

evitar las cláusulas donde se permite exonerar de responsabilidad. En primer lugar, a todo lo que se refiere a los derechos constitucionales en donde está desde el sexo, la raza, las creencias, el honor, la dignidad y claro, la salud, no puede renunciar porque esos derechos básicos son irrenunciables que están en la Constitución. Tampoco pueden renunciarse los derechos privados que afecten de alguna manera el interés público. Los artículos sexto, séptimo, décimo, décimo noveno y décimo sexto del Código Civil regulan perfectamente las cosas a las que puedo renunciar y a las que no. La renuncia tiene que ser clara, porque si no, nosotros pudiésemos no aceptar la renuncia.

Resumiendo, sólo puede renunciarse si en lugar de que diga, "el hospital no se hace responsable de", se señale: "Yo renuncio a exigir la responsabilidad en los siguientes casos": y poner la razón por la cual se acepta la renuncia. De otra suerte, la renuncia sería nula; en primer lugar porque siempre debe interpretarse el contrato a favor de quien no lo redactó, es decir a favor del enfermo, siempre. ¿Por qué? Porque el contrato lo redactan unilateralmente, se llaman contratos de adhesión o condiciones generales de contratación. Segundo, siempre debe observarse la equidad, siempre debe observarse la buena fe y debe señalarse exclusivamente los casos que taxativa y limitativamente se señalan como renunciaciones. No puede haber la analogía y en consecuencia, si no se pone la razón por la cual se renuncia, esa renuncia es nula.

Para seguir con las reglas de la Ley Federal del Consumidor, toda cláusula de renuncia de derechos que sea confusa, oscura, equívoca, incomprensible o que vaya contra la publicidad engañosa del propio hospital, sería nula y sería exigible la responsabilidad civil y la responsabilidad moral.

Me hubiese gustado tener un poco más de tiempo para buscar la fórmula de cómo el médico se puede defender del hospital porque ahora el hospital es a veces, enemigo del médico aunque sea su socio accionario. No diría lo mismo de cómo defenderse del enfermo porque ahí lo que se tiene que hacer es prestar un servicio de alta calidad o de excelencia.

Para terminar yo quisiera señalar lo siguiente. Ha aparecido en el mercado globalizado un nuevo fenómeno que está afectando los contratos como por ejemplo: la lealtad o la fidelidad. La finalidad solamente era cuestión del matrimonio, y sin embargo, hoy, los grandes comerciantes buscan la fidelidad del cliente, las señoras médicas que están aquí o las señoritas médicas que están aquí nos podrían decir que esto existe porque son "totalmente palacio" y cómo es que son "totalmente palacio", porque ya descubrieron los comerciantes que invertir millonadas en la publicidad para tener nuevos clientes, no es lo importante sino hacerles la convicción de que regresen al puerto de Liverpool, por eso el palacio de hierro hace lo propio y por eso algunas compañías como Mexicana, si usted viaja con nosotros tiene tantos puntos y además le damos corcholatas para que

compre coca cola, no sé cuántas cosas, o sea la fidelidad es importante y la clásica ventanilla de quejas con la señora con una cara de este tamaño gruñona que preguntaba "Qué quiere", no, pues nada. Cuál es su queja, ah bueno, entonces para la otra puerta. Ahora ya no, es necesario el servicio al cliente y están las señoritas con las minifaldas, por ello se olvida la pregunta que uno iba a hacer. Servicio al cliente o atención al cliente, es eso. Ahora se sabe que si el hospital no da un buen servicio, pues me voy a la competencia. El gran problema es que empieza a haber no-competencia porque alguien anda comprando todos los hospitales y eso se va a llamar monopolio. Me han contado por ahí que es algo que está sucediendo. Sin embargo, el Código Civil mexicano no ha abordado el complejo problema del acto médico en forma directa. Cuando la gente va a hacer su testamento conmigo pues me cuenta su vida y sus milagros, porque si no, no lo puedo hacer; nosotros cuando vamos con ustedes los médicos, tenemos que decirles todo, si no, no pueden hacer un buen diagnóstico. Nos parecemos también en las medidas preventivas; nosotros tenemos un lema: Notaría abierta, juzgado cerrado.

Para que nos vamos a tribunales, mejor vamos a arreglarnos y por eso el notario es un buen mediador. No le estoy quitando trabajo al señor árbitro. Pero hay otra figura que se llama mediación, porque a veces hay pacientes profesionales del conflicto y hay pacientes que no entienden el problema y quieren sangre contra el médico.

El caso de la señora que la operan de x cosa de la matriz pero la operaron de más y entonces ya no siente nada. Esa señora quiere "sangre" porque cómo vuelve a sentir, pero ni con el galán médico que anda por aquí; entonces qué es lo que vamos a hacer. Bueno, entonces aparece otra figura que se llama la mediación.

Nos parecemos mucho y entonces yo creo que nos debemos a nuestros clientes, ustedes los llaman pacientes y ustedes más que nosotros porque va de por medio no sólo el dolor sino la vida. Estoy encantado de haber estado con ustedes, son tres temas: relación cliente-médico, en ese cómo prevenir el conflicto, cómo manejar el conflicto es un segundo problema y cómo resolverlo a través del arbitraje.

Siguiente tema, el médico frente al hospital que se convierte en su enemigo.

### El acto médico como objeto de contratación naturaleza e importancia

Dr. en D. José de Jesús López Monroy

*El Doctor en Derecho José de Jesús López Monroy egresó de la UNAM con Mención Honorífica. Posee despacho propio y experiencia en litigio. Especialista en Derecho Civil y*

*Derecho Privado. Catedrático de licenciatura y posgrado con 110 cursos y conferencias en 29 universidades del país. Profesor de Tiempo Completo ininterrumpidamente desde 1964, Investigador, Sinodal de Exámenes Profesionales, Director de Tesis y Consejero de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro de la Comisión Dictaminadora de profesores de carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ex-Secretario General y Ex-Consejero de la Facultad de Derecho. Ex-presidente del Tribunal Universitario de la UNAM. Ex-consejero y Ex-secretario de la BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS. Autor del libro "Sistema Jurídico del Common Law", (con 3 ediciones) y de 116 artículos. Sobresale especialmente su proyecto de Código Civil en la XL Legislatura del Congreso de la Unión.*

El acto médico es objeto de la contratación de servicios profesionales del especialista en medicina y tiene una de las más elevadas categorías en los actos del hombre.

Al decir de Diego González en el artículo denominado "El Acto Médico en la Ley General de Salud" "esta gobernada por la ética, por la norma moral y por el deber que se exprese a través de la conciencia moral del facultativo".<sup>1</sup>

Y el mencionado profesionista indica y con razón que no hay acto médico abstracto sin paciente y que puede ser enfocado como acto jurídico pero añade que "mas bien como hecho jurídico...por las formalidades inherentes de las que ambos (se entiende médico y paciente) deben estar revestidos".<sup>2</sup>

Posiblemente lo que el estudioso quiere decir al indicar que no es un simple acto jurídico si no más bien un hecho jurídico es quizás que en la terminología jurídica confunde un acto jurídico con un contrato pero es algo más complejo y es lo que resulta de la declaración o expresión externa de la voluntad del médico y recepción del paciente.

En este caso me permito afirmar que el acto médico no es un simple contrato si no un negocio jurídico en el que existen situaciones jurídicas instrumentales y materiales que le dan complejidad.

Si partimos de la concepción que se expresa en el Código Civil Mexicano de 1928 el acto jurídico se compone de consentimiento y objeto y además exige capacidad legal de las partes o de una de ellas, ausencia de vicios del consentimiento lícitud en el objeto y forma.

Todo esto en aplicación de los Art. 1794 y 1795 así como de la disposición emanada del Art. 1859 todos del Código Civil pues si bien los dos primeros artículos antes citados se refieren al contrato, esta última disposición dice que lo que se ha regulado legalmente sobre los contratos será aplicable a los convenios y a otros actos jurídicos.

Me permito sostener que el acto jurídico que emana de la relación entre médico y paciente es un negocio jurídico y no un simple contrato porque a más de las relaciones contractuales está regida por principios, ciencia y técnica que exigen la preparación más adecuada del médico de tal suerte que todo esto implica una situación jurídica instrumental, en la terminología de Carnelutti.<sup>3</sup>

Y estos medios o instrumentos que el profesionista médico va a utilizar se ponen al servicio de una contratación con el paciente que desea que mediante la técnica, los principios y la prudente aplicación de la primera resuelva los problemas de salud del paciente.

La situación jurídica material del acto médico se traduce en una colaboración o trabajo profesional del médico frente al paciente que exige del primero el respeto a la personalidad del paciente, conocimiento adecuado de la técnica médica y una constante colaboración con sanatorios o clínicas hospitalarias y auxiliares del acto central médico.

De otra suerte se producirá una responsabilidad profesional del médico o incluso una responsabilidad criminal; en qué casos y cómo esto sería materia de otro estudio pero daremos en este artículo nociones elementales sobre dicha responsabilidad.

### Capítulo primero. Los principios fundamentales del acto médico en relación con la persona del paciente.

A la luz del Art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las garantías individuales se fundan en el respeto a la persona humana.

Art. 1. "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorgan esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menospreciar los derechos y libertades de las personas"

Todo el Derecho Civil debe ser un derecho civilizado y al decir de Messineo.<sup>4</sup> El Derecho Civil se refiere a la persona humana en sí misma, como miembro de un grupo familiar y como sujeto de una actividad económica en grado de colaboración y en vida o para después de su muerte.

Los Códigos Civiles Europeos mencionan los derechos de la persona humana y aún cuando el Código Civil de 1928 no hace una enumeración de los mismos puede decirse que se encuentran dentro del concepto de Derecho Civil que gira todo alrededor de la persona.

Estos principios al decir del Dr. Marcial Rubio son el derecho a la vida y la salud; el derecho a la integridad tanto de las partes del cuerpo o integridad física como a las funciones de salud; el derecho a la buena reputación por cuanto que el médico al conocer la intimidad de la persona de sus pacientes esta obligado por justicia a no revelarla; el derecho al honor; el derecho a la identidad y por consecuencia a la identidad que resulta el DNA o ADN o cuadro genético; el derecho a la libertad así ética como religiosa y el derecho al trato humano no al trato humillante; el derecho a la intimidad y al libre desarrollo y el derecho a la reserva de la información.<sup>5</sup>

Puede decirse que los principios de respeto a la persona humana son como la luz que precede al acto médico y que debe acompañar a dicho acto en todas sus expresiones.

El profesionista médico esta obligado al respeto de los derechos de la persona humana tanto más cuanto que el acto médico implica un acercamiento a la forma y a sustancia de la persona del paciente.

### Capítulo segundo. La técnica del profesionista médico.

Los conocimientos del médico deben ser los que exige la técnica médica según el adelanto científico.

El Dr. José Caballero como representante de la Universidad Peruana "Cayetano Heredia" indica que "el acto médico es un conjunto de acciones que recibe el usuario o paciente en los servicios de salud, las cuales tienen como objeto la recuperación del paciente y son realizadas por un profesional de la salud".<sup>6</sup>

Desde el caso del "Dr. Bohmans Case" de 1609 el Juez Eduard Coke en Inglaterra sostuvo que el fundamento del actuar médico se satisface con la preparación de las Universidades; la eficacia y eficiencia se adquieren con el estudio y con el aprendizaje y Coke decía que las Universidades son como los ríos que riegan la tierra del país y la convierten en fértil.

La preparación del médico debe ser completa, oportuna y sagaz.

El profesionista médico va a comunicar todos sus conocimientos para el tratamiento de la enfermedad del paciente.

Por eso la deontología médica señala la necesidad de "conocer los valores éticos".<sup>7</sup>

La ciencia médica alumbró el acto médico como la estrella de la mañana alumbró el horizonte cuando amanece un nuevo día.

### Capítulo tercero. La aplicación del conocimiento médico con la prudencia práctica.

No bastan los conocimientos y su comprensión, es necesario que la práctica médica se aplique con prudencia.

El Dr. José Piscocoya Arbañil dice en su estudio denominado "La Formalidad del Acto Médico: La Historia Clínica" que

la calidad de la atención médica deriva de una prudente auditoria en el desarrollo de la historia clínica.

La historia clínica es efectivamente una reflexión prudente de los avances del paciente o del estado del mismo la narración debe ser ordenada y contener los hechos memorables.

En la Ley General de Salud se dice que la historia clínica se pone a disposición de los enfermos salvaguardando "la intimidad personal y familiar con el deber de guardar secreto de quien en virtud de sus competencias tenga acceso a esto".<sup>8</sup>

Es obvio que la historia clínica no es propiedad del médico puesto que es un instrumental que surge de la relación entre el profesionista y el paciente e implica no solamente el actuar del médico frente al paciente con la técnica y prudencia que sean adecuadas sino que al decir del profesionista que tengo mencionado la historia clínica conduce a una auditoria técnica para poder detectar si el acto médico ha sido conducido con la prudencia necesaria.

Es decir que sostendríamos que la historia clínica fundamenta el desarrollo que el profesionista esta haciendo frente a su paciente; en otros términos es la forma externa del acto jurídico médico pero va a servir precisamente para regular lo que trataremos en el siguiente capítulo.

### Capítulo cuarto. La responsabilidad profesional civil y criminal.

La responsabilidad civil se encuentra regulada tanto por los principios de ética del profesionista médico, principios que podrían deducirse del contrato de mandato o contrato de "agency" en el derecho angloamericano como por el Art. 2615 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

Art. 2615. "El que preste servicios profesionales solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito".<sup>9</sup>

Por lo tanto el profesionista médico es responsable de la negligencia que queda expresada en el artículo 2025 del Código Civil que aún cuando regula la culpa o negligencia en las obligaciones de dar y el acto médico se refiere a las obligaciones de hacer puede ser perfectamente invocado en forma analógica.

Art. 2025. "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella".<sup>10</sup>

De este modo podemos decir que el profesionista médico responde cuando ejecuta actos contrarios a la vida del paciente o deja de ejecutar los que son necesarios; responde así mismo de impericia y de dolo sujetándose en este último caso a la responsabilidad penal del médico este último tema relativo a la responsabilidad criminal que ha sido estu- pendamente desarrollado por el Dr. Sergio García Ramírez en la "Responsabilidad Penal del Médico".<sup>11</sup>

De acuerdo con este eminente jurista, "la intervención del médico que se realiza conforme a la *lex artis* y con fina-

lidad curativa, "no llena ningún tipo delictivo aún en el caso de resultado honesto ya que es una lesión que no ha perseguido lesionar o matar al enfermo y el tipo de lesiones u homicidio dolosos supone que se persigue ese fin como meta u objetivo de la acción".<sup>12</sup>

El objetivo del acto médico es la vida y respeto del paciente.

El Dr. Sergio García menciona la responsabilidad penal indicando que "la cuestión decisiva para la indicación médica de una operación es establecer si entre la omisión de la intervención por las consecuencias que amenazan surgir de esta y las esperanzas que se desprenden de practicarla se dá un saldo positivo para el paciente", por eso se añade que en materia de trasplantes de órganos, Luttger destaca que "la indicación no se deduce de premisas con una validez temporal, si no que esta sometida al cambio que moviliza el progreso y el error".<sup>13</sup>

En cuanto a la culpa el Art. 18 párrafo tercero del Código Penal del D. F. Dice: "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".

El deber de cuidado es pues el centro de la fundamentación de la responsabilidad por culpa.

El Tribunal de Casación Francés dice que la responsabilidad por culpa del acto médico se demuestra cuando existiendo daño este se produjo por la línea de causalidad entre el daño que sufre el paciente y la actitud del profesional médico y a mi entender esto coincide con lo afirmado por el Dr. Sergio García Ramírez cuando menciona el nexo causal invocando únicamente; como excluyentes de responsabilidad la atipicidad; el consentimiento del ofendido o legitimado que debe ser valorado conforme a reglas estrictas de información al paciente; el estado de necesidad justificante; el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho así como la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito.

La Academia Mexicana de Cirugía define el consentimiento validamente informado diciendo "Es un derecho fundamental personalísimo, cuyo ejercicio corresponde en la toma de decisiones respecto de su salud y su cuerpo, salvo circunstancias excepcionales (caso de urgencia o incapacidad transitoria o permanente), para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad".<sup>14</sup>

Y el Dr. Carlos Tena Tamayo señala que "Es muy importante que no confundamos lo que significa la libertad prescriptiva con el derecho de autonomía que debe de tener el paciente; la libertad prescriptiva tiene que ver con la facultad del personal de salud para prestar sus servicios a su leal saber y entender en beneficio del enfermo, atendiendo las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los presta, es decir, la autonomía del paciente no puede interferir

con la libertad prescriptiva del médico; una vez que el paciente ha dado su autorización para que sea sometido a algún riesgo, el médico tendrá que tomar sus propias decisiones de acuerdo, como ya lo dijimos, al modo, tiempo y lugar".<sup>15</sup>

Todas estas materias penales tendrían que ser estudiadas en el tema específico de responsabilidad penal, este ponente solamente se limita a exponer la temática del acto jurídico que por su complicidad revela un negocio jurídico plurilateral de contenido ético y técnico frente al paciente.

## Conclusión

El acto médico es un negocio jurídico plurilateral de contenido extra patrimonial que se expresa cuando el médico como profesional guiado por las virtudes intelectuales y prácticas de entendimiento, ciencia y técnica aplica dichos principios para la salud del enfermo comprendiendo sistemas jurídicos instrumentales como medios y materiales de colaboración social aplicados con sabiduría al enfermo.

1 "Acto Médico en la Ley General de la Salud" Pág. 1

2 Id.

3 Véase "Teoría General del Derecho" de Carnelutti, Madrid 1941, Revista de Derecho Privado, Págs. 49.

4 "Instituciones del Derecho Civil y Comercial" de Messineo Tomo I, Págs. 54 al 58.

5 Véase "Los Derechos de la Persona y el Acto Médico" del Dr. Marcial Rubio de la Pontificia Universidad del Perú.

6 Véase "Las Universidades y Acto Médico" de José Caballero.

7 Véase José Caballero en la cita anterior.

8 Véase "La Formalidad del Acto Médico: La Historia Clínica" del Dr. Piscocoya Arbañil Pág. 3

9 Art. 2615 del Código Civil para el D.F.

10 Art. 2025 del Código Civil para el D.F.

11 Véase "La Responsabilidad Penal de México" Dr. Sergio García Ramírez, Editorial Porrúa, UNAM, México 2001.

12 Página 205 de la obra antes citada.

13 Id.

14 Tomado de "Consentimiento Validamente Informado" de la CONAMED 1ª. Ed. México, D.F. 2004.

15 "Una visión Humanista" de El Consentimiento Validamente Informado en la Práctica Médica, Revista CONAMED, Vol. 9, núm. 3, julio-septiembre, 2004.