en caso de incumplimiento se puede generar responsabilidad médica.

El facultado para otorgar el consentimiento debe ser el propio individuo afectado de la salud, toda vez que se trata de un derecho personalísimo, en el que tiene que tomar decisiones sobre su vida y su cuerpo. En tal razón, los que no tengan capacidad de juicio, no podrán decidir; es decir, aquellos que estén privados de la razón ya sea de manera transitoria o permanente, en este caso y de manera excepcional deben ser los familiares directos o sus representantes legales quienes otorguen dicho consentimiento. En el caso de los menores de edad, éstos no tienen capacidad de ejercicio; esto es, no pueden decidir por sí solos, por lo que sus padres o tutores serán quienes decidan lo mejor para ellos.

El consentimiento se debe otorgar de manera previa al acto médico y de manera adicional, se debe mantener a lo largo de todo el proceso de atención médica.

En un principio, el consentimiento no requiere ninguna clase de formalidad, ya que se trata de un contrato consensual y que de acuerdo con nuestro Código Civil, puede ser otorgado verbalmente.

Sin embargo, en países como México se confunde consentimiento informado con el consentimiento firmado, creyendo de manera errónea que el médico que obtiene del paciente un formulario con el consentimiento estampado con su firma, libra al médico de un futuro reclamo por responsabilidad médica, lo cual es falso, ya que esto no lo protege en caso de que haya existido culpa en su actuación. En consecuencia, un acto médico realizado correctamente y consentido por el paciente, excepcionalmente dará lugar a futuras reclamaciones y no determinará responsabilidad profesional.

En la mayoría de los actos médicos, el consentimiento se otorga de forma verbal. Sin embargo, se aconseja que se cuente con el consentimiento por escrito en el caso de procedimientos riesgosos o invasivos. Es aquí donde surge la importancia de la información al paciente, ya que la firma no servirá de nada, si no se le ha informado detalladamente al paciente sobre el procedimiento al que le vayan a someter.

Otra situación que debemos resaltar, es el hecho de que el proceso de información y consentimiento hacia el paciente, debe estar registrado en la historia clínica, toda vez que la carga de la prueba de que se proporcionó información al paciente, corre a cargo del médico.

Información

El proporcionar información al paciente debe ser una práctica obligatoria en toda actuación médica, se trata de un elemento decisivo para apreciar la validez del consentimiento. La información debe ser la razonable, suficiente para poder tomar una decisión válida y acorde a los valores del individuo; debe ser proporcionada en una forma y en lenguaje inteligible para el paciente, es decir, de acuerdo a su nivel cultural.

No todos los actos médicos requieren de la misma exigencia en materia de información. Existen determinadas situaciones que requieren de información más cuidadosa y detallada, p.e.: un mayor número de

alternativas terapéuticas exige mayores niveles de información, estando el médico obligado a informar sobre técnicas que él no practica; cuando sea más riesgoso el acto médico, debiendo incluir todo lo razonablemente previsible; cirugías estéticas y tratamientos novedosos, sobre los cuales hay menos experiencia.

A manera de colofón, consideramos que una buena relación médico-paciente, una adecuada aplicación de la *lex artis*, una historia clínica detallada y cuidando todos los aspectos que se mencionaron, así como contar con el evidente consentimiento del paciente, el cual esté soportado por información clara y suficiente sobre la atención médica que se le está proporcionando, son elementos fundamentales que se deben de cuidar con el objetivo de que los médicos o prestadores de los servicios de salud no sean demandados por cuestiones de negligencia médica.

II. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

A. Antecedentes.

La creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, obedeció al incremento reportado a partir de 1988, por parte de las procuradurías estatales sobre denuncias de hechos relacionados con el ejercicio de profesiones en materia de salud.

En aquél entonces, las cuestiones de responsabilidad por la prestación de servicios médicos, eran resueltas por un lado por las procuradurías estatales, pero también de manera adicional por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual recibía quejas de presuntas violaciones a los derechos humanos por actos u omisiones del personal médico, mismas que con la creación de la CONAMED, le fueron turnadas para su conocimiento y resolución.

En julio de 1994, en la conferencia impartida por el Lic. Moctezuma Barragán, *“Retos y perspectivas de la responsabilidad profesional”*, se puso de manifiesto la necesidad de crear una instancia que resolviera sobre la responsabilidad profesional de los médicos a través del arbitraje, se disminuyeran las cargas de trabajo del Ministerio Público, de los tribunales civiles y penales y se redujeran los tiempos procesales.

Posteriormente, en junio de 1995, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Arquitectura firmó dos convenios de colaboración con la Secretaría de Salud, mediante los que pretendía diseñar lo que sería

la Procuraduría de la Salud, buscando promover la descentralización de los servicios médicos hacia los Estados¹³⁰. Finalmente, lo que se pensaba iba a ser la Procuraduría de la Salud en base a consideraciones de carácter legal, se plasma en lo que hoy conocemos como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, creada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996, la cual encuentra su fundamento legal en el artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala:

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

¹³⁰ CARRILLO FABELA, Luz María Reyna, *Op. cit.*, pp. 220-221.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

B. Funciones.

El 10 de Junio de 1996, entra en funciones la CONAMED como órgano administrativo con autonomía técnica, para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, responder a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos, buscando la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias.

Dentro de los considerandos del decreto de creación, se resaltó la necesidad de que la población contara con mecanismos que contribuyeran a tutelar el derecho a la protección de la salud, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos y que buscaran mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos, se pensó en la Comisión como el órgano al cual pudieran acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, y en consecuencia, reducir las cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin llegar a sustituirlos¹³¹.

Las atribuciones más importantes de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, son el brindar asesoría e información en forma gratuita, tanto a usuarios como prestadores de servicios de salud, ya sea del sector público o del privado, orientarlos sobre sus derechos y obligaciones; recibir quejas y buscar la conciliación entre las partes; erigirse como tribunal arbitral, resolviendo ya sea en estricto derecho o en amigable composición; emitir opiniones técnicas y emitir los dictámenes médicos-institucionales que le

¹³¹ DECRETO DE CREACIÓN, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, [Documento en línea], [México, citado el 9 de Septiembre de 2008], disponible en: <http://www.conamed.gob.mx/index.php>

sean solicitados por parte de las autoridades encargadas de impartir justicia.

El artículo 4° del Decreto de Creación es muy claro al indicar que las atribuciones de la CONAMED, son:

- a) Asesorar a usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones;
- b) Atender las quejas de los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación de los mismos;
- c) Recibir la información y pruebas de los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y practicar las diligencias que correspondan;
- d) Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por probables actos u omisiones por la prestación del servicio o por negligencia y aquéllas que acuerde el Consejo;
- e) Fungir como árbitro y pronunciar laudos cuando las partes se sometan a arbitraje;
- f) Emitir opiniones sobre quejas de que conozca e intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia;
- g) Dar a conocer al órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público para proporcionar la información solicitada por la CONAMED;
- h) Dar a conocer a autoridades competentes, colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información a la CONAMED. Así como informar del incumplimiento de los prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito;
- i) Elaborar dictámenes o peritajes médicos solicitados por autoridades de procuración e impartición de justicia;
- j) Convenir tanto en el sector público como en el privado, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones;

k) Asesorar a los gobiernos de los Estados para la constitución de comisiones estatales de arbitraje médico;

l) Orientar sobre las instancias competentes para resolver los conflictos por la prestación de servicios médicos de quienes carecen de título o cédula profesional.

Podemos señalar que la función primordial es permitir a los ciudadanos y a los prestadores de servicios de salud, dirimir sus controversias en un entorno especializado (toda vez que intervienen tanto médicos como abogados), con pleno respeto a los derechos-obligaciones de ambas partes, apegados a la *lex artis*, deontología y dentro de las etapas que el Modelo Mexicano de Arbitraje plantea.

C. Marco regulatorio.

El marco legal de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, está compuesto por el Decreto de Creación, el Reglamento Interno y el Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. De manera adicional, la Comisión ha suscrito diversos convenios con distintas instituciones del sector salud, que también forman parte de su Marco Legal. A continuación revisaremos el contenido del Decreto de Creación y los reglamentos que rigen el actuar de la CONAMED:

a) Decreto de Creación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Junio de 1996:

- La CONAMED es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía técnica, tiene por objeto contribuir a resolver conflictos suscitados entre usuarios y prestadores de servicios médicos (instituciones de salud públicas, privadas o sociales, profesionales, técnicos y auxiliares relacionados con la práctica médica).
- Los usuarios de servicios médicos son las personas que solicitan, requieren y obtienen dicho servicio de los prestadores de servicios médicos para proteger, promover y restaurar su salud física o mental.
- Las atribuciones con las que cuenta (señaladas en el apartado anterior).

- La estructura de la CONAMED y las facultades de cada una de ellas, entre las que destaca:

- Un Consejo, presidido por el Comisionado e integrado por distinguidas personalidades de la sociedad civil de reconocida trayectoria profesional (presidentes de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía). Sus atribuciones son: establecer políticas de funcionamiento de la Comisión; expedir su Reglamento Interno y el de Procedimientos de Quejas; conocer de los asuntos que someta a su consideración el Comisionado; nombrar y remover a los Subcomisionados; aprobar el informe que el Comisionado presenta anualmente al Ejecutivo Federal; evaluar el funcionamiento de la CONAMED y formular las recomendaciones correspondientes al desempeño y resultados que obtenga.
- Un Comisionado, que es nombrado por el Presidente de la República, con las siguientes facultades: representar a la CONAMED; someter al Consejo las designaciones de los Subcomisionados, así como nombrar y remover al personal; conducir el funcionamiento del órgano, vigilando el cumplimiento de sus objetivos y programas; establecer las unidades de servicio técnicas, de apoyo y asesoría; celebrar los actos jurídicos que se requieran; ejecutar los acuerdos emitidos por el Consejo; informar anualmente al Ejecutivo sobre las actividades de la Comisión; someter a aprobación el Reglamento Interno, el reglamento de procedimientos y demás ordenamientos legales; solicitar información a los usuarios y prestadores de servicios médicos y realizar investigaciones, a efecto de cumplir con sus atribuciones; llevar a cabo procedimientos de conciliación y arbitraje; emitir los acuerdos, laudos y opiniones; vigilar el cumplimiento de las resoluciones y convenios que deriven de la conciliación y arbitraje; establecer mecanismos de difusión para que la sociedad en su conjunto, conozca sus derechos y obligaciones en materia de salud.
- Dos Subcomisionados, que tienen sus funciones establecidas en el Reglamento Interno.
- Las Unidades Administrativas, que también serán determinadas por el Reglamento Interno.

- La vigilancia de la CONAMED está a cargo de un Delegado designado por las Secretarías de Salud y de Contraloría y Desarrollo Administrativo. El control interno de la Comisión está a cargo de una Contraloría Interna.
- Las quejas y procedimientos que se formulen ante la Comisión, no afectan el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispongan los usuarios o prestadores de servicios médicos.
- La CONAMED puede remitir a la CNDH la documentación y los informes que ésta última solicite, a fin de atender las quejas de su competencia.

b) Reglamento Interno, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Junio de 1996:

- Este reglamento regula la estructura, organización y funcionamiento de la Comisión en 7 Capítulos y 20 artículos, entre los que se destaca: su estructura y organización orgánica; atribuciones del Comisionado, de los subcomisionados y de los titulares de direcciones generales, de las unidades administrativas de apoyo al Comisionado y de la Contraloría Interna; y la suplencia de los servidores públicos, entre otros.
- La Secretaría de la Función Pública en términos del artículo 37 fracción XII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, designará a un titular encargado del Órgano Interno de Control de la CONAMED, quien se auxiliará para el ejercicio de las facultades previstas en la Ley Orgánica mencionada, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, por los titulares de las áreas de Auditoría Interna y Quejas y Responsabilidades designados en los mismos términos.
- Las ausencias del Comisionado serán cubiertas por el Subcomisionado Médico y en su defecto, por el Jurídico. Los titulares de las unidades administrativas serán suplidos por un servidor público de jerarquía inmediata inferior.

c) Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico¹³², publicado

¹³² REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS PARA LA ATENCIÓN DE QUEJAS MÉDICAS Y GESTIÓN PERICIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE

en el Diario Oficial de la Federación el 21 de Enero de 2003 (este reglamento vino a sustituir al Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas, que había sido publicado el 29 de abril de 1999):

Este reglamento contiene en cuatro capítulos y 102 artículos, los procedimientos que se llevan a cabo ante la CONAMED: orientación, queja, conciliación, amigable composición, laudo arbitral y dictámenes médicos.

➤ En el Capítulo I denominado “Del objeto y los principios”, se establece un apartado de definiciones, entre las que destaca la diferencia entre el arbitraje en estricto derecho (el cual resuelve una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, según las reglas del derecho y atendiendo a los puntos probados por las partes), y el arbitraje en conciencia (el cual resuelve una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en equidad; es decir, ponderando el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica); señala la naturaleza de carácter civil del arbitraje; las acciones que puede realizar la CONAMED en todas las etapas en las que puede intervenir, desde la orientación, conciliación, elaboración de dictámenes médicos, hasta su actuación como arbitro; la gratuidad del servicio y la confidencialidad que deben guardar los servidores de la Comisión sobre los procesos que ante ella se desahoguen.

➤ Dentro del Capítulo II “De los actos procesales en general”, se regulan las reglas de carácter procesal, entre lo que destaca: que la Comisión actuará de acuerdo con lo que señala las bases de colaboración celebradas con los institutos de seguridad social; el proceso arbitral se puede tramitar por correo certificado o mensajería; la integración del expediente; el desarrollo de las audiencias; el término de 72 horas para que la sala que corresponda dé cuenta de los escritos presentados; la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. (aunque las partes pueden pactar la sujeción a la legislación local); la caducidad del proceso arbitral; aplicabilidad en cuanto al fondo de los asuntos del Código Civil Federal, la Ley General de Salud y sus disposiciones reglamentarias, la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, o en su caso, la legislación local, los principios científicos

MÉDICO, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, [Documento en línea], [México, citado el 10 de Septiembre de 2008], disponible en: <http://www.conamed.gob.mx/index.php>

y éticos que orientan la práctica médica; los plazos y las reglas para las notificaciones.

➤ El Capítulo Tercero “Del Proceso Arbitral” establece de manera muy puntual las reglas para llevar a cabo el procedimiento arbitral: la obligatoriedad de firmar la cláusula compromisoria o compromiso arbitral; los requisitos de procedibilidad; la representación legal; la legitimación de las partes en el proceso; la corrección de deficiencias hasta la audiencia conciliatoria; que no procederá recurso alguno, contra el auto que desconozca la personalidad negándose a dar trámite al arbitraje; las reglas para el arbitraje; la queja; la conciliación; la transacción; el compromiso arbitral; el procedimiento arbitral en estricto derecho y en conciencia y las resoluciones arbitrales.

➤ Finalmente, el Capítulo Cuarto “La Gestión Pericial” señala las reglas para la expedición de dictámenes médicos institucionales; quienes son los facultados para solicitarlos; que la Comisión sólo actúa como perito tercero en discordia; que no se necesita ratificación del dictamen ante autoridad judicial; que los dictámenes se expedirán conforme a sus propios protocolos y procedimientos y contendrán criterio institucional, no sólo de la mera apreciación del perito.

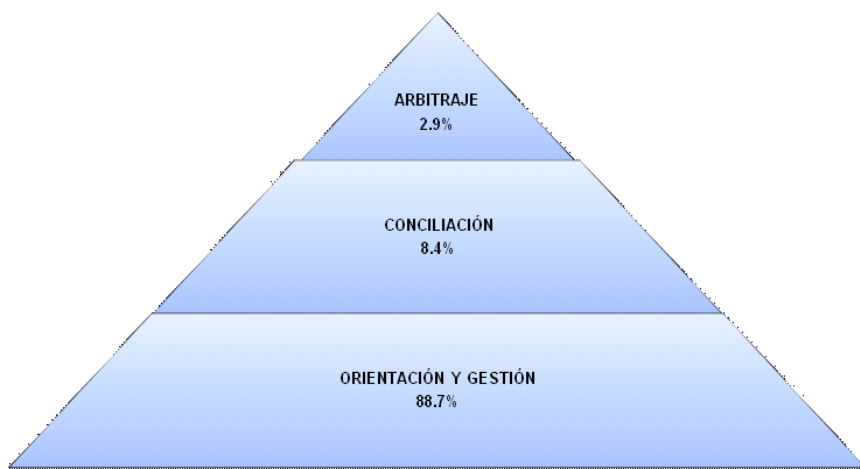
D. Procedimientos ante la CONAMED:

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico fue creada hace doce años; inició con un esquema de trabajo un poco diferente al actual, su modelo de atención de inconformidades se ha ido adecuando a las necesidades de los usuarios a lo largo de estos años. A continuación se describen las etapas de los servicios que al día de hoy otorga la Comisión y que forman parte de lo que han denominado Modelo de Atención de Controversias y Arbitraje Médico, en el cual los procesos operativos:

... están orientados a satisfacer las necesidades de los usuarios, cumplen con normas internacionales de calidad y se apegan a valores como la imparcialidad, el respeto a la persona, la integridad y la transparencia y su funcionamiento está a cargo de tres áreas operativas: orientación y gestión, conciliación y arbitraje.¹³³

¹³³ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Informe Anual de Actividades 2007*, CONAMED-Secretaría de Salud, México, 2007, p. 25.

Modelo de Atención de Controversia



POBLACIÓN

1. Orientación y Gestión.

La Comisión lleva a cabo acciones de orientación, que tienen como finalidad atender los planteamientos que la ciudadanía formula de manera personal, telefónica o por medio de correo electrónico sobre diversos aspectos, entre los que figuran información general, tales como ubicación, quehacer y alcances de la CONAMED, requisitos para presentar una inconformidad, información para realizar trámites ante las instituciones de seguridad social en asuntos como incapacidades o pensiones, o incluso criterios para la elección de médicos y/o clínicas u hospitales privados.

Es a través de esta etapa que los ciudadanos desahogan interrogantes, inquietudes o problemas que no necesariamente requieren la intervención especializada de la Comisión; es decir, este tipo de orientación es otorgada por el personal técnico o administrativo y no precisan estar documentadas, ni hacer entrega de constancia de la misma a los interesados¹³⁴.

La Dirección General de Orientación y Gestión constituye el primer contacto con las personas que acuden a la CONAMED a solicitar sus servicios, ante ella se llevan a cabo las siguientes acciones:

¹³⁴ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Modelo Mexicano de Arbitraje Médico*, CONAMED-Secretaría de Salud, México, 2003, p. 104.

a) Orientación: Consiste en proporcionar información amplia, oportuna y útil a diversas consultas de la ciudadanía (ubicación de los servicios de salud, servicios que proporciona la Comisión, derechos-obligaciones de los médicos y usuarios, etc.), lo cual tal como se comentó, puede ser por teléfono, correo postal o correo electrónico.

b) Gestión Inmediata: Consiste en tramitar ante las instituciones de servicios públicos de salud, previa valoración médica, una atención más oportuna para acciones de diagnóstico y de tratamiento. La gestión la lleva a cabo personal capacitado y autorizado de la Comisión.

c) Asesoría especializada: Consiste en orientar a los usuarios o promoventes sobre sus derechos y tipo de acción que procede por su inconformidad.

d) Documentación de la Queja Médica: En caso de que la controversia o inconformidad no se resuelva mediante alguna de las tres modalidades anteriores, se ofrece la alternativa de documentarla como queja médica y en caso de que acepte el promovente, se elabora el expediente para su atención.

La queja o inconformidad que se presenta, debe contener: los datos del usuario y del prestador del servicio médico (nombre, domicilio y número telefónico); una descripción de los hechos (tiempo, lugar y forma); número de afiliación o de registro de usuario cuando la queja sea en contra de una institución de salud de carácter público y ésta otorgue algún registro a los usuarios; las pretensiones del usuario; los documentos que acrediten la relación médico-paciente y los hechos narrados, así como la identificación del quejoso y, en caso, de actuar a nombre de un tercero, acreditar dicha representación. Cuando se trata de personas que no hablan español, se les asigna un intérprete de manera gratuita.

El procedimiento para la recepción de la queja se inicia con una entrevista en la que están presentes un médico y un abogado, en la que se le informa al quejoso sobre las atribuciones de la CONAMED, se le orienta en cuanto al asunto que plantea y se analiza técnicamente la viabilidad de su queja o inconformidad, a efecto de no crear falsas expectativas.

En caso de que la queja no sea competencia de la Comisión, se hace del conocimiento al quejoso y se le orienta para que acuda a la instancia correspondiente.

Si de la queja se desprende la probable comisión de algún ilícito, la CONAMED lo hace del conocimiento de las autoridades competentes.

La CONAMED no conoce de las quejas o inconformidades presentadas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal o de las entidades federativas, que ya hubiesen sido resueltas.

El trámite ante el área de orientación y gestión es sumario, es decir, sólo se captura, registra, califica y asigna el número de expediente de la queja y se elabora el documento de remisión para la Dirección General de Conciliación, con la documentación soporte; dicho periodo no excederá de cinco días hábiles a partir de la calificación de la queja.

2. Conciliación.

La Dirección General de Conciliación lleva a cabo las acciones conciliatorias y su propósito es contribuir con las partes en conflicto a solucionar la controversia originada por la prestación de servicios médicos.

La conciliación es un mecanismo muy importante para que los usuarios y prestadores de los servicios médicos diriman sus diferencias; se trata de un procedimiento ágil que busca avenir a las partes, sin la necesidad de las formalidades de los procedimientos judiciales, además de ser una instancia especializada en la materia.

Mediante este mecanismo, son las partes quienes deciden cómo dar fin a la controversia; ellos definen los términos y las condiciones en la solución del conflicto. Los conciliadores tienen como finalidad apoyar a que las partes lleguen a un arreglo que les satisfaga y, en su caso, proponerles alternativas de solución.

En razón de lo anterior, los conciliadores se allegan de información y de documentos técnicos que les permitan conocer la realidad del acto médico controvertido, como el expediente clínico y un resumen médico del caso. Estos documentos se analizan a fin de verificar que el acto médico se realizó conforme a las técnicas y prácticas médicas universalmente aceptadas y con los elementos y conclusiones obtenidos se prepara la audiencia de conciliación en la que se les ofrece a las partes un punto de vista imparcial, objetivo y técnicamente sustentado¹³⁵.

¹³⁵ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Informe Anual de Actividades 2007*, CONAMED-Secretaría de Salud, México, 2007, p. 31.

El procedimiento es el siguiente: una vez que es admitida la queja, dentro de los siguientes diez días hábiles siguientes, se invitará por escrito al prestador del servicio médico a una diligencia explicativa para efecto de que, si fuera su voluntad, acepte el trámite arbitral de la institución; en el escrito de invitación se correrá traslado de la queja, con efectos de notificación personal para que la Comisión Nacional amplíe la información al prestador del servicio, aclare sus dudas y en su caso recabe su anuencia para el trámite arbitral, y en su caso, se recaba la aceptación del trámite arbitral, lo que se entiende como formalizada la cláusula compromisoria, levantándose acta de esta diligencia.

De no aceptar el trámite arbitral, la Comisión Nacional solicitará al prestador del servicio un informe médico y copia del expediente clínico, que será entregado dentro de los siguientes 10 días hábiles, dejando a salvo los derechos del usuario para que los ejercite en la vía y forma que estime pertinente concluyendo con esto la instancia arbitral.

Una vez que el prestador de servicios médicos acepta la sujeción al procedimiento, tendrá nueve días hábiles para presentar un escrito que contendrá el resumen clínico del caso y su contestación a la queja, refiriéndose a todos y cada uno de los hechos, precisando, en su caso, sus propuestas de arreglo. A su contestación deberá anexar una síntesis curricular, fotocopia de su título, cédula profesional y, en su caso, comprobantes de especialidad, certificado de consejo de especialidad y la cédula correspondiente.

La Comisión, a fin de promover la avenencia entre las partes, cita a una audiencia en la que después de un análisis especializado del asunto, presentan vías de arreglo, las cuales pueden ser aceptadas por las partes, originando la suscripción de un convenio o contrato de transacción, desistimiento de la acción o finiquito que en su caso corresponda. En dicho instrumento se indican las contraprestaciones que se hayan pactado, las cuales no deben ser contrarias a derecho.

De manera adicional, la CONAMED da seguimiento al cumplimiento de los compromisos que asuman las partes en los instrumentos de transacción, si éstos se cumplen voluntariamente se archiva el expediente como asunto total y definitivamente concluido; en caso contrario, se brindará la orientación necesaria para su ejecución en los términos de ley.

Cuando las partes no llegan a conciliar y deciden no someter su controversia a arbitraje, la Comisión emite por escrito una propuesta de arreglo, siempre que las partes hubieren aceptado esta vía, la cual se basa

en la *lex artis*, normas sanitarias y aspectos jurídicos, que no resuelve el fondo del litigio, ni prejuzga sobre los derechos de las partes, sino orienta a los interesados para buscar una solución equitativa, con el propósito de resolver en definitiva su litigio.¹³⁶

3. Arbitraje.

Finalmente, la Comisión Nacional puede fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje. El arbitraje procede en los casos en los que no se ha podido llegar a un arreglo en la etapa conciliatoria, por lo que se plantea a las partes una propuesta de arreglo o la aceptación de someter su controversia a la resolución de la Comisión en estricto derecho o en conciencia.

Tal como ya se mencionó, el arbitraje en estricto derecho, es aquel procedimiento en el que la CONAMED resuelve el fondo del litigio según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes; por otro lado, el arbitraje en conciencia, es aquel procedimiento en el que la CONAMED, resuelve la controversia en equidad, ponderando el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica.

Una vez que la Comisión fija las reglas, decidirá apegada a derecho, a menos que el compromiso arbitral o en la cláusula compromisoria se le encomiende la amigable composición o el fallo en conciencia.

Esta etapa decisoria concluye con la emisión de un laudo una vez que se ofrecieron y desahogaron las pruebas ofrecidas por las partes y se reciban los alegatos finales de las partes.

Hay que destacar que la CONAMED tiene facultades para buscar una avenencia entre las partes, en cualquier momento, incluso antes de dictar un laudo definitivo, cualesquiera que fueren los términos de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral, se entenderá invariablemente que la Comisión puede actuar a título de amigable componedor.

De manera adicional, la Comisión da seguimiento a los compromisos derivados de los laudos que emite, hasta su cabal cumplimiento¹³⁷.

El procedimiento arbitral se sustancia en los siguientes términos:

La Dirección General de Arbitraje, una vez que recibe el expediente, puede emitir una propuesta de arreglo en amigable composición, sin

¹³⁶ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Modelo Mexicano de Arbitraje Médico*, CONAMED-Secretaría de Salud, México, 2003, p. 106.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 111-112.

perjuicio de lo pactado por las partes, para que se resuelva su controversia en estricto derecho o en conciencia. Para lo anterior, las partes firmarán el compromiso arbitral en el que se fijan objeto y los términos del arbitraje, así como la obligación que tienen de sujetarse al laudo que se emita.

El fundamento de la obligatoriedad del laudo reside en el acuerdo previo de las partes y en la autorización que la ley da a éstas para que sometan su controversia al arbitraje.¹³⁸

El compromiso arbitral deberá contener como mínimo, lo siguiente: datos generales de las partes; negocio que se sujeta a procedimiento arbitral; en su caso, término fijado para el procedimiento arbitral; aceptación del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas de la CONAMED, y, en su caso, la mención de las reglas especiales de procedimiento que estimen necesarias; la determinación de las partes respecto a si renuncian a la apelación; el señalamiento de las partes de saber que el compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante el procedimiento arbitral se promueve el negocio ante el tribunal ordinario; el señalamiento de la partes de no existir controversia pendiente de trámite ante los tribunales en relación con el mismo asunto; la determinación del juez que, en su caso, será competente para la ejecución del juicio arbitral.

Cuando las partes han firmado el compromiso arbitral, la Comisión Nacional, con base a éste y en el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial, señala los términos para el ofrecimiento, recepción, admisión y desahogo de las pruebas.

Las partes pueden ofrecer o presentar las pruebas que estimen pertinentes, las cuales son admitidas o desechadas por la Comisión, en virtud de su idoneidad y relación al fondo de la controversia.

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

En la audiencia de pruebas y alegatos se procederá al desahogo de las pruebas admitidas y a recibir los alegatos de las partes; con esto último, la Comisión determinará cerrada la instrucción y procederá a emitir el laudo

¹³⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, artículo 609, [Documento en línea], [México, citado el 10 de Septiembre de 2008], disponible en: www.asambleadf.gob.mx

arbitral correspondiente, mismo que notificará a las partes, quienes, a su vez, le avisarán de su cumplimiento.

El método para la emisión de laudo ante la Dirección General de Arbitraje se lleva a cabo:

1. Trabajando en tres salas, integradas cada una por un árbitro médico y un árbitro abogado; al frente de ellas, se encuentra un presidente.
2. El presidente de la sala, el árbitro médico y el árbitro jurídico analizan el expediente integrado, además, se elabora un proyecto de laudo.
3. Una vez que se analiza colegiadamente la controversia, la sala correspondiente presenta su proyecto de laudo ante el pleno para su aprobación final.
4. El pleno se forma con los profesionales de las tres salas y el director general de arbitraje.

4. Opiniones técnicas

La CONAMED con el objeto de contribuir en la mejoría de la calidad de los servicios médicos, puede emitir las opiniones técnicas que considere pertinentes en cualquier etapa tanto del procedimiento conciliatorio como del correspondiente al arbitraje, se basarán en las evidencias que la propia Comisión recibe de las actuaciones y de las investigaciones que realice.

Estas opiniones consisten en un dictamen de la Comisión Nacional, respecto de las quejas que sean sometidas a su consideración, o de cualquier otra cuestión de interés general en la esfera de su competencia,¹³⁹ mismas que podrán hacerse del conocimiento de las autoridades de salud y de las instituciones de salud (públicas o privadas), incluso de las asociaciones de profesionales de la medicina.

Las opiniones técnicas son de gran relevancia, ya que de acuerdo con ellas las instituciones de salud toman acciones, con la finalidad de corregir deficiencias dentro dichas instituciones, como ejemplo de ello, podemos mencionar la instrucción del Titular del ISSSTE para aplicar rigurosas medidas de control Epidemiológico en todos sus hospitales, derivada de la Opinión Técnica que emitió la CONAMED, respecto al incidente sucedido en

¹³⁹ DECRETO DE CREACIÓN, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, artículo 4º, fracción VI, [Documento en línea] [México, citado el 9 de Septiembre de 2008], disponible en: <http://www.conamed.gob.mx/index.php>

el Hospital Regional 1° de Octubre, por una deficiencia en su control epidemiológico, solo por mencionar alguna.

5. Dictamen médico institucional

Otra función de la CONAMED es la de elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia,¹⁴⁰ los cuales se emiten de acuerdo al leal saber y entender de la Comisión, en ejercicio de su autonomía técnica y con el único propósito de ilustrar a la autoridad peticionaria y a las partes, en cuanto a su interpretación médica interdisciplinaria de los hechos y evidencias presentados a su estudio.

En tal sentido, señalaremos que los peritajes son medios de acreditación destinados a suplir la falta de conocimientos específicos de una determinada ciencia, conocimiento del que adolece un magistrado, juez, ministerio público, etc. y que son necesarios para fallar alguna resolución judicial.

En relación con el ejercicio de la medicina, es muy recomendable que el perito entienda claramente lo que se le pide y responda a lo que se le ha solicitado de acuerdo a sus conocimientos científicos y su experiencia.

La importancia de la pericia médica, es que legalmente se pretende acreditar cuestiones de mala praxis, toda vez que del peritaje depende el sentido del fallo de las autoridades, ya que es muy raro que se resuelva en sentido diferente del sugerido por el dictamen.

El trámite para que la Comisión emita el dictamen, es el siguiente:

1. Una vez recibida la solicitud de dictamen médico, se turna a alguna de las tres salas de la Dirección General de Arbitraje.
2. Se analiza el expediente proporcionado por la autoridad encargada de la procuración e impartición de justicia.
3. Si se considera necesario se contrata asesor externo de reconocido prestigio y capacidad, que cuente con la especialidad médica relacionada con el caso que se trata, con objeto de estar en posibilidad de emitir el dictamen médico correspondiente.

¹⁴⁰ DECRETO DE CREACIÓN, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, artículo 4°, fracción IX, [Documento en línea] [México, citado el 9 de Septiembre de 2008], disponible en: <http://www.conamed.gob.mx/index.php>

4. El dictamen médico lo emite la Comisión Nacional por conducto del presidente de la sala y tiene el carácter de institucional.

E. Comisiones Estatales de Arbitraje Médico.

Las comisiones estatales de Arbitraje Médico han sido constituidas de diferentes maneras, como organismos públicos descentralizados, como sectorizados al sector salud, o bien, como órganos desconcentrados dependientes de las Secretarías de Salud.

Los Estados de la República en donde las comisiones estatales se encuentran instaladas formalmente son: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán. Las comisiones que cuentan con decreto de creación, pero que no han entrado en funciones, son en los Estados de: Baja California Sur, Quintana Roo y Zacatecas. Finalmente, los Estados que no tienen comisión estatal de arbitraje médico, son: Chihuahua, Durango e Hidalgo.¹⁴¹

Las comisiones estatales cuentan con atribuciones similares a las de la CONAMED, su ámbito de atención se orienta a las instituciones de salud estatales y a los servicios privados en la entidad. Dentro de su normatividad deben precisar el objeto de la institución, plasmar los fines y alcances de su actuación, y especificar su calidad de árbitro para promover la avenencia de las partes en amigable composición, llegando a obtener la solución de la controversia en la etapa conciliatoria o resolviendo en la decisoria, ya sea con pronunciamiento al proponer alternativas de solución o arreglo, o con la emisión de un laudo o sentencia.

Los ordenamientos federales y estatales en materia de arbitraje, tienen un modelo único de atención de inconformidades que hace similar el quehacer y su marco de referencia entre unas y otras. Dicho marco jurídico debe conformarse, además, con el reglamento de procedimientos para la atención de quejas, códigos civiles, así como la legislación federal y estatal que en su conjunto definan claramente la actuación de las comisiones.

¹⁴¹ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Informe Anual de Actividades 2007*, CONAMED-Secretaría de Salud, México, 2007, p. 90.

Conclusiones.

1. Debido a que el ejercicio de la medicina se ocupa de la salud y de la vida de los seres humanos, incidiendo directamente en la integridad física y psíquica, reviste una gran importancia social, tiene una delicada misión y por ello se encuentra penalizada la mala praxis.
2. Es una labor titánica o humanamente imposible, el pretender elaborar un flujograma por el cual puedan transitar cómodamente los médicos o los prestadores de los servicios de salud, para asegurar la posibilidad de no cometer ninguna negligencia en el ejercicio de su profesión, que les pueda causar algún perjuicio, entre ellos la libertad.
3. Sin embargo, es fundamental que los médicos tomen conciencia de que los errores en el ejercicio de su profesión siempre están presentes, por lo que es necesario se establezcan criterios, protocolos que tengan como finalidad la prevención, reducción y de ser posible la eliminación de las negligencias médicas, toda vez que al contar con información y procedimientos escritos, es más fácil tener el control sobre ellas.
4. La responsabilidad médica es una cuestión jurídica que tiene cierto grado de complejidad técnica y, de manera adicional, se encuentra en pleno desarrollo teórico y ético.
5. Para prevenir negligencia médica, es necesario prestar la debida atención a ciertos aspectos estrictamente médicos, íntimamente vinculados entre sí e interdependientes, que giran en torno a la relación médico-paciente, la *lex artis*, la historia clínica, el consentimiento médico y la información, principalmente.
6. Se debe tener un mayor control sobre la elaboración de las historias clínicas por la importancia que revisten tanto para el médico, para el paciente y la institución de salud, ya que de ella, se puede determinar una probable responsabilidad de quienes hayan intervenido en la atención del paciente.
7. La obligación de los médicos en el ejercicio de su profesión, por lo general, son de medios y excepcionalmente de resultados, p.e.: anatomía patológica, cirugía plástica.
8. Las conductas médicas por las que se generan de manera más frecuente casos de negligencia médica son: la negación de asistencia, error en el diagnóstico o error terapéutico, falta de seguimiento

- adecuado del paciente, inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, falta a la confidencialidad.
9. Se pueden distinguir varias clases de responsabilidad en las que pueden incurrir los médicos; sin embargo, el tipo de responsabilidad que nos interesa es la que surge de la relación médico-paciente y que crea consecuencias de derecho, son la profesional, civil, penal y administrativa.
 10. Es necesario incorporar en los planes de estudio de las facultades y posgrados de medicina, las materias que estudien la ética médica, la comunicación humana y la legislación sanitaria.
 11. Se debe propiciar entre los médicos y en general con los prestadores de servicios de salud, la mejora continua de los procesos y procedimientos de la atención en todas las instituciones, públicas o privadas.
 12. Definitivamente se debe hacer conciencia social de que un factor determinante en el número de negligencias médicas, son las pésimas condiciones de trabajo en los hospitales, principalmente del sector público, no se cuenta con los medios indispensables para un buen tratamiento de los pacientes. Muchos pacientes no mueren en manos de los doctores, sino debido al tiempo que hay que esperar para ser atendido, ya sea por un médico o por el especialista y en un ambiente francamente deplorable, por lo que lo más fácil en ocasiones, es culpar a los médicos por mala praxis.
 13. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es una institución joven, que ha dado muy buenos resultados, resolviendo cuestiones de negligencias médicas de manera expedita, a través de los procedimientos que ante ella se llevan a cabo: orientación y quejas; conciliación; arbitraje; opiniones técnicas y dictámenes médicos.
 14. Se debe impulsar la creación de las comisiones estatales de Arbitraje Médico, en los Estados de la República que aún no cuentan con ellas, buscando uniformarlas en cuanto a su naturaleza jurídica, servicios que prestan y legislación aplicable.

Bibliografía.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, México: Textos jurídicos universitarios, 1984, 3ª edición.

Bonnecase, Julien, *Elementos de derecho civil*, México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, T. II.

Carrillo Fabela, Luz María Reyna, *La responsabilidad profesional del Médico en México*, 1ª. Edición, Porrúa, México, 2005.

Casamadrid Mata, Octavio R., *La atención médica y el Derecho Sanitario*, JGH Editores, 1ª. Edición, México, 1999.

Choy, G. Sonia A., *Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina*, OGS Editores, S.A. de C.V. Marzo, 1ª. Edición, 2002.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Informe Anual de Actividades 2007*, CONAMED-Secretaría de Salud, 1ª. Edición, México, 2007.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Modelo Mexicano de Arbitraje Médico*, CONAMED-Secretaría de Salud , 1ª. Edición, México, 2003.

Diario Oficial de la Federación, *Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, 21 de enero de 2003, págs. 19-33, sección primera.

Diario Oficial de la Federación, *Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, 3 de febrero de 2004, págs. 28-35, sección primera.

Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, 7ª. Edición, Barcelona, 1984.

Galán Cortés, Julio César, *Aspectos Legales de la Relación Clínica*, Edit. Jarpyo, 1ª. Edición, Madrid, 2000.

López Mesa, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Médica, Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Edit. Legis, 1ª. Edición, Argentina, 2007.

Manzano García, José Roberto, *Responsabilidad y el ejercicio de la medicina*, Edit. Porrúa, México, 2002.

Moguel Caballero, Manuel, *La ley Aquilia y los derechos de la responsabilidad*, México: Tradición, 1983.

Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Editorial Bosch, España, 2004, 1ª. Edición.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, México: Libros de México, 1967, T. III, p. 289-290.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen II, 5ª. Edición, Edit. Porrúa, México, 1985.

En la Web:

Bunster, Álvaro, voz: Reparación del Daño, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Primera Parte, p. 13, Primera Edición, México, 1984, [Documento en línea], formato htm, [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

Bunster, Álvaro, Voz: Responsabilidad Penal, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Segunda Parte, p. 60, Primera Edición, México, 1984, [Documento en línea], [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], formato htm, disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

CONAMED, *“Diez años de la CONAMED, 1996-2006”*, Capítulo 9: Marco Jurídico, CONAMED-IEPSA, [Documento en línea], [México, citado el 9 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.conamed.gob.mx/publicaciones/pdf/10anos/capitulo9.pdf> págs. 435-464.

Cote Estrada, Lilia y Paúl Octavio García Torres, *Problemas médico legales*, Editorial El Manual Moderno, publicado en Internet por la Asociación de Médicos Colegiados de México, [Documento en línea], [México, citado el 5 de Octubre de 2008], formato pdf, disponible en línea: http://www.amcg.org.mx/pdf/trat_ciruj_gen.pdf

Decreto de Creación, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, [Documento en línea] [México, citado el 9 de Septiembre de 2008], disponible en: <http://www.conamed.gob.mx/index.php>

Diccionario de la Lengua Española, Wordreference.com, [Documento en línea], formato htm, [México, citado el 7 de Octubre de 2008], disponible en línea: <http://www.wordreference.com/definicion/temeridad>

Diccionario de la Real Academia Española, disponible en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dolo

Galindo Garfias, Ignacio, "*Responsabilidad civil*" en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, p. 45, Primera Edición, México, 1984, [Documento en línea] [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>

Tamayo y Salmorán, Rolando, voz: Responsabilidad, en UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Rep-Z, Primera Parte, p. 44, Primera Edición, México, 1984, [Documento en línea] [México, citado el 17 de Septiembre de 2008], disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1175>