

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".¹²

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".¹³

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 profesionista 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".¹⁴

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".¹⁵

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 profesionista 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. Piscoya 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.

"Propuesta de Reformas a la Legislación Civil Mexicana sobre la Contratación de Servicios Médicos".

Acad. Dr. Jaime Lozano Alcázar

Médico cirujano por la Facultad de Medicina de la UNAM, especialista en Oftalmología. Presidente de la Academia Mexicana de Cirugía. Profesor definitivo de Licenciatura por oposición, Facultad de Medicina UNAM. Tiene numerosos artículos publicados y es Autor de 4 capítulos de libros.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, desde 1982 (1), en su artículo 4º, que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

El acto médico que, como lo definía el Dr. Ignacio Chávez, es el "encuentro entre una conciencia y una confianza", consiste en otorgar y recibir un servicio en el ámbito de la salud. Como consecuencia de ello, genera derechos y obligaciones, que comprenden el ejercicio de ciertas facultades y el cumplimiento de deberes, originándose, entre las personas, un vínculo de carácter jurídico, del que se derivan convenios y contratos, generalmente no escritos, gracias a la confianza que debe prevalecer. Estos convenios o contratos deben regirse por las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, pues "la función de la ley, en general, es proteger los derechos individuales, facilitar las relaciones humanas y preservar el orden social". (2)

Por el origen contractual de la relación médico-paciente, el facultativo adquiere la obligación de escoger y aplicar correctamente los medios ordinarios para la atención del paciente, éste, a su vez, se obliga a no interferir en el accionar médico, amén de cubrir los aspectos patrimoniales específicos. (3)

La idea de responsabilidad en tanto reparación, se circunscribe a los aspectos civil y sanitario; además existe otra alternativa en razón a la vulneración de otros valores de mayor trascendencia, la responsabilidad penal, cuyo objetivo es la readaptación social (4).

El concepto de daño moral relacionado con actos médicos y su posible reparación, requieren de un estudio muy minucioso, pues son campo fértil de injusticias para pacientes y médicos.

La normativa del acto médico comparte con éste una enorme responsabilidad ética, también requiere de buena fe y debe además tener una buena perspectiva visionaria del futuro, dados los progresos que día a día vive el mundo de la medicina y las necesidades cambiantes que la demografía y la morbi-mortalidad van imponiendo.

En nuestra práctica profesional, los médicos nos encontramos sujetos a la observancia de diversas leyes, que incluyen, entre otras, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud, el Código Penal, el Código Civil, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, las Normas Oficiales Mexicanas en Materia de Salud, la Ley General de Profesiones, la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, etc. (4).

El Lic. Jorge López Bolado, citado por el Dr. Sergio García Ramírez (5), señala que la - tan exigente - responsabilidad característica del médico, deriva de "su propia condición, de la idoneidad que le es o que le debe ser propia, de la trascendencia social de sus funciones, de la responsabilidad que carga el Estado sobre sus espaldas".

Como vemos, el acto médico incluye una escala muy amplia de situaciones jurídicas que rebasan el Código Civil, a cuyo ámbito estará limitada la presente exposición, aunque es solo una parte de la reforma legislativa en atención médica que es actualmente necesaria.

Nuestro Código Civil, nacido en 1884, recibió en 1928 una profunda reforma, dirigida por el ilustre Ignacio García Téllez que, con justicia aseveraba: "...es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase por otra...."

Sin embargo, el Código Civil Mexicano no ha abordado el complejo problema del acto médico en forma directa y con la precisión que su trascendencia implica, la materia carece de regulación específica, por lo que se hace necesario que nuestra legislación civil aborde este rubro.

Se puede definir el acto médico como toda clase de examen, intervención, tratamiento, e investigación, con fines de protección a la salud. Incluye actos de prevención, diagnóstico, prescripción, recomendación terapéutica y rehabilitación, llevados a cabo por personal de la salud o bajo su responsabilidad.

La Comisión de Salud y Seguridad Social del Senado de la República y la Comisión de Salud de la Honorable Cámara de Diputados han visto con beneplácito la iniciativa que les ha presentado la Academia Mexicana de Cirugía, que es, por acuerdo presidencial, Órgano de Consulta del Gobierno Federal, para actualizar la legislación nacional en relación con la práctica de la medicina; al efecto la Academia ha organizado, durante la presente gestión, junto con la Asociación Mexicana de Derecho Sanitario, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Universidad Nacional Autónoma de México, los Foros de Propuestas para Reformas a la Legislación Mexicana en Atención Médica, en los que han participado, además, integrantes del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, Barra Mexicana, la Procuraduría General de la República, el Servicio Médico Forense, las Facultades de Medicina y Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Panamericana, la Universidad Anáhuac, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, etc.

Producto preliminar de uno de los aspectos considerados en dichos Foros, es el ideario en cuanto a algunos aspectos de la modificación del Código Civil en la materia que nos ocupa, que ahora viene a exponer ante ustedes - como portavoz de esos eventos - un médico cirujano.

Estos Foros han tenido la virtud de abrir la discusión, que se oigan las voces y opiniones de médicos, abogados y otras personas interesadas y harán que individuos competentes y preparados den forma y contenido a las propuestas que se presentarán, en su oportunidad, a las Cámaras Legislativas.

Uno de los cometidos esenciales de la legislación civil es el de preservar los derechos de la personalidad, subjetivos o privados, mejor llamados, personalísimos, que se refieren a aquellas facultades que por el orden jurídico son atribuidas al individuo, precisamente en reconocimiento de su propia personalidad, pues hacen referencia al respeto del individuo por sí mismo a través de sus signos distintivos: la individualidad, la inviolabilidad corporal, la libertad o autonomía, el honor, la esfera secreta de su propia persona, el derecho moral de autor, la propia imagen, la disposición del propio cuerpo y del propio cadáver; también se refieren al individuo como miembro de una familia y, además, se refieren a él en tanto miembro de un Estado.

Motivos de la propuesta:

- 1.- Sentar las bases para que se pueda establecer en el Código Civil la regulación específica de los derechos personalísimos en cuanto al acto médico, respetando su naturaleza jurídica de inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e ingravabilidad.
- 2.- Establecer, una ley que haga clara y especifique la contratación de servicios de atención médica, buscando su óptima calidad y la preservación de los derechos de médicos y pacientes. En el acto médico, de acuerdo a las leyes generales del país, a la *lex artis* y a la deontología médicas, hacer que se respete la libertad terapéutica, que consiste en la posibilidad jurídica a favor del paciente para optar por actos de atención médica, seleccionar médico, proponer modalidades de tratamiento, etc. y también la libertad prescriptiva del médico, que debe ejercer sin coacciones y que se deriva de la garantía constitucional del libre ejercicio profesional, prevista en el artículo quinto.
- 3.- Por su importancia en el acto médico y ligado al derecho de autonomía del paciente, normar civilmente el principio del Consentimiento Válidamente Informado, en sus diversos tipos: el expreso, que debe operar para actos de atención médica electiva; el presunto encaminado a la atención de urgencias y el tácito.
- 4.- Implementar la normativa para dilucidar los problemas éticos, según reglas esenciales, como: a) La no disponibilidad de la vida, b) La imposibilidad de renunciar al derecho a la protección de la salud, c) Los principios esenciales para la realización del acto médico, como son la buena fe y la razonable seguridad, d) Que el mal no sea querido sino solo aceptado como un efecto colateral, etc.
- 5.- Tomar en cuenta la objeción de conciencia, aceptada bajo las siguientes premisas:
 - a) No existe derecho a disponer de la propia vida, b) Tampoco a disponer de la vida de los demás, c) No se permite realizar actos expresamente prohibidos por la ley, d) El médico no puede abstenerse de atender a un paciente, tratándose de urgencias médicas, por motivos de conciencia, e) No es lícito renunciar a medios

ordinarios de atención médica cuando ello entrañe menoscabo a la salud o ponga en peligro la vida, f) Los cuidados paliativos no representan un acto dispositivo de la vida o la salud, g) El médico tiene a su favor la libertad prescriptiva y si bien el paciente goza de libertad terapéutica, ha de privilegiarse la primera bajo los parámetros de la *lex artis* y la deontología médicas, pues finalmente el facultativo tiene a su cargo el deber de cuidado, h) La objeción de conciencia es materia del consentimiento bajo información y en tanto actos electivos, es, por lo general, perfectamente lícita.

- 6.- Reconocer la expresión de voluntad de los menores para actos de atención médica (principio aceptado universalmente).
- 7.- Normar la solución de los conflictos familiares en la atención médica.
- 8.- Establecer nítidamente el derecho de la disposición del cuerpo para actos biomédicos, partiendo del principio de titularidad de la persona respecto a su cadáver, pues no se trata de un derecho de propiedad.
- 9.- Contiene la propuesta una serie de prohibiciones específicas por su gravedad y ser atentatorias de la dignidad del ser humano, que se basan en cuatro parámetros generales de interpretación jurídica:
 - A) El de no instrumentalización. Cualquier acto u omisión tendiente a disponer de un paciente como un medio, dentro del acto médico, para fines distintos a la protección de la salud, violentando sus derechos de libertad, autonomía y justicia. No se entenderán como tales los de investigación clínica o docencia, que cuenten con la validación ética respectiva (Código de Nuremberg, Declaración de Helsinki) (6) y, además, con consentimiento válidamente informado.
 - B) El concepto de dignidad humana
 - C) La afectación contra la humanidad: genocidio, eugenesia criminal
 - D) Atentar contra la vida humana
- 10.- Evitar la medicina defensiva, que es una reacción inadecuada en la que suele incurrir el médico ante el alarmante auge que han tomado las demandas, a menudo totalmente injustas.

"...Casi todos los expertos coinciden en señalar que las reclamaciones contra los facultativos han experimentado un crecimiento desmesurado desde 1980 ... Según un estudio del Tribunal de Cuentas del Reino Unido, publicado en 1999, en una década las demandas contra el personal sanitario se habían multiplicado por trece en este País...y podría valorarse en 4,900 millones de Euros".(7)

La medicina defensiva es un problema social, consecuencia del temor, que consiste en la práctica de todas aquellas medidas innecesarias, estudios superfluos y, por lo mismo onerosos, a los que el médico puede recurrir para protegerse de posibles contingencias legales debidas al reclamo

del paciente o sus familiares, si no quedan satisfechos con el resultado o, si, por acción dolosa, pretenden obtener beneficios económicos a costa del médico tratante, situación que también desafortunadamente suele suceder.

Una consecuencia más de que el médico se sienta acosado es, por un lado la disminución en las solicitudes para estudiar medicina y, por otro, la deserción temprana de la profesión, en particular de los cirujanos.

11.- Complementar todo lo anterior con una reforma procesal en materia de arbitraje médico.

Estas modificaciones propuestas se incluirían, como rubros específicos.

Así en el Libro primero del Código Civil, "De las Personas", en el Título Primero que se llamaría "De las Personas Físicas y los Derechos personalísimos", artículos 23 y 24.

Agregar un Capítulo al Título Décimo del Libro Cuarto, con el título: "De la prestación de servicios de atención médica"; por ejemplo uno de los artículos propuestos dice: "El personal de salud solo responderá por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. En la evaluación de casos de mala práctica, deberá ponderarse si existe responsabilidad objetiva institucional, si tal fuere el caso, el personal de salud quedará relevado de responsabilidad".

O bien, podría aparecer como una nueva "Ley de la Contratación de Servicios Médicos", por citar solo algunos ejemplos.

Naturalmente todas estas modificaciones tendrán que correlacionarse con la Legislación Sanitaria, la que deberá señalar las reglas específicas.

Esta exposición pone de manifiesto solo una pequeña parte de las propuestas que reflejan la inquietud por actualizar nuestras leyes en materia de salud.

Referencias

- 1.- González-Oropeza, M. : Los derechos humanos y el derecho a la protección de la salud. *Revista CONAMED* 1998; 3 (9): 10-11.
- 3.- Casa Madrid – Mata, O. : La responsabilidad profesional del médico, el derecho sanitario y la filosofía del derecho. *Comisión Nacional de Arbitraje Médico – Academia Mexicana de Cirugía. Simposio: La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica.* 1977. 9-16.
- 5.- García – Ramírez, S. : Consideraciones sobre el derecho penal y la práctica médica. *Comisión Nacional de Arbitraje Médico – Academia Mexicana de Cirugía. Simposio: La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica.* 1977. 17-27.
- 4.- Vargas- Villanueva, F. : La Responsabilidad Civil Objetiva del Médico y el Daño Moral. *Revista CONAMED* 2004; 9 (2): 14-21.
- 2.- Winslade, W. : Ideales éticos y aspectos legales en la práctica médica" *Primer Congreso Internacional Sobre Humanismo en Medicina. Universidad Anáhuac/Cruz Roja Mexicana/Orden de Malta.* 1990. 26-29.
- 6.- Código de Nuremberg. Declaración de Helsinki Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en seres humanos. *Bol Of Sanit Panam* 1990; 108 (5-6) : 626-637.
- 7.- Tribunal de Cuentas (UK). Disponible en : URL:www.economía de la salud.com/Ediciones/08/08/-enportada/08-medicina.htm.