

el desahogo de las inconformidades por presunta mala práctica médica, la CONAMED aplica medios alternos a la disputa judicial; instituciones jurídicas del derecho civil.

La necesaria interacción entre profesionales del derecho y la medicina, resultante de este novedoso modelo de justicia alternativa, se antojaba poco fácil dado el contexto en que culturalmente se han desenvuelto estas disciplinas, de tal suerte que, fuera del ámbito institucional, su funcionamiento llegó a verse con escepticismo.

A casi nueve años de haberse creado la CONAMED, es afortunado observar que médicos y abogados conjuntan su saber para brindar un servicio interdisciplinario, que por sus características, promueve el fortalecimiento de la relación médico paciente, en virtud de los principios que permean el proceso arbitral médico. No obstante, es necesario avanzar en el análisis del entorno jurídico en que se desarrolla la actividad profesional del equipo sanitario, con el fin de asegurar la comprensión cabal del acto médico, tanto desde la perspectiva que regula la normativa sanitaria, como de las hipótesis que plantean las disposiciones civiles y penales, para los establecimientos que brindan servicios de atención médica y para quienes ejercen de manera independiente la profesión.

Por ello, para el desarrollo de este panel, relativo a la prestación de servicios de atención médica y la responsabilidad del equipo sanitario, tengo el enorme gusto de contar con la presencia de destacados profesionales del derecho. En primer lugar, agradezco la presencia de dos destacadas juezas pertenecientes al Poder Judicial del Distrito Federal, las titulares de los juzgados cuadragésimo séptimo en materia penal y vigésimo quinto en materia civil, quienes harán referencia a la responsabilidad penal y al daño moral, respectivamente. De igual manera saludo el hecho de contar con la presentación que hará el Doctor en derecho Juan Carlos Marín González, profesor e investigador del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, con quien desde hace tiempo he tenido la oportunidad de intercambiar interesantes puntos de vista, además de ser uno de los especialistas del ITAM sobre responsabilidad civil y reparación de daños. Precisamente, el Dr. Marín nos ilustrará sobre la responsabilidad civil objetiva en medicina.

Responsabilidad civil objetiva en medicina

Dr. en D. Juan Carlos Marín González

Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Como lo señalamos desde un principio es profesor del Departamento de Derecho del ITAM e investigador de tiempo completo en ese mismo Instituto.

Muy buenos días, en primer lugar agradezco a todos ustedes su presencia en esta mañana del día viernes, comprendo que muchas veces no es fácil llegar a este tipo de eventos y por lo tanto valoro sobremanera la presencia de ustedes esta mañana. Deseo también expresar mis agradecimientos a la CONAMED por haber tenido la gentileza de invitarme a platicar con ustedes sobre temas que son de mi agrado y sobre los cuales me gusta discutir y conversar. Especialmente deseo dar las gracias al licenciado, tal vez ya mi amigo, Agustín Ramírez por esta oportunidad.

Como lo podrán notar en mi acento, yo soy del sur de México, soy de Chile, pero mi señora es mexicana de aquí del DF y ya me habían advertido que cuando uno se casaba con una «chilanga», las posibilidades de retornar al país natural de uno eran mínimas y aquí estamos. Hace 3 años que soy profesor de tiempo completo en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y me he dedicado estos tres años a trabajar el tema de la responsabilidad civil en el Derecho Mexicano. Dicho esto, y para entrar en materia me gustaría contarles una pequeña historia con la que se suelen iniciar los cursos de responsabilidad civil.

La historia es la siguiente. Hace unos dos mil años visitó nuestro planeta un Dios maligno y llamó a los sabios de ese entonces (supongamos que se reunieron en una asamblea similar en la que ahora participamos) y les dijo: hombres sabios, les voy a dar a ustedes un instrumento milagroso, les voy a proporcionar un recurso que los va a hacer a todos infinitamente felices y a cambio de este instrumento maravilloso que yo les ofrezco, simplemente les voy a pedir que ustedes me entreguen dos mil vidas al año, que me entreguen dos mil personas de ustedes, de sus hijos. Instrumento que, repito, los va a hacer inmensamente felices. Los hombres sabios escucharon la proposición y deliberaron sobre la misma. Y cuál creen ustedes que fue la respuesta o, ¿qué responderían ustedes ahora? Dos mil vidas al año por un instrumento que hará a todos ustedes inmensamente felices.

En general la respuesta que dieron los sabios de aquel entonces, yo espero que ustedes estén pensando lo mismo, fue no. No estamos dispuestos —afirmaron los sabios de aquellos años—, por muy maravilloso que sea el instrumento que nos está ofreciendo, a entregarle dos mil vidas. El Dios maligno dijo: muy bien señores, no pasa absolutamente nada y se retiró.

Dos mil años después regresó el Dios Maligno, y aquí en México año 2004, delante de ustedes, expresó: ven como en definitiva sí aceptaron el instrumento que yo les había prometido. Yo le estaba ofreciendo el automóvil que sólo en México cuesta entre 4,000 ó 5,000 vidas al año. Es decir, vivimos en sociedades donde constantemente hay riesgos. Ustedes cuando, por ejemplo, se suben a un avión (conversaba hace un momento con una doctora que es de Baja California y supongo que ella se vino a México en avión)

parten de la base que van a llegar sanos y salvos a su destino. También, lógicamente, cuando regresan a su hogar. Sin embargo, muchas veces esto no es así; muchas veces ocurren accidentes que producen daños y perjuicios y que impiden que lleguemos sanos y salvos a nuestras casas o lugares de trabajo. La pregunta que entonces uno puede formularse es ¿por qué ustedes están dispuestos a vivir en una sociedad en la que constantemente se producen daños? ¿Por qué utilizar un instrumento como el automóvil que significa dos mil, cinco mil o más vidas sólo aquí en el Distrito Federal? (Ustedes deben saber mejor cuántas vidas se lleva este aparato en sus respectivos Estados) ¿Por qué, entonces, no dejamos el automóvil y lo cambiamos por un instrumento menos peligrosos, una bicicleta por ejemplo? o ¿Por qué no viajamos al interior de la República en tren que al menos teóricamente es menos peligroso que un avión?

Pareciera que las sociedades en las que nos ha tocado vivir no están dispuestas a prescindir del automóvil, del avión, y de una serie de instrumentos maravillosos que sin duda nos han hecho más felices pero que son fuente de una gran cantidad de daños y perjuicios. En una ciudad como el Distrito Federal parece imposible que podamos prescindir del automóvil como medio de transporte. Muy pocos estarían dispuestos a trasladarse a pie o en bicicleta para evitar una serie de daños que día a día ocurren en la ciudad. En definitiva las modernas sociedades son estructuras que conviven con el riesgo. Por lo tanto, frente a esta realidad lo que los estudiosos del derecho se plantean es qué daños se van a indemnizar y cuales no. Este es el centro de la responsabilidad civil. Como bien explicaba el anterior expositor en términos muy generales las personas podemos ser objeto de tres tipos de responsabilidades. Así, por ejemplo, si alguien comete un ilícito penal (por estar así tipificado en el ordenamiento jurídico) la sanción normal será la privación de libertad;. Si usted es funcionario público, me estoy refiriendo ahora a todos los médicos que trabajan en hospitales públicos, y comete una falta, va a ser objeto en principio de una sanción administrativa; esto es, de la aplicación de una multa administrativa o de la suspensión de su licencia de médico, o de una amonestación, etc. Finalmente si alguien comete un daño, lo que se denomina un ilícito civil tendrá que indemnizar ese daño pagando una suma de dinero. Esta última responsabilidad, denominada responsabilidad civil es la que ahora nos interesa. En términos genéricos cuando hablamos de responsabilidad civil nos estamos refiriendo a dinero; a una suma constante y sonante. La responsabilidad civil se indemniza pagando una suma de dinero. Por lo tanto volviendo a la pregunta hace un momento formulada lo que debemos determinar es qué daños van a indemnizarse (porque lo que es claro es que no todos los daños se van a indemnizar). Les pongo algunos ejemplos. Si usted se cae al salir del baño y se produce una importante lesión en la cabeza, créame que va a tener un importante daño y en principio ese daño nadie se lo va a

cubrir; si a usted su novia o novio lo abandona es muy probable que usted sufra un serio quebranto en su salud y hasta ahora a nadie se le ha ocurrido que el mismo deba ser indemnizado, si a usted le gusta beber vino y es más bien aficionado a este líquido es posible que se cause un daño importante en su integridad física y hasta el día de hoy a nadie se le ha ocurrido demandar a los productores de vino por este daño. Si existe un pequeño vendedor de café que lleva 20 años en el negocio y a su lado se instala una gran compañía (pensemos por ejemplo en Starbucks) respetando todas las normas de competencia, es muy probable que el pequeño comerciante sufra pronto una dramática disminución de sus ventas que lo va a llevar en definitiva a cerrar su negocio con el consiguiente daño para su patrimonio. En todos los ejemplos que hemos mencionado los daños no van a ser indemnizados, esto es, no habrá un sujeto distinto al que sufrió el daño que vaya a solventar el mismo. Al sufrir un daño, por tanto, podemos gráficamente decir que el patrimonio vale menos. Lo que usted quiere con la responsabilidad civil es que su patrimonio quede igual; su patrimonio era cien, le causan un daño, queda en noventa y usted dice ¿por qué alguien no me indemniza esos 10? Y ahí está la pregunta que formula la responsabilidad civil: ¿Cuándo se van a indemnizar esos diez? Porque insisto, aún el día de hoy, no todos los daños se indemnizan, entre otras cosas porque todo indica que una sociedad en la cual todos los daños se indemnizarán haría inviable el vivir en sociedad. Todo indica que los seres humanos estamos dispuestos a vivir en sociedades en las que se produzcan algunos daños, los aceptamos como algo inevitable, lo único que no queremos es que esos daños afecten nuestro patrimonio o ser nosotros quienes los causamos.

Ahora bien, en la doctrina civil se han ideado básicamente dos formas, muy genéricas, para establecer cuándo un daño debe ser indemnizado. Una posibilidad es que usted —utilizando un lenguaje más bien coloquial— sea torpe y producto de su torpeza constantemente se produzcan daños; entonces el Derecho les dice, mire, usted va a tener que indemnizar los daños que ha cometido. (También en este ámbito cabría la situación en la cual usted produce un daño con total desconsideración de la víctima; en este último caso usted ya no es torpe sino más bien malo). En el lenguaje jurídico es lo que se denomina responsabilidad subjetiva o por culpa (que también incluye el dolo). La culpa mira a la negligencia, a la impericia, a un actuar erróneo. El otro sistema es el que se denomina responsabilidad civil objetiva. Deseo aclarar desde luego que en doctrina civil no existe algo denominado *responsabilidad civil objetiva en medicina* (título de este panel), lo que hay es una responsabilidad civil objetiva para todos, que lógicamente puede aplicarse a los funcionarios de la salud. Me explico: la responsabilidad civil objetiva, *grosso modo*, ya no se preocupa de cómo actuó usted, ya no se preocupa si usted fue negligente. La responsabilidad civil objetiva, particularmente en el caso de

México, discurre sobre la utilización de instrumentos peligrosos en sí mismo o por la velocidad que desarrollen o por otras causas análogas. En este tipo de responsabilidad si se produce un perjuicio producto de una actividad peligrosa, se va indemnizar el daño aun cuando nada haya de reprochable en su actuar.

La pregunta que nos formulamos de cara a este evento es: ustedes los médicos en sus diversas actuaciones deben estar sujetos a un régimen de responsabilidad subjetiva por culpa, esto es, por su actuar negligente o deben estar sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva. Esta última responsabilidad, como ya podrán comprender, es mucho más estricta con la función de todos, particularmente con la de los médicos en su trabajo cotidiano, pues prescinde de si el facultativo actuó bien o no, sino que su punto de atención está en el desarrollo de alguna actividad peligrosa, por ejemplo como se ha resuelto por los tribunales en México, por la utilización de la anestesia que causa un daño cerebral irreversible al paciente. Personalmente, un régimen de responsabilidad objetiva en el ámbito de la salud me parece peligroso, no creo que sea bueno ni saludable que los médicos respondan por regla general sobre la base de un sistema de responsabilidad que prescinde de la culpa. Entre otras cosas porque puede conducirnos por el peligroso camino de inhibir la investigación médica e inhibir la labor de los facultativos de la salud. Si el ordenamiento jurídico le dice al médico anestesta que independiente de su actuar él será responsable de los eventuales daños que la anestesia cause en el paciente, lo más probable es que dicha actividad pronto desaparezca. A mí me gusta más la idea de que si usted actúa con culpa, si usted fue negligente, responda. Como ocurrió en el hospital 1° de Octubre del ISSSTE en que murieron 9 niños y según la propia CONAMED hubo negligencia, hubo descuido en el manejo de ciertas sustancias que llevaron a la muerte a estos infantes.

Dicho esto, deseo destacar que en los próximos meses se va a poner cada vez más de moda esta idea de responsabilidad objetiva porque el 1 de enero de este año entró en vigor la reforma al artículo 113 de la Constitución Política, que establece la denominada Responsabilidad Patrimonial del Estado. Ésta en términos generales no es nada más que la responsabilidad civil objetiva cuando el daño lo ocasiona un servidor público. Todos los médicos que ejerzan sus funciones en un hospital público van a quedar sujetos a este tipo de responsabilidad que por mandato constitucional es de carácter objetiva y directa.

La pregunta es ¿Qué va a hacer el Estado? Va a repetir contra el funcionario público, ese es uno de los temas trascendentes y que hoy en día se está discutiendo porque pese a que la reforma constitucional entró en vigor, como apunté, el 1 de enero del 2004, a la fecha no se ha dictado la correspondiente ley secundaria que debe materializar la aplicación práctica de esta responsabilidad.

Actualmente aquí en la Ciudad de México existen dos proyectos de ley, uno federal, que se encuentra en segunda revisión en la Cámara de Diputados y uno local de la Asamblea Legislativa del D.F. Ninguno de los dos ha sido, hasta el momento, aprobado. De las entidades locales, hasta donde tengo conocimiento, sólo cuatro Estados han aprobado la respectiva ley secundaria. De los restantes unos cinco tienen un proyecto de ley y el resto no ha hecho absolutamente nada al respecto. Habrá que estar, por tanto, muy atento para saber en definitiva cómo se va a regular por cada Estado esta materia y ver qué va a pasar con los daños que los facultativos de la salud, que laboren en una institución pública, causen a los pacientes y, más importante, cual será la respuesta que estos últimos tendrán al amparo de la nueva normativa que se ha aprobado en México.

Lic. Ramírez:

Quisiera hacer un comentario. Efectivamente el tema de la responsabilidad de los establecimientos tiene que dividirse entre lo público y lo privado. Ayer, el Doctor Pérez Fernández del Castillo, se refería por ejemplo, a la responsabilidad del hospital en relación con la responsabilidad del médico que ahí ejerce su profesión pero de manera independiente, digamos y aquí hay una regulación dual, por un lado la legislación civil se refiere estrictamente al ámbito de responsabilidades de unos y otros pero también la legislación sanitaria, concretamente la ley general de salud, su reglamento refiere que se trata de una responsabilidad solidaria; esto es, y además lo dice la legislación sanitaria, independientemente de la naturaleza o de la relación contractual entre el médico y el establecimiento, el establecimiento no puede eximirse de responsabilidad; entonces vemos que hay esta concatenación de acciones tendientes a qué, a garantizarle al usuario que cuando se genere un daño, éste le sea reparado. Y luego en el ámbito público, aquí nos enfrentamos, como seguramente lo iba a decir el Maestro Avendaño, a un problema importante cuando un paciente inicia una demanda en contra de un establecimiento público, resulta que cuando el establecimiento ha sido condenado al pago de la reparación de ese daño, el establecimiento no tiene recursos y esto ha sucedido concretamente en el caso de las instituciones, no a las de seguridad social que sí tienen un fondo para ello, pero en el caso de las instituciones que dependen de la Secretaría de Salud, o sea de las federales o de las estatales y como no tienen ese recurso, resulta que parece que se hace anulatorio el derecho del paciente al que se le resarce el daño ¿Por qué? Porque hay una disposición también, la ley de presupuesto contra la ley de gasto público que dice que no se puede ejercer un recurso si no está en una partida presupuestal y lo único que se genera a favor del paciente, es la posibilidad de que esto se vaya al presupuesto del año siguiente para que se le pague el daño que ha sido condenado al año siguiente. Entonces, pareciera que esto

es muy inequitativo y por esto se introduce esta figura que decía el Maestro Avendaño de los seguros de responsabilidad profesional aunque esos seguros ahora son personales para el equipo sanitario y no para los establecimientos.