

328 del Código Penal se establece "al médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de 6 meses a 3 años de prisión, de 50 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta".

Este delito admite su realización tanto en forma dolosa como por culpa o imprudencia, por lo que la pena mencionada, se aplicará cuando el delito se cometa en su forma dolosa, pero si se realizara por culpa, se aplicara solo la cuarta parte de los parámetros de punibilidad ya mencionados.

De todos y cada uno de los delitos mencionados solo los de AYUDA o INDUCCION AL SUICIDIO en su hipótesis de prestar auxilio hasta el punto de ejecutar la muerte; así como el de PROCREACIÓN ASISTIDA en su hipótesis referente a cuando la inseminación artificial se realice con violencia o resulte la mujer embarazada, y cuando se implante a una mujer un óvulo fecundado ajeno o esperma de donante no autorizado, son delitos graves y por lo tanto resulta improcedente otorgar el beneficio de la libertad provisional, en todos los demás casos, se tiene derecho a la libertad y la orden de aprehensión que en su caso se gire, deberá cumplimentarse sin ingreso del médico a un reclusorio, por lo tanto la misma se cumple con la sola presentación del inculpado en el local del juzgado.

### El daño moral

Lic. Fabiola Vargas Villanueva

*Es Licenciada en Derecho por la UNAM, especialista en Derecho Privado, Maestra en Ciencias Jurídico Penales y además tiene un Diplomado en Materia de Derecho Notarial y Registral. Ha impartido diversas cátedras y conferencias. Tiene 25 años de experiencia como Jueza.*

Primero que nada agradezco al Doctor Carlos Tena Tamayo, Comisionado Nacional de Arbitraje Médico, la invitación que me hizo para participar en el presente Simposio, lo que me honra y me compromete con tan distinguida audiencia a ser clara, breve y precisa en el tema del Daño Moral que me corresponde exponer, para que los que la escuchen puedan tener una visión clara de lo que se expondrá, dejando a un lado conceptos doctrinales en donde en la mayoría de los casos no hay uniformidad de criterios así como la lectura incesante de preceptos legales, no sin antes reconocer la brillante intervención del Licenciado Agustín Ramírez Ramírez, Doctor Juan Carlos Marín González y la Licenciada María del Carmen Patricia Mora Brito los panelistas que me han precedido en el uso de la palabra.

El médico en el ejercicio de su profesión enfrenta una situación difícil y compleja y se esta llegando al grado de que sienta la necesidad de contratar seguros médico que respalden su actividad, lo que induce a la aparición y desarrollo de la medicina defensiva, con el consabido incremento para los pacientes y sus familiares en los costos de los servicios que aquél presta.

He de referirme al daño moral, que puede provocar un médico en el ejercicio de su profesión y que a pesar de ser una figura diversa a la de la responsabilidad civil objetiva y a la que se ha hecho alusión, sin embargo convergen en una misma demanda, como se puede observar en los juicios que cada vez con más frecuencia se promueven; lo que además de los costos humanos y materiales que ello implica desde luego influye en la carga de trabajo de los Tribunales del País, siendo conveniente resaltar que en la mayoría de los casos, tales litigios se derivan de la negligencia médica en que se incurre y en menos proporción se actúa con impericia o imprudencia.

Si bien doctrinalmente no existe uniformidad en el concepto de lo que es el daño moral, nuestro Derecho Positivo Mexicano y concretamente el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, lo conceptúa como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien, la consideración que de sí misma tienen los demás. Y considera su existencia cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o integridad física o psíquica de las personas. Así se tiene que el daño que nos ocupa se refiere a bienes extrapatrimoniales o inmateriales, inherentes a los *derechos de la personalidad* como lo son los antes señalados, lo que equivale a que el agravio que sufre el sujeto y en el caso concreto el paciente y/o sus familiares se dé en el patrimonio moral de éstos y si bien no son tasables o valuables en dinero por ser de naturaleza subjetiva o inmaterial, ello no impide que jurídicamente al cometerlo, la reparación se de con el pago de cantidad alguna a título de satisfacción relativa por el dolor moral que se causa, sin que esto implique que lo atenué o desaparezca, teniendo como propósito que quien lo sufrió si bien no obtiene la restitución - en la mayoría de los casos- al estado en que se encontraba el paciente antes de la afectación, si tiene una función a título de satisfacción y equivalencia al dolor moral sufrido, al saber que la conducta negligente o por impericia que se dio no quede impune, reiterándose que una sola conducta como lo han referido los anteriores participantes del panel puede derivar además en responsabilidades de tipo administrativo y penal.

Ahora bien, para que jurídicamente proceda el reclamo de la reparación en la que puede incurrir un médico en ejercicio de su profesión, es menester que el hecho de que se trate, cause una afectación en uno o algunos de los derechos de la personalidad que tutela el artículo 1916 del

Código Civil y al que reiteradamente nos hemos referido, es decir que haya una relación de causa - efecto entre el hecho u omisión ilícitos y que el daño se produzca.

Ejemplo de ello sería el caso de que un paciente, cuyo problema de salud incide en la imperiosa necesidad de que se le ampute la pierna y por negligencia y descuido del médico tratante, erróneamente se le amputa la pierna sana, luego entonces tal ejemplo nos lleva a concluir que con independencia de la responsabilidad civil en que se incurre, se da necesariamente el daño moral, puesto que además de que se altera su configuración física, la afectará que sufrirá repercutirá en sus sentimientos, vida privada, en la consideración que de sí misma tienen los demás y por su puesto en su integridad psíquica; otro ejemplo y en el que fue evidente la impericia del médico sucedió en el caso de una persona del sexo femenino de aproximadamente de treinta años, que acude ante el médico para solicitarle una cirugía que le permita reducir el tamaño de sus senos, practicó la misma con resultados nefastos como fueron la desfiguración de la parte operada, y no sólo eso sino puso en peligro eminente de muerte a la paciente la que sufrió una terrible infección en toda la zona tratada, así surge la interrogante de que cómo el médico en cuestión se atrevió a ejecutar la cirugía, si no tenía los conocimientos ni la práctica correspondientes a los de un especialista en cirugía plástica, en este último ejemplo no cabe duda que prevaleció la impericia del médico y por supuesto la falta de ética profesional. La desfiguración aludida obviamente trascendió en la afectación en sus derechos a la personalidad puesto que se afectaron sus sentimientos, su vida privada se vio afectada sexualmente y su configuración de su aspecto físico, puesto que nunca recuperó la normalidad física, aún cuando no del todo le era satisfactoria, la consideración que los demás tienen de ella, así como el agravio que sufrió en su autoestima, así serían innumerables los ejemplos de las situaciones concretas que se pueden dar.

Conviene precisar que la reparación del daño moral no es transmisible o transferible a terceros cuando quien la sufre viva y sólo pasará a sus herederos cuando la víctima haya intentado la acción de referencia en vida.

La obligación de reparar el daño moral corresponde tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual a quien lo cause y aún al Estado, cuando se dé el caso de que el médico sea un servidor público, ya sea que el propio Estado responda subsidiariamente, para el caso de que los bienes del responsable no alcancen a cubrir el monto de la cantidad que le fue impuesta en conductas culposas y solidariamente en conductas dolosas, según sea el caso.

En el supuesto de que el médico sea demandado civilmente, el actor y/o sus familiares deberán necesariamente acreditar sus pretensiones con los elementos de convicción que la propia ley prevé y que pueden mediante pruebas confesional, testimoniales, documentales, etcétera y se pon-

dera la importancia para la acreditación de la acción, de la prueba pericial psicológica o psiquiátrica, que auxiliará al juzgador a determinar la existencia del daño que nos ocupa. Cabe mencionar que los estudios psicológicos y/o psiquiátricos revisten suma importancia para la procedencia o no de la reparación del daño moral, pues son estos galenos quienes se encargan de detectar el grado de afectación que sufre la víctima, puesto que también se da el caso de personas que fingen ante la autoridad judicial, pretendiendo engañarlas fingiendo conductas que no devienen de circunstancia alguna y además de que manipulan cualquier otra clase de probanza, ejemplo de ello sería el aleccionamiento de testigos.

El juez es autónomo y se encuentra facultado por la ley para el pago de una suma de dinero que puede ser desde simbólica, hasta elevada, sanción pecuniaria que se reitera es por satisfacción de equivalencia al dolor moral sufrido por la víctima y/o sus familiares

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados (honor, reputación, sentimientos de inferioridad que casi siempre provoca una desfiguración o detrimento del aspecto físico, etcétera); el grado de responsabilidad equivale a la consecuencia que se dio por la negligencia, impericia o imprudencia. La situación económica del responsable y el de la víctima, y el último de los elementos a considerar por el juzgador será el de las circunstancias del caso que equivale a analizar los acontecimientos que se dieron al producirse el daño moral.

Para el caso de que el daño derive de un acto que haya tenido gran difusión el juez ordenará a petición de la víctima y cargo del responsable, un extracto de la sentencia que refleje la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. Cabe resaltar que esta hipótesis es muy difícil de darse en la práctica, pues la verdad sea dicha los médicos hacen honor al secreto profesional.