

Las Responsabilidades en el Ejercicio Profesional de la Medicina

Gonzalo Moctezuma Barragán*

En una profesión como la Medicina en la que, a diferencia de otras prácticas, el error humano puede traer graves consecuencias que pueden ir desde lesiones leves hasta la misma muerte, se hace necesario delimitar claramente su entorno jurídico, para poder así distinguir aquellos casos en los que puede hablarse de la existencia de responsabilidad por parte del profesionista, y en qué casos los posibles daños son atribuibles a causas ajenas a la mano del médico.

Nuestro sistema jurídico contempla no solo la posibilidad, sino también los medios para hacer exigible la responsabilidad por mala práctica a un médico, ya sea por la vía civil o por la vía penal; sin embargo, en la práctica no es fácil hacer efectiva dicha exigencia.

Esto se debe fundamentalmente a que la medicina es una ciencia que se encuentra en constante evolución y sobre todo, porque aun cuando se conozcan las causas de las enfermedades, existirá siempre el factor de reacción individual de cada paciente, infinitamente variable e imposible de ajustar a normas homogéneas de atención. Es precisamente este factor el que convierte ahora y siempre a todo tratamiento, aun el más rigurosamente exacto; en un azar, aunque desde luego la permanente actualización del médico, la práctica y habilidad pueden disminuir las posibilidades de error.

En México, como en cualquier parte, los casos más graves de iatrogenia son aquellos en los que no se ha empleado la terapéutica adecuada a consecuencia de un diagnóstico equivocado por negligencia o impericia. No obstante, esto no se ve

reflejado en el ejercicio de acciones judiciales, en las que por lo general se persiguen diversos intereses que no necesariamente se vinculan con una mala práctica.

Esta situación es comprensible, si partimos del hecho de que el paciente o su familia no tienen un conocimiento amplio acerca de los elementos que han permitido elaborar un diagnóstico, así como sobre la decisión terapéutica y la forma en que ésta se desarrolló, razón por la cual se encuentran limitados para juzgar acerca de su exactitud o inexactitud, aunado a la imposibilidad de acceder al expediente clínico. El paciente la mayoría de las veces acepta lo que el médico le señala y juzga por tanto el éxito o fracaso del tratamiento conforme a la gravedad o incurabilidad de sus lesiones o padecimientos.

Aún en el caso concreto en que sea fácil presumir la negligencia o impericia del médico en el ejercicio de su profesión, surgen dos importantes aspectos a delimitar. Por una parte la determinación acerca de la responsabilidad del profesionista, y por la otra, en caso de existir ésta, la cuantificación del daño para efectos de hacerse exigible.

Para determinar la responsabilidad es importante contemplar los diversos factores que se conjugan en un evento médico, que no siempre dependen del profesional que presumimos responsable; es decir, en ocasiones este se ve limitado por la calidad o mantenimiento del instrumental empleado, por la intervención de personal de apoyo como ayudantes, enfermeros, técnicos, laboratoristas, etc., quienes participan en mayor o menor grado en el tratamiento de un paciente. Esto obliga al juzgador a tener especial cuidado en la valoración de los hechos

Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud, México DF.

que sustentan una denuncia penal o en su caso, una demanda civil.

Desde el punto de vista penal, la responsabilidad del médico se define desde la misma Ley de Profesiones, que establece que los delitos que cometan los profesionistas en su ejercicio, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal.

El artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que los profesionistas, técnicos y sus auxiliares serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión. Este precepto dispone que además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de su profesión; suspensión definitiva en caso de reincidencia, y estarán sujetos a la reparación del daño por actos propios, así como por los de sus auxiliares cuando éstos obren con las instrucciones de aquellos. Nuestro Código Penal regula también los delitos que se cometen en forma culposa o en forma dolosa, señalando que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley" y que "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales". Es en este segundo grupo en el que se enmarcarían los delitos cometidos por un médico en el ejercicio de su profesión por negligencia o impericia.

Se ha llegado a sugerir que sólo es exigible la responsabilidad médica en los casos en que se ha procedido con intención dolosa o con mala fe. Es evidente que muy pocos defenderían, por principios éticos, una conducta inspirada en tales circunstancias, ya que estaríamos hablando de una conducta catalogada como típicamente delictiva. En efecto, si un médico con dolosa intención daña a uno de sus enfermos, comete un delito que lo coloca en el campo de la criminalidad, ajeno a la de responsabilidad profesional.

En el campo civil, es decir, en el de las relaciones de derecho privado, la posibilidad de exigir responsabilidad a un médico por una supuesta mala práctica, puede emanar de diversas fuentes. Por una parte, puede derivar de la obligación nacida de un contrato de prestación de servicios profesionales, regulado en forma expresa en el Código Civil, que en

su artículo 2615 establece que "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". La responsabilidad civil también puede derivar de lo que se conoce como hecho ilícito, derivado del incumplimiento de un deber jurídico, como sería el caso de un médico que presta sus servicios como trabajador de una institución pública de salud.

Es importante mencionar que en el campo burocrático, a partir de una importante reforma a diversas disposiciones jurídicas que entró en vigor a partir de febrero del año en curso, existe la posibilidad de que los pacientes que son atendidos por las unidades de salud administradas por la Administración Pública Federal, que puedan sufrir las consecuencias de una mala práctica profesional, por falta de pericia o negligencia, puedan obtener en forma expedita el pago de daños y perjuicios que satisfagan sus lícitos reclamos.

En las causas civiles, la reforma incorpora una figura novedosa y revolucionaria, puesto que cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, el Código Civil equipara estas conductas al daño moral.

Esto implica que el responsable del daño moral transformado en alteración a la integridad física o psíquica del paciente, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, el que también tendrá que ser reparado.

Con la reforma, se precisó que el Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les están encomendadas, disposición que ya existía y que impacta la actividad de las dependencias públicas del sector salud, puesto que sus médicos al prestar el servicio público que tiene encomendado la Institución correspondiente, están expuestos al error, lo que seguramente generará este tipo de reclamaciones.

Sin embargo, deseo aclarar que esta responsabilidad opera en forma subsidiaria con el servidor público responsable, es decir, solamente procede cuando se haya ejercitado la acción correspondiente en contra del médico y este no tenga bienes suficientes para cubrir la responsabilidad exigida.

Dentro del proceso judicial, y en virtud de todos los factores que, como ya hemos mencionado, intervienen en el tratamiento de un paciente, se busca que la responsabilidad derivada de culpa o imprudencia

se pruebe plenamente y no se limite a presunciones. Como un apoyo para llevar a cabo esta prueba, se recurre, tal y como lo establece la Ley de Profesiones, al juicio de peritos, que en términos de la misma ley, para la emisión de su dictamen, deben tomar en cuenta las circunstancias siguientes:

- I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicables al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate.
- II. Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se preste el servicio.
- III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener buen éxito.
- IV. Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

En virtud de que la prueba pericial es la que debe rendirse para determinar precisamente la calidad del servicio prestado por el médico y por tanto, su responsabilidad, tiene que asegurarse la probidad y calidad de ésta, sobre todo en los juicios penales en los que se imponen penas de prisión y de suspensión del ejercicio profesional y se obliga a la reparación del daño causado.

Tomando en cuenta las circunstancias descritas y en virtud de los hechos que a continuación se esbozan, el Gobierno Federal ha adoptado una serie de medidas específicas en aras de una práctica segura para los profesionales de la salud.

En noviembre de 1988 una persona es ingresada a un hospital de urgencias en la Ciudad de México por una herida de bala en la cabeza. Se le interviene quirúrgicamente, acto que se llevó a cabo en forma satisfactoria. Durante el periodo postoperatorio, médicos residentes aparentemente descuidan la atención del paciente, el cual presentó una infección cerebral aguda causando la incapacidad permanente del paciente. Exacerbado el ánimo del padre del paciente, decide presentar una denuncia penal en contra de los residentes, la que promovió por todos los medios a su alcance e indebidamente un fin de semana miembros de la policía judicial detienen injusta y arbitrariamente al personal médico supuestamente responsable de las lesiones causadas, retirándolos con abuso de fuerza de sus lugares de adscripción, dejando descubierto el servicio médico correspondiente.

Vistos estos abusos, el gremio médico externó su preocupación al Presidente de la República, Lic. Carlos Salinas, quien instruyó al Secretario de Salud

y al Procurador General de Justicia del Distrito Federal a efecto de que se instrumentaran los mecanismos de colaboración necesarios entre dichas dependencias a fin de que la Secretaría de Salud a petición de la Procuraduría emitiera una opinión técnico-científica en aquellos casos en los que profesionales y técnicos de las disciplinas de la salud se vieran involucrados en averiguaciones previas relativas a las hipótesis legales que prevén los artículos 228 y 229 del Código Penal, que como ya vimos se refieren a la responsabilidad profesional.

Como consecuencia, se firmaron en abril de 1989, Bases de Colaboración entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en las que surgió un compromiso moral para la Procuraduría en el sentido de que no se girarían órdenes de aprehensión en los casos de responsabilidad profesional médica mientras no existiera opinión técnica de la Secretaría de Salud, con la finalidad de garantizar de este modo el legal ejercicio de la práctica médica.

Se suscribieron posteriormente entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República Bases de Colaboración similares para delitos del orden federal o cuando se involucren servidores públicos, firmadas en mayo de 1990.

Al mismo tenor, se suscribieron en noviembre de 1990 Convenios de Colaboración entre la Secretaría de Salud y el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, con la finalidad de que ambas instituciones apoyaran a dicha dependencia en la emisión de opiniones técnicas.

Posteriormente, buscando llevar la protección del mecanismo de las opiniones técnicas a toda la República, a partir del primer trimestre de 1991, se inició la suscripción de instrumentos de similar naturaleza con los gobiernos de cada una de las entidades federativas, en donde las instancias estatales de salud emiten a solicitud de las procuradurías de justicia locales las respectivas opiniones técnicas.

Es indudable que ante la severidad de las leyes punitivas, las "opiniones técnicas" de la Secretaría de Salud, han evitado enormes daños a los profesionales que, acusados injustamente, veían peligrar su libertad y su buena reputación.

El problema, sin embargo, es que esos acuerdos celebrados no tienen fuerza legal, pueden en cualquier momento desaparecer, por otros acuerdos que los dejen sin efecto.

La opinión técnica formalmente es un mecanismo administrativo, que desde el punto de vista

material, se podría equiparar al peritaje, aunque normativamente hablando, es un instrumento que no está reconocido todavía a nivel de ley. Como consecuencia, la opinión técnica en el proceso penal no puede tener, por su naturaleza administrativa, valor probatorio por sí misma, pues sólo genera para el juzgador un indicio técnico y estará a su arbitrio la posibilidad de llamar a la causa a los profesionistas que elaboraron la opinión técnica, conformando una junta de peritos, cuyas consideraciones expresas se desligarían de la opinión técnica, lo que si está previsto en la ley y tiene valor probatorio pleno.

Como para cualquier iniciativa novedosa, la experiencia nos ha mostrado que el mecanismo de la opinión técnica tiene aun algunos vicios, dentro de los cuales destaca el hecho de que los peritos oficiales, que normalmente dan su peritaje posteriormente, no vayan en contra de lo establecido en la opinión técnica, lo cual demerita su sentido, puesto que se ideó como un mecanismo que brindara un valor adicional para que el Ministerio Público determinara el ejercicio de la acción penal. No obstante lo anterior, grandes han sido las ventajas que se han obtenido, dentro de las que se destaca la garantía de que tanto el agente del Ministerio Público como el juez, cuenten con la opinión técnica-científica de un especialista en la rama de la medicina que corresponda, lo cual normalmente no se logra con el dictamen de los médicos legistas, en donde su especialidad es precisamente la medicina legal. Asimismo, el médico en su práctica profesional sabe que en caso de que se le acuse de mala praxis, los elementos técnicos del caso específico serán analizados por un grupo de expertos y opinados por las instituciones de salud del más alto prestigio nacional

En otro contexto, es importante recordar que México ha ingresado ya al grupo de las naciones que sostienen su política económica en la apertura comercial, en donde la globalización de las economías mundiales es el eje rector. Derivado de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio (TLC) se han realizado en nuestro país un sinnúmero de ejercicios que buscan analizar el marco en que el intercambio comercial entre las tres naciones de América del Norte se desarrollarán, el sector salud no escapa a este análisis, aunque en el establecimiento de políticas de salud y de control sanitario, así como normativas, no habrá en lo general para México un impacto directo.

Como ustedes saben se han identificado como ventajas potenciales del TLC, el establecimiento de un mercado común de servicios médicos que implicaría la libre movilidad del consumidor y de recursos diagnósticos transfronterizos, la movilidad temporal del

personal médico entre los países, el aumento en la importación de tecnología médica y se avisa la presencia en México de proveedores extranjeros de servicios médicos.

Una de las más importantes consecuencias de este tratado comercial para el ejercicio profesional del médico, será la posibilidad del intercambio transfronterizo de servicios, aunque los médicos norteamericanos y canadienses, así como cualquier otro extranjero, a partir de enero de este mismo año, pueden ejercer en nuestro país cualquiera de las profesiones reguladas por sus leyes, siempre que éstos cumplan con los requisitos que para el efecto se establecen en la recién reformada Ley de Profesiones. El gremio médico debe preocuparse porque en México no se desarrolle el fenómeno adverso que ocasiona graves problemas al sistema judicial norteamericano, es decir, el excesivo abuso de acciones jurídicas en contra de los médicos y en general, de los diversos profesionales de la salud. Cito como referencia algunos datos que el representante jurídico de la Asociación Médica Americana presentara en el Foro Trinacional "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", organizado por la Secretaría de Salud, bajo la coordinación de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, en noviembre del año pasado.

Se dice que alrededor del 40 % de los médicos en los Estados Unidos serán demandados por negligencia médica alguna vez durante sus carreras, aunque alrededor del 60 % de esos médicos serán exonerados. El costo promedio del veredicto contra los médicos en casos de negligencia médica oscila en los \$180,000 dólares, aunados a los costos de tribunal, honorarios y gastos de abogados y peritos, que bien pueden ser otros \$100,000 dólares o más.

En el Foro citado, se dijo que con frecuencia, los juicios en los Estados Unidos son llevados a cabo por otras razones fuera de la negligencia médica, lo que ha formado una brecha entre los pacientes y sus médicos, además de que están elevando los costos del cuidado médico, al grado de que muchos médicos están simplemente tomando la decisión de limitar sus prácticas, como la ginecología y obstetricia.

El sistema judicial norteamericano requiere del jurado para la resolución de casos sobre mala práctica, que no se integra por peritos sino por gente de la comunidad; los abogados por su parte, con frecuencia oscurecen los hechos por los aspectos emocionales involucrados; hechos que en ocasiones son tan complejos que incluso los médicos expertos no llegan a un acuerdo en cuanto al curso apropiado del tratamiento. Es por ello que en muchos de estos casos

el jurado se deja llevar más por la emoción que por la evidencia al ver al menor deformado o con retraso, los miembros del jurado quieren ayudar en la única forma en que pueden hacerlo, otorgando grandes indemnizaciones por negligencia médica a pesar de que no exista culpa real por parte del médico. Como consecuencia, muchos médicos en relación a posibles acciones de negligencia médica, están practicando lo que se llama "medicina defensiva". Para convencer a un jurado de que hicieron todo lo posible para diagnosticar y tratar correctamente a sus pacientes, ordenan pruebas y procedimientos adicionales generalmente no necesarios "sólo para estar a salvo", lo cual incrementa importantemente los costos para los consumidores.

Es lógico pensar que en un intercambio mutuo comercial, estas prácticas viciosas pueden importarse también, de ahí que los médicos de nuestro país enfrentan, desde mi muy particular apreciación, la necesidad de competir internacionalmente con un sistema jurídico adecuado.

En los Estados Unidos de América y en Canadá, el ejercicio de las especialidades es reconocido por instituciones gremiales que cuentan con una acreditación oficial y que desarrollan sus actividades dentro del marco de legislación específica, que se denominan "Boards", organismos que certifican la calidad de los profesionistas y de los especialistas a través de la práctica de exámenes periódicos. En México, en cambio, para que los profesionistas desarrollen su profesión en el contexto de la legalidad, es necesario que obtengan un título y una cédula profesional, expedida por las autoridades educativas. Como se aprecia, queda en los órganos gubernamentales mexicanos la capacidad para regular el ejercicio de las profesiones. En cambio, las especialidades de las disciplinas de la salud son reconocidas en su mayoría por organismos no gubernamentales dotados sólo de valor moral, denominados consejos de especialidad, cuyas certificaciones desde luego no son obligatorias. Esta situación coloca a México en una franca desventaja frente a nuestros vecinos y socios comerciales, porque mientras los médicos mexicanos deben acreditar en los otros países una serie de procedimientos obligatorios para el ejercicio, tanto de su profesión como de su especialidad, los extranjeros no tienen obligación alguna para hacerlo en México. El reto consiste entonces en dotar a estas entidades de un reconocimiento jurídico idóneo que les permita mantener su autonomía y vigilar el ejercicio de las especialidades médicas.

Dentro del abanico de posibilidades del intercambio comercial entre naciones, el seguro comercial, en especial el de responsabilidad civil, juega un papel preponderante, puesto que refleja tanto en los pacientes como en los prestadores una mayor protección patrimonial. En los países altamente industrializados, como los Estados Unidos y Canadá, la utilización de los seguros de responsabilidad civil es una práctica común, sin embargo, las primas que se pagan a las compañías aseguradoras son altas y el costo de los servicios médicos en general se impacta como consecuencia.

En dichos países, se ha generado la práctica de que los pacientes, conscientes de la existencia de estos seguros, demanden en forma indiscriminada la responsabilidad profesional de los médicos, a sabiendas de que las instituciones aseguradoras afrontarán el monto de cualquier demanda y buscan aprovechar por tanto, los vicios de su sistema judicial. En México, los seguros más representativos relacionados con la profesión médica son el de responsabilidad civil y el de gastos médicos. El primero protege al profesional de la salud con el fin de preservar su patrimonio o su libertad, mediante el pago de una indemnización al paciente afectado. El segundo, tiene como finalidad proteger a los asegurados en su patrimonio para el caso de sufrir algún padecimiento cubierto por la póliza, mediante el pago total o parcial de la aseguradora al prestador del servicio médico.

En respuesta del reto comercial, las aseguradoras mexicanas ya se encuentran realizando estudios financieros que permitan ofrecer paquetes atractivos a los médicos, con primas módicas que no impacten en forma severa el costo de los servicios. Considero que el fomento en nuestro país de la cultura del seguro de responsabilidad civil, definitivamente incide en un beneficio para los pacientes, que en caso de verse perjudicados por hechos ilícitos, tendrán asegurado el pago de las indemnizaciones correspondientes en una forma más expedita.

Como se aprecia, el ejercicio de las profesiones de la salud está sujeta al riesgo de que quienes desarrollan dicha actividad puedan incurrir en errores que en algunos casos producen un daño o afectación en los usuarios de dichos servicios.

Haciendo una amplia y honesta revisión de nuestros mecanismos jurídicos para la resolución de controversias derivadas de la atención médica proporcionada a un paciente, encontraremos que en la práctica los mismos carecen de efectividad para que las víctimas de mala praxis sean equitativamente compensadas mediante una retribución económica,

puesto que los procesos judiciales son generalmente prolongados y costosos, además del problema de información del que ya habíamos hablado.

Es por ello que hemos venido estudiando la viabilidad de crear una instancia que con autonomía operativa y financiera, resuelva las controversias existentes entre el público usuario y los profesionales de la salud, mediante el mecanismo del arbitraje .

Este organismo, que tendría naturaleza administrativa, se organizaría de una manera desconcentrada territorialmente para el despacho de los asuntos a su cargo, con oficinas centrales y delegaciones regionales y con participación profesional interdisciplinaria.

Las atribuciones que se han propuesto para este organismo podrían resumirse en :

- Llevar a cabo audiencias conciliatorias y en su caso, procedimientos arbitrales, con el fin de resolver las controversias que se susciten entre los establecimientos, profesionales y técnicos de la salud y los usuarios de sus servicios.
- Realizar los estudios técnicos indispensables con el fin de determinar la existencia de culpa, negligencia o impericia, en que, en su caso, hayan incurrido los profesionales de la salud.
- A partir del análisis de casos específicos, generar el establecimiento de parámetros en los cuales puedan

enmarcarse los diversos procedimientos clínico-quirúrgicos que el médico utilice comúnmente en su práctica profesional y éstos sirvan como precedente de valoración para la resolución de futuras controversias.

Dentro de las ventajas que a nuestro juicio ofrecería la creación de este organismo, enumeraría el fomento de la solución de controversias sin necesidad de acudir a juicio, con lo cual seguramente se disminuiría la excesiva carga de los tribunales penales y más recientemente los civiles, por el reclamo de daños y perjuicios, consecuencia de la práctica profesional del médico.

Este organismo ofrecería además la ventaja de ser un mecanismo más accesible para los usuarios de los servicios de salud, y de acelerar las resoluciones de las controversias .

Finalmente, les comento que este organismo podría fomentar la celebración de convenios, mediante los cuales los establecimientos públicos y privados prestadores de servicios de salud se someterían al arbitraje para resolver las controversias que se susciten con sus pacientes o usuarios. Las compañías aseguradoras también podrían someter a sus clientes al arbitraje como condición del pago de indemnizaciones, agilizando como consecuencia los procedimientos del pago.