

Legitimación del acto biomédico

Alejandro Pacheco Gómez

Biblioteca de Derecho Sanitario



Editorial Alfíl

LEGITIMACIÓN DEL ACTO BIOMÉDICO

Legitimación del acto biomédico

Alejandro Pacheco Gómez

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
Miembro de la Asociación Mexicana de Derecho Sanitario.
Catedrático del Área Académica de Derecho y Jurisprudencia de la
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
Miembro de diversos Comités Hospitalarios
de Bioética y de Ética en Investigación.



**Editorial
Alfíl**

Legitimación del acto biomédico

Todos los derechos reservados por:
© 2011 Editorial Alfil, S. A. de C. V.
Insurgentes Centro 51–A, Col. San Rafael
06470 México, D. F.
Tels. 55 66 96 76 / 57 05 48 45 / 55 46 93 57
e-mail: alfil@editalfil.com
www.editalfil.com

ISBN 978–607–8045–49–5

Dirección editorial:
José Paiz Tejada

Editor:
Dr. Jorge Aldrete Velasco

Revisión editorial:
Irene Paiz, Berenice Flores

Revisión técnica:
Dr. Jorge Aldrete Velasco

Diseño de portada:
Arturo Delgado

Impreso por:
Solar, Servicios Editoriales, S. A. de C. V.
Calle 2 No. 21, Col. San Pedro de los Pinos
03800 México, D. F.
Junio de 2011

Esta obra no puede ser reproducida total o parcialmente sin autorización por escrito de los editores.

Contenido

Prólogo	VII
<i>Ulises Pacheco Gómez</i>	
Introducción	XI
1. Antecedentes	1
2. Fundamentación filosófica general	49
3. Teorías explicativas del acto biomédico	55
4. Ejercicio de la lex artis y la práctica médica	67
5. Elementos para una teoría sistemática	121
Referencias	161

Prólogo

Ulises Pacheco Gómez
Licenciado en Derecho. Docente del Área Académica
de Derecho y Jurisprudencia de la UAEH

Me sentí muy honrado cuando recibí la invitación del Lic. Alejandro Pacheco Gómez para generar el prólogo de su libro *La legitimación del acto biomédico*, surgido de la tesis que sustentó de manera magistral para obtener el título de licenciado en Derecho.

Tal deferencia me llenó de satisfacción por varias razones. La primera por el vínculo de consanguinidad que nos une y que se explica por sí solo. Otra porque compartimos la pasión por el derecho. Y una más, la que responde en mejor manera al aspecto académico, porque se trata de un trabajo que conocí desde sus orígenes y he visto madurar a lo largo de los años.

Hablar de un tema crucial del derecho sanitario no es fácil, mucho menos cuando es poco conocida esta rama del saber jurídico. Sólo unos cuantos, como él y su mentor, el Lic. Octavio Casa Madrid Mata, han tenido la capacidad de incursionar en el conocimiento de la relación que en el ámbito normativo surge entre el médico y el paciente.

El ejercicio de la profesión médica lleva implícitas diversas consecuencias jurídicas, producidas porque incide directamente en la persona, cuyas características particulares hacen variar los resultados de un paciente a otro, incluso en padecimientos similares. De allí la necesidad de que la actividad que despliega el médico —y en general cualquier profesional, técnico o institución relacionados con la atención médica— se desarrolle siguiendo los principios científicos y éticos que se han generado a lo largo de los siglos. Estos principios son recogidos en lo que la doctrina ha dado en llamar *lex artis*, misma que es explicada en forma clara en el presente trabajo.

En una apreciación muy subjetiva, la mayor parte de las veces el actuar del médico genera alteraciones en la integridad del paciente, ya que se le somete a la ingesta de sustancias diversas —medicamentos—, se le expone a elementos radiactivos o es llevado al quirófano para una cirugía. De allí que se haga necesaria la legitimación de estas acciones para no confundirlas con lesiones corporales o alguna otra conducta tipificada por el derecho como delito.

Es éste el tema central del libro que nos presenta el Lic. Alejandro Pacheco.

Con una correcta visión didáctica, inicia su obra haciendo un recorrido por las diversas disposiciones normativas que han regulado la actividad médica en la historia de la humanidad, partiendo de la más antigua que se conoce, el Código de Hammurabi, hasta nuestros días, sin dejar pasar un apartado específico del derecho sanitario en el México precolonial, colonial y contemporáneo.

No puede dejar de resaltarse que la medicina, como ciencia no exacta, se nutre de otras que tienen que ver con el estudio de ideas y postulados del pensamiento humano, sobre el ser esencial de las cosas, el problema del conocimiento, la lógica, el origen del hombre, de la realidad, el sentido de la vida, la moral y los valores. Por ello el autor desarrolla esa relación en un capítulo bajo el rubro “Fundamentación filosófica general”.

Para la parte medular del texto, que es demostrar la legitimación del acto biomédico, el licenciado Pacheco Gómez realiza un análisis muy completo de las principales teorías que la doctrina ha formulado.

Con ellas demuestra que no existe ninguna ilicitud en el actuar del personal de salud cuando lo hace apegado a la *lex artis*, a pesar de que incide en la integridad corporal o mental del paciente, sea a través de la acción medicamentosa, de la quirúrgica o de agentes físico-químicos.

De la explícita exposición de las teorías que han sido formuladas para legitimar el acto biomédico se puede establecer el surgimiento de una relación jurídica ente el prestador de servicios médicos y el paciente —un negocio jurídico—. Esa relación genera una serie de derechos y obligaciones entre los elementos subjetivos que la integran, es decir, entre el médico y el paciente.

Por ello, después de la exposición de las esas teorías legitimadoras, el Lic. Pacheco nos conduce por una serie de tópicos que van desde definir qué es la atención médica, qué es la *lex artis* y cuáles son las obligaciones del médico, así como qué pasa cuando el actuar de éste no se apega a los principios científicos y éticos que rigen su ejercicio profesional, para concluir con una serie de particularidades de esa atención.

Finalmente, el autor nos presenta de manera sistemática algunas de las más trascendentes actividades de todos aquellos que participan en la atención médica, presentando adicionalmente algunos criterios para resolver los posibles conflictos que llegaran a presentarse como producto del cumplimiento del negocio jurídico entablado.

No puede pasar desapercibido el alto grado de importancia que a lo largo de la exposición de sus planteamientos el autor da al cumplimiento de principios éticos que deben realizar los prestadores de servicios de atención médica, pues sólo a través del irrestricto cumplimiento de ellos y del sustento científico de su actuación se puede hablar de correcto ejercicio profesional.

Un tema que llamó poderosamente mi atención es el desarrollo que en la parte final del libro se hace de la llamada *Doctrina Res Ipsa Loquitur*; misma que es utilizada para la resolución de controversias surgidas en el ejercicio médico, considerando ante todo cuáles son las obligaciones que el profesional de la medicina ha asumido frente a su paciente. Como expone, esta doctrina se sustenta en el principio que reza *los hechos hablan por sí mismos* para demostrar que, habiendo acatado la *lex artis*, el médico alcanzará a satisfacer la mayoría de las veces el elemento teleológico de la atención que brinda a su paciente: la conservación o restauración de la salud.

Estoy plenamente convencido de que este trabajo será un instrumento invaluable para todas aquellas personas que ejercen la medicina o la auxilian, a quienes en algún momento de su vida se ven expuestos a la enfermedad y tienen que recurrir a ellas y a los abogados que tenemos que enfrentar, ahora más veces de las que quisiéramos, la atención de conflictos médico-paciente, pero no desde una perspectiva penal o civil, sino de una rama del derecho que poco a poco va logrando su reconocimiento: el derecho sanitario.

Introducción

El derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere a uno de los bienes y valores que merecen una especial protección. Merced a lo expuesto, todo daño que se produzca a la salud del individuo será sancionado por el derecho; empero, no es todo, el Estado debe organizar y fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en tanto principal garante del derecho a la protección de la salud. La medicina, ciencia que se encarga de la protección de la salud, encuentra regulación abundante; en efecto, las normas civiles, penales, fiscales, administrativas, laborales y especialmente las sanitarias, a ella se refieren. Por tanto, es objeto importante de estudio del derecho.

Desde tiempos muy remotos la actividad médica ha tenido una regulación jurídica. Entre los cuerpos normativos más importantes encontramos el Código de Hammurabi, que en los artículos del 215 al 225 disponía el monto de los honorarios del médico y castigaba los casos de negligencia; en el derecho israelita, en los libros del Pentateuco: Éxodo 19, 5–6, Levítico 24 y 17, 19–26, Números 35, 16–34, Deuteronomio 19, 5–6, se regulaban los casos en que, dolosa o culposamente, una persona le ocasionaba lesiones o la muerte a otra; en las Partidas de Alfonso X el Sabio, no sólo se penaba al médico ignorante, sino también al que abandonaba al enfermo; la impericia y la ignorancia del arte ejercido se tenían por culpa (I, ley 5 del título VIII y 27 y 9 del título XV de la partida séptima). En el derecho azteca se castigaba con la pena de muerte a quien proporcionaba algún abortivo a una mujer; a quien privaba de la vida con veneno a otro y a quien proporcionaba el veneno.

Ha existido discusión de diversos tratadistas sobre este tema, especialmente en cuanto a la naturaleza jurídica de la actividad curativa. Jiménez de Asúa define a la actividad curativa como “toda intervención al organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de una persona, o mejorar su aspecto estético, con el empleo de medios adecuados”.

Filippo Grisigni se refiere al tratamiento médico–quirúrgico como “aquella modificación del organismo ejecutada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o la belleza de la misma”.

Con las anteriores definiciones entendemos que el acto médico tendrá fin curativo cuando su objetivo primario sea beneficiar la salud del paciente a través de la prevención de la enfermedad o del mejoramiento en la salud. Asimismo, en los casos de intervención quirúrgica, ésta será indicada cuando sea el único o el mejor medio para conservar la vida de la persona o restablecer su salud, por lo que consideramos importante distinguir las operaciones originadas por la necesidad de salvar la vida o suprimir repulsivas deformaciones humanas de las que tienen como base la cirugía estética.

Partiendo de la definición que nos da Jiménez de Asúa, en la actividad curativa se emplearán medios adecuados. Su ejecución debe ajustarse a la *lex artis*, es decir, a las reglas del arte médico. Para valorar si el acto médico se apegue o no a la *lex artis* se procederá teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la experiencia médico–quirúrgica en el momento de la ejecución. Es importante señalar que al hacer referencia de las reglas del arte médico no se alude, en principio, a una escuela determinada, ya que se estaría en contra, como lo señala Bockelmann, del principio de “libertad de método o terapia”.

En el derecho positivo mexicano la Ley General de Salud establece en el artículo 32 que la atención médica es “el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”.

Aun cuando el acto médico se haya realizado conforme a la *lex artis*, según ordena el artículo 9º del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, pueden tener lugar alteraciones en la salud del paciente distintas a las que originaron el haberse sometido al tratamiento, las cuales pudieran ser vistas como iatrogenias. Alfredo Achával, citando a Jiménez Díaz, menciona que la iatrogenia es el estudio de los efectos nocivos o patógenos que se originan en el quehacer médico, tanto de diagnóstico como terapéutico, debido en última instancia a una necesidad o a una información deficiente, pero no culpable del médico.

Este aspecto lo analizaremos en el desarrollo del trabajo, diferenciándolo de la responsabilidad médica.

Por otra parte, el derecho a la vida, esencial de la persona, está tutelado tanto por el derecho privado como por el público. Lo importante es señalar que se trata de un “derecho a la vida” y no “sobre la vida”.

En cuanto a la disposición del cuerpo humano, merece especial atención cuando la persona lo ejerce en beneficio de un tercero mediante técnicas de trasplante; en beneficio propio o de terceros en los supuestos de investigación para la salud; y en beneficio propio con el objeto de recuperar o mejorar su salud. Estos supuestos serán analizados por el tema que nos ocupa.

Con el fin de legitimar la actividad médica con fines preventivos, de diagnóstico, curativos o de embellecimiento y que aparentemente ocasionan lesiones corporales, se han formulado diversas teorías, siendo las principales las siguientes:

- a. Teoría de la atipicidad: formulada por Carlos Stoss, para quien la voluntad de curar excluye la intención de producir lesiones, ya que el tratamiento curativo es cosa distinta del daño en la salud.
- b. Teoría de la legitimación como parte del derecho consuetudinario: R. Schmidt propone como justificante a un derecho consuetudinario consistente en curar, que en su más amplio sentido llama “auxilio”.
- c. Derecho profesional del médico: Carrara es uno de los autores que sostienen que el fin de cumplir un deber profesional, que excluye todo dolo, sirve para fundamentar el tratamiento médico–quirúrgico.
- d. Consentimiento del paciente: el tribunal alemán ha sostenido en varias sentencias que la causa de quedar impune el tratamiento médico–quirúrgico depende del consentimiento del enfermo. La jurisprudencia francesa coincide con este criterio.
- e. Fin reconocido por el Estado: Franz von Liszt sustenta que resulta de las instituciones del Estado, tanto educativas como sanitarias, que éste reconoce como fin justificado la conservación y el restablecimiento de la salud. El tratamiento médico–quirúrgico, que persigue un fin salutífero, se justifica por un medio adecuado para la consecución de un fin públicamente reconocido.
- f. Teoría del estado de necesidad: esta teoría es retomada por diversos autores, aunque no expresamente. La actividad médica encuentra justificación en el estado de necesidad, pues si se llega a lesionar un bien es para salvaguardar otro de igual o mayor valor. Sin embargo, esta teoría es aplicable sólo en casos de urgencia, pues ha de existir un peligro real e inminente, quedando al margen los tratamientos convenientes y los estéticos.
- g. Teoría objetiva–subjetiva: desarrollada por Grispligni, sostiene que hay falta de figura delictiva y acción ejecutada en cumplimiento del fin reconocido por el Estado.
- h. Teoría de la regulación de la necesidad médica: esta teoría, sustentada por autores argentinos principalmente, propone que para determinar la licitud del acto médico debe proveerse un régimen especial que considere las exi-

gencias propias de la práctica médica dirigida a la recuperación del paciente y a su salud futura.

- i. Teoría ontológico–subjetiva: Casa Madrid Mata señala que la legitimación del acto biomédico responde a un criterio ontológico–subjetivo, el cual tendría sus bases en *un fin reconocido por el Estado, la aceptación libre del paciente y la protección de derecho de tercero*.

Especial interés merece la opinión de diversos doctrinarios que han establecido al consentimiento como el acto legitimador por excelencia del tratamiento médico–quirúrgico; es necesario analizar este aspecto, en base a la teoría del negocio jurídico.

Mezger lo ha considerado como “un abandono real o presunto de sus intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disposición de ese bien jurídico”.

Con estas definiciones entendemos que el consentimiento es permisivo respecto a la disposición de bienes jurídicos, por lo que deben distinguirse cuáles son esos bienes disponibles.

López Bolado nos indica que algunos autores le niegan validez al consentimiento cuando los bienes en juego son intereses del Estado. A este respecto Planiol indica que las disposiciones de orden público son, necesariamente, las leyes del derecho público. Al constituir éstas el régimen político de un país, son superiores a la voluntad privada. Ya los romanos decían: *Privatorum conventio juro publico non derogat* (Ulpiano, Digesto, libro L, título 17, fracción 45).

Respecto al tratamiento médico–quirúrgico, el tribunal alemán ha fallado en favor de que la causa de justificación de un tratamiento depende del consentimiento del enfermo, incluso cuando el acto médico se ha ejecutado conforme a la *lex artis*. El derecho anglosajón y el estadounidense también han hecho hincapié en el consentimiento, pero exceptuando los casos en que la intervención quirúrgica sea necesaria para salvar la vida del paciente.

No obstante la tendencia del tribunal alemán, algunos doctrinarios de ese país, especialmente Mezger, han señalado que, más que el consentimiento, sin restarle importancia, es de observarse “el principio del interés preponderante”, con lo cual hablaríamos de la valuación de los bienes.

Siguiendo la idea de Jiménez de Asúa, siempre que no medie alguna urgencia médico–quirúrgica y el paciente tenga la capacidad de oponerse, es necesario recabar su consentimiento, con el fin de evitar sanciones civiles, penales y administrativas, v. gr. las sanitarias. Ello en razón de que la persona enferma, descartando ya los casos de perturbación psíquica o juicio alterado o de urgencia, tiene el dominio de su voluntad y otorgará su consentimiento siempre que hubiese sido informado de la índole del tratamiento médico quirúrgico y de las secuelas del mismo. Hablamos entonces del consentimiento bajo información.

En los casos de incapacidad temporal o permanente, y habiéndose justificado el acto médico, el consentimiento del paciente podrá suplirse por el de un familiar cercano, por el de su representante legal o bien en los términos del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica; esta regla, por otra parte, es universalmente aceptada por el derecho comparado.

Por otra parte, en nuestro sistema jurídico mexicano, el derecho civil y el penal han sido las dos ramas más recurridas para regular la actividad médica, olvidándose de las normas del derecho sanitario.

El derecho civil, perteneciente al derecho privado, se constituye por un conjunto de normas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona, considerando entonces su dignidad, su capacidad de goce y ejercicio y, por tanto, su personalidad. De ahí que sea un sistema jurídico alrededor de la persona. Actualmente, con demandar al médico en la vía de esta disciplina, se pretende fincar la responsabilidad civil y la reparación de daño para, en algunos casos, obtener un lucro como “pago por ese daño”.

Respecto al derecho penal, entendemos que es el conjunto de normas jurídicas del Estado que versan sobre el delito y sus consecuencias, como son la pena y las medidas de seguridad. Márquez Piñero señala que la vida, la salud y la integridad corporal pertenecen a los bienes jurídico-penales en razón de que se va a proteger, en primer lugar, a determinados bienes vitales de la comunidad para salvaguardar la convivencia humana social.

Si bien estas dos disciplinas son operantes para regular la actividad médica, desafortunadamente quienes denuncian a los médicos en estas vías buscan desprestigiar al profesionista y, como ya lo mencionamos, obtener un lucro, en algunos casos, con el pretexto de reparar el daño.

En relación al derecho sanitario, Juan Francisco Rocha dice que se deriva de la transformación del enfoque liberal al social, como una auténtica obligación del Estado y de la sociedad; implica una amplia red de actividades coordinadas que abarcan todos los aspectos de la vida humana.

Acosta Romero lo ha ubicado dentro del derecho administrativo, dado que éste tiene por objeto regular la actividad de la administración pública, encargada de satisfacer las necesidades esenciales de la colectividad.

Octavio Casa Madrid señala que el derecho sanitario tiene como bases los principios generales del derecho, el negocio jurídico y el derecho médico, definido este último por Sarvatier, Pequignot y Auby como el estudio de las relaciones jurídicas derivadas del ejercicio de la medicina.

En razón a ello, Casa Madrid Mata define al derecho sanitario como “la rama del derecho público encargada de regular los actos de protección a la salud, en sentido estricto, especialmente la acción sanitaria, la atención médica y la asistencia social”.

Con esto consideramos que sus disposiciones son de orden público e interés general y que se traducen en los mecanismos de protección que abarcan desde el momento de la concepción hasta la muerte.

Por lo tanto, con este trabajo pretendemos formular propuestas de solución, en base a la teoría general del derecho y a las normas de derecho positivo, explicativas de la legitimación del acto biomédico.

Antecedentes

DERECHO EXTRANJERO

Introducción general a los sistemas jurídicos de mayor relevancia en el derecho sanitario contemporáneo

Derecho babilónico

Uno de los cuerpos normativos más antiguos es el Código de Hammurabi, establecido por el rey del mismo nombre para el pueblo de Babilonia. No se ha podido determinar con exactitud su datación (entre 1792 y 1750 a. C.), pero algunos autores lo fechan alrededor del año 1753 a. C. Su valor estriba en la recopilación de costumbres y leyes vigentes. Aun cuando prescribía la igualdad jurídica entre los hombres, era clasista, pues la penalidad se fijaba con base en el estrato social del sujeto activo del delito.

El Estado, al imponer las penas ordenadas por este código, además de sancionar al infractor intimidaba a la población a fin de evitar la comisión de más delitos, en ánimo de lograr una mejor convivencia social; la teoría penológica prevalente se sustentaba en la ejemplaridad disuasoria; si los potenciales transgresores de la ley tenían miedo de las penas, no delinquirían.

Los castigos tenían carácter público; consistían básicamente en pena de muerte, pena corporal, composición económica, multa y gemonía. La pena de muerte se podía llevar a cabo mediante el ahogamiento, la hoguera o el empalamiento;

en las penas corporales se incluían las mutilaciones de miembros u órganos, los golpes y los azotes; la composición económica y la multa fueron las sanciones más frecuentes, las cuales podían ser desde el doble del daño ocasionado hasta 30 veces el mismo. La expulsión de un individuo de la comunidad traía aparejada la iniquidad y la pérdida de sus bienes.¹

El procedimiento para imponer las penas se desarrollaba en los tribunales del Estado. Hammurabi estableció en el prólogo del Código que su promulgación era para administrar justicia a sus súbditos a través de órganos *ad hoc*.

Para resolver la punibilidad de un acto u omisión se consideraba el daño producido y el *animus* del agente. Un delito era punible si se cometía de manera dolosa. Eran excluyentes de responsabilidad el suceso casual y la fuerza mayor.

Existían dos tipos de tribunales: los eclesiásticos y los civiles. Estos últimos fueron presididos por el alcalde local y conformados por jueces y funcionarios secundarios, cuyas resoluciones traían aparejada ejecución.

Las partes en litigio asumían la responsabilidad de su propia defensa —no se conocía la figura del abogado—, aportando las pruebas necesarias. El demandante presentaba primero sus alegaciones y luego el demandado; con ello, los jueces emitían su resolución por escrito y firmada, para avalar su autenticidad. Los sacerdotes intervenían al momento de tomar el juramento a las partes, con lo que sacralizaban los actos judiciales.

Si después de emitida la resolución de los jueces alguna de las partes no estaba de acuerdo, podía apelar ante el tribunal superior, llamado Jueces del Rey; ante el supuesto de nueva inconformidad había la posibilidad de recurrir ante el rey. Para analizar la regulación jurídica que la medicina tuvo en esta sociedad, se revisarán brevemente algunos aspectos de su práctica.

El campo médico estuvo influido por la magia. La observación del movimiento de los astros fue de gran utilidad en la agricultura para predecir el tiempo de siembra. El Sol, la Tierra y el agua constituían el principio vital de la cosmología babilónica, ya que el primero fecundaba, la segunda era fecundada y la tercera permitía la fecundación. La práctica médica estaba asociada a encantamientos, plegarias y rituales mágicos. Sus remedios se basaban en supersticiones y postulados mágico-religiosos al suponer que las enfermedades provenían de los dioses infernales.

La invocación a las divinidades tuvo una gran relación con la práctica de la medicina. Cuando el pueblo se veía amenazado por alguna plaga se invocaba a Marduk, dios nacional de Babilonia, y rendían culto a Nabú, dios de las ciencias y del arte de curar; sin embargo, la divinidad médica por excelencia era Ea (“casa de agua”), dios del agua dulce y de los océanos. También adoraban a Sachan (serpiente), la diosa de la ciencia de la medicina.²

¹ *Código de Hammurabi*. México, Cárdenas Editor, 1992:68.

Algunos investigadores británicos encontraron unas tablillas de arcilla en las cuales, mediante escritura cuneiforme, se revela la descripción de los síntomas de las enfermedades, las formas de tratamiento y los procedimientos para aplicar el medicamento.³

Esta ciencia era ejercida por una casta profesional, que incluía el intercambio de conocimientos en los templos. La medicina era practicada, a menudo, en las plazas públicas.

En Mesopotamia se distinguían tres clases sociales: los *awilum*, integrados por personas libres, de clase alta y dominante (en este estrato estaban los médicos); los *mushkenum*, integrados por la clase intermedia, que dependía del templo para su subsistencia, por lo que su riqueza era menor que la de los *awilum*; y finalmente los *wardum*, constituidos por esclavos, que formaban parte de la escala inferior, aunque esta situación podía ser temporal o permanente.⁴

Las disposiciones relativas al ejercicio de la medicina incluían:⁵

“...206. Si un hombre (libre) ha golpeado a otro hombre (libre) en una riña y ha causado una herida, jurará ‘no golpeé deliberadamente’ y pagará también al médico.”

Este artículo parece confuso, pues en una riña hay golpes; algunos autores señalan la posibilidad de que se tratara de un enfrentamiento entre dos personas, en el que de las palabras pasaban a los hechos, sin la intención de hacerse daño.

“...215. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha curado a ese señor o ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha curado el ojo de ese señor, recibirá diez siclos de plata.”⁶

Los honorarios eran proporcionales a la categoría del enfermo; la misma operación se le pagaba al médico cinco veces más si la realizaba en un señor que si se la hacía a un esclavo.

“...216. Si es (practicada la operación) en un hijo de un subalterno, recibirá cinco siclos de plata.”

“...217. Si es (practicada la operación) en un esclavo de un señor, el propietario del esclavo dará dos siclos de plata al médico.”

Un *mushkenum* valía la mitad que un *awilum*, y la vida de un esclavo era valuada cinco veces menos que la de una persona libre.

“...218. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o ha abierto

² Barquín M: *Historia de la medicina; su problemática actual*. 6ª ed. México, Méndez Oteo, 1984:19–20.

³ *Ibidem*, p. 20.

⁴ *Código de Hammurabi*. Op. cit., p. 53

⁵ *Código de Hammurabi*. Op. cit., p. 115 y ss, 242 y ss.

⁶ Un siclo equivale a 8 g.

la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano.”

Se señalan los posibles fracasos médicos sobre los *awilum* y los esclavos de *mushkenum*. Si producía la muerte o la pérdida de un ojo, el médico era sancionado de la misma manera: ¡cortándole la mano!

“...219. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo.”

“...220. Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio.”

Si causaba la muerte de un esclavo, el médico debía entregar al propietario otro esclavo similar; en cambio, si éste quedaba ciego, su valor se reducía a la mitad de su peso corporal en plata y la sanción equivalía a dicho precio. Quizá el motivo de no haber regulado expresamente los casos de operaciones fallidas en *mushkenum* o en esclavos de los *awilum* fuera porque se entendían aplicables los artículos 218, 219 y 220 ya citados.

“...221. Si un médico ha compuesto el hueso roto de un señor o le ha curado un músculo enfermo, el paciente dará al médico cinco siclos de plata.”

“...222. Si es a un hijo de subalterno le dará tres siclos de plata.”

“...223. Si es a un esclavo de un particular el propietario del esclavo dará al médico dos siclos de plata.”

Al componer un hueso o al curar un músculo de una persona libre el médico percibía honorarios por la mitad de una operación estimada de importancia. Lo mismo sucedía si el enfermo era un *mushkenum*. Tratándose de los *wardum*, percibía honorarios por la misma cantidad de una operación de importancia o por la cura de un hueso o de un músculo. Esto hace suponer que desde el año 4000 a. C. los médicos pretendían realizar cirugías menores. Los honorarios eran fijados por el gobierno atendiendo a las escalas sociales. Este código fue uno de los primeros ordenamientos de la actividad médica; las sanciones iban, según se ha mencionado, desde el pago de una indemnización hasta la amputación de las manos por la mala práctica. La medicina asiria suponía una serie de leyes naturales rectoras del movimiento (macrocosmos y microcosmos); el organismo estaba normado, según esta concepción, por tales leyes. El comportamiento del organismo debía ser observado e interpretado siguiendo a los astros, las fases de la luna y algunas reglas relacionadas con el número siete, cifra representativa de los astros conocidos: el sol, la luna y los cinco planetas apreciables a simple vista; también se refería a los colores del arcoíris. Esta medicina se fue liberando de la influencia sacerdotal, para transformarse en laica hacia el siglo VII a. C.

Las tradiciones de este pueblo fueron recogidas por los judíos, los persas, los egipcios y aun por los griegos; estos últimos quizá se inspiraron en el símbolo de la serpiente para invocar y definir a los dioses de la medicina.

Derecho israelita

El pueblo israelita, asentado al norte de la península arábiga, estuvo regido por la religión y la moral; además, se consideraba “el pueblo elegido por Dios”.

El derecho emanaba de Yahveh,⁷ creador y dueño del mundo, cuyas disposiciones, compiladas en el Pentateuco,⁸ tendían a salvaguardar el respeto a la persona y a la divinidad, valor religioso fundamental. Según los textos bíblicos, en el monte Horeb Moisés recibió de manos de Yahveh las Tablas de la ley, las cuales contenían las 10 disposiciones en que se resumía la voluntad de Dios para regir la vida de su pueblo y lograr una convivencia humana basada en el amor a Él y al prójimo, para obtener la tierra prometida; eran los principios básicos de la legislación hebraica.

La aplicación del derecho, en tratándose de delitos graves, vigilancia civil y asuntos religiosos, competía al tribunal o asamblea suprema, llamada Sanhedrín,⁹ instaurado por Moisés a mandato divino.¹⁰ Estaba integrado por 71 miembros, entre quienes se encontraba el sumo sacerdote, quien lo presidía. En un principio lo podían conformar los ancianos más respetados de las tribus, aunque posteriormente se consideraron también a los sacerdotes y a los príncipes. Su sede fue una sala del templo.

Para los delitos menos graves estaban los sinedrios menores, integrados por 23 jueces. Los asuntos de menor trascendencia competían a los tribunales establecidos en cada ciudad, llamados juicios y formados por tres jueces.

Así, los procedimientos judiciales¹¹ debían apegarse a la verdad y las actuaciones jamás atentaban contra la justicia. No se permitía recibir dádivas ni sobornos, pues ello corrompía al hombre y le impedía actuar justamente. Se prohibía aplicar el derecho a favor de causas injustas, implantando la igualdad de las partes

⁷ Es el término más usado en *La Biblia* para nombrar a Dios. El origen de este vocablo ha sido controvertido. Originalmente sólo se escribían las consonantes *Yhwh*, también llamadas *tetragrammaton*, las cuales no pronunciaban los judíos por razones de respeto. Al indicarse los sonidos vocálicos se le asignaron a este término los de la palabra *adoney* (Señor), voz utilizada en vez de *Yhwh*. De ahí nació el término *Yehowah*, que carece de significado, pero ni éste pudo ser pronunciado. Sin embargo, en Ex. 3–14 Yahveh significa “Yo soy”. La edición latinoamericana de *La Biblia* señala la relación de este nombre con la voz *Yahva*, que significa “hacer existir”. Moisés proclamó entre los israelitas una significación especial al nombre de Yahveh.

⁸ El Pentateuco se refiere a los cinco primeros libros de *La Biblia*: Génesis, Exodo, Levítico, Deuteronomio y Números.

⁹ Del griego *synedrion*, “reunión”, “gran consejo”. Sus antecedentes son el Consejo de Ancianos (Esd. 6,7) y el Senado (1M 12–35). A partir del reinado de Herodes (37 a 4 a. C.) se le llamó *Sanhedrín*.

¹⁰ Cfr. no. 16.

¹¹ Ex. 23,1–9.

en los procedimientos. La prueba testimonial se debía ofrecer por lo menos con dos testigos, pues no era suficiente uno solo.¹²

Quienes tuvieran un litigio debían acudir ante los sacerdotes y los jueces —encargados de dirimir las controversias— y apegarse a lo indicado en la resolución emitida por ellos, apercibidos de pena de muerte por su inobservancia.

Respecto al derecho penal, las sanciones eran impuestas por la autoridad. Ante delitos graves la pena usual era la de muerte. Se aplicaba la ley del talión, “ojo por ojo y diente por diente”.¹³ El homicidio era sancionado con pena de muerte. En las lesiones leves producidas en riña el delincuente pagaba una indemnización a la víctima por el monto de las curaciones. Si en la pelea una persona golpeaba a una mujer encinta y le ocasionaba un aborto, recibía la pena que indicara la voluntad del marido y mediante arbitrio.

Si el ilícito tenía un matiz religioso, se castigaba con la lapidación. En el supuesto de insolvencia del deudor, éste debía prestar determinados trabajos al acreedor a fin de cumplir con la obligación estipulada. Ya entonces se imponía el pago de indemnizaciones por heridas u otros daños.

La usura estaba prohibida; si se le prestaba dinero a un judío, no se le podía cobrar interés; si era a un forastero, el interés era bajo.

Respecto a las enfermedades, se suponía que eran enviadas por Dios debido al mal comportamiento de los hombres, por maldiciones humanas o pecados cometidos por sus antepasados, o bien eran medio para la glorificación de Dios.¹⁴ La medicina y la religión estuvieron íntimamente relacionadas, es decir, desde entonces existía la yatroteología.

La sanación de las enfermedades correspondía a Yahveh, quien era la fuente de salud; para recuperarla le ofrecían ritos, súplicas y exorcismos. Surgía el dilema de llamar al médico o no, por el temor de interferir con la voluntad de Dios. Sin embargo, acudir al médico no constituía pecado, pues Dios actuaba por medio de éste, quien junto con el enfermo suplicarían la sanación. Es importante citar lo ordenado en el libro Eclesiástico 38, 1–15:

“Da al médico, por sus servicios, los honores que merece, que también a él lo creó el Señor.

“Pues del Altísimo viene la curación, como una dádiva que del rey se recibe.

“La ciencia del médico realza su cabeza, y ante los grandes es admirado.

“El Señor puso en la tierra medicinas, el varón prudente no las desdeña.

“¿No fue agua endulzada con un leño para que conociera su virtud?

“El mismo dio a los hombres la ciencia para que se gloriaran en sus maravillas.

“Con ellas cura él y quita el sufrimiento, con ellas el farmacéutico hace mixturas.

¹² Cfr. Dt. 19,15. Similar al principio romano: *testis unus, testis nullus* (testigo único, testigo nulo).

¹³ Código de Hammurabi. Op. cit., p. 72.

¹⁴ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 40.

“Así, nunca se acaban sus obras, y de él viene la paz sobre la faz de la tierra.

“Hijo, en tu enfermedad, no seas negligente, sino ruega al Señor, que Él te curará.

“Aparta las faltas, endereza tus manos y de todo pecado purifica el corazón.

“Ofrece incienso y memorial de la flor de harina, haz pingües ofrendas según tus medios.

“Recorre luego al médico, pues el Señor lo creó también a él, que no se aparte de tu lado, pues de él has de menester.

“Hay momentos en que en su mano está la solución, pues ellos también al Señor suplicarán que les ponga en buen camino hacia el alivio y hacia la curación para salvar tu vida.

“El que peca delante de su Hacedor ‘¡caiga en manos del médico!’”

Es clara la importancia dada al médico, aunque sólo estaban autorizados para ejercer la medicina los sacerdotes. En tiempos de Jesús era norma estricta el cuidado de los enfermos.

Las enfermedades más frecuentes, según *La Biblia*, eran la lepra, la disentería, la blenorragia y la apoplejía. La esencia de la vida era el espíritu, que tenía una íntima relación con la función respiratoria y posteriormente con la sangre.

Aun en ausencia de conocimientos exactos de anatomía y fisiología se efectuaron cirugías, circuncisiones, amputaciones y cesáreas, entre algunos procedimientos. A pesar de no diferenciar claramente la diagnosis y la terapia,¹⁵ y según se desprende del texto del Eclesiástico, se utilizaron medicamentos y algunas drogas con fines terapéuticos.

Un símbolo religioso muy importante era la purificación del cuerpo y del alma. Tal vez ello contribuyó a que el pueblo judío fuera el primero en promulgar disposiciones sanitarias, pues contaban con medidas profilácticas para las epidemias, que incluían el aislamiento de los enfermos y prohibían el contacto con cadáveres de personas y animales infectados, así como la compartición de objetos de personas contagiadas. Aquí se revisarán brevemente algunas de esas disposiciones.

La mujer menstruante era tenida por impura durante siete días; todo objeto usado por ella era también impuro. Si alguien mantenía relaciones sexuales con ella, quedaba impuro hasta pasadas unas horas.¹⁶ Lo mismo sucedía con el hombre que presentaba flujo seminal.¹⁷

Si una mujer concebía, ella y su recién nacido eran impuros. Si nacía un varón, a los ocho días era sometido a la circuncisión para que pudiera pertenecer a la comunidad judía.¹⁸

La persona que hubiere entrado en la casa de un muerto era impura hasta que transcurrieran siete días.

¹⁵ Se nombraba indistintamente a las enfermedades: lepra, hinchazón, peste, úlcera.

¹⁶ Lev. 15,19–30.

¹⁷ Lev. 15,1–18.

¹⁸ Lev. 12.

Los impuros no podían entrar al templo; para ello, antes tenían que someterse a un baño ritual utilizando “agua de purificación”; era un requisito *sine qua non* para pertenecer al pueblo judío.

Existía la disposición de retirar los cadáveres de las personas que estuviesen en los campamentos. Si un hombre era condenado a muerte y lo colgaban, tenían el deber de apartar el cadáver suspendido y enterrarlo.

Respecto a los animales comestibles, se podía ingerir la carne de aquellos de pezuña partida o hendida en mitades y rumiantes, a excepción del camello, la liebre y el cerdo. Las aves prohibidas eran el águila, el águila marina, el búho, el buitre, el cuervo, la lechuza, el avestruz y los gavilanes, entre otras. Es probable que el motivo de esta disposición fuera que varias de esas aves eran de rapiña, lo cual protegía la salud de las personas.

Se reglamentó el descanso sabático, una prescripción que, desde el punto de vista higiénico, es necesaria para el desarrollo integral del individuo; el pueblo judío fue el primero en legislar en esta materia. Ese día era dedicado a Yahveh.

El pueblo judío fue el primero en la historia en establecer el derecho de todos los hombres a la protección legal y a la observancia de los preceptos morales —agradando a la divinidad mediante el amor al prójimo y la búsqueda de la verdad—, y en promulgar disposiciones tendientes a la protección de la salud de las personas. Este tema constituye el antecedente primitivo del derecho sanitario.¹⁹

La legislación hebraica protegió fundamentalmente la vida y la dignidad humanas, y fomentó el amor a Dios y al prójimo, por lo que fue el único pueblo de su tiempo en profesar esta ideología. La medicina judía se fue separando paulatinamente de la religión, reformando sus conceptos y realizando diversas aportaciones a distintas culturas.

Fuentes jurídicas grecolatinas

Fuentes hipocráticas

En un principio la medicina griega estaba influida por ideas religiosas y “mágicas”; sin embargo, los médicos iniciaron una nueva etapa al sistematizar y basar sus conocimientos en principios científicos.

Según apunta Laín Entralgo,²⁰ la medicina es “arte” cuando quien la practica sabe “qué hace” y “por qué” hace lo que hace. En la medicina técnica antigua para determinar “qué” enfermedad sufría la persona y “qué” tratamiento seguir se ob-

¹⁹ Según Casa Madrid Mata, el derecho sanitario es “la rama del derecho público encargada de regular los actos de protección a la salud, en sentido estricto, especialmente la acción sanitaria, la atención médica y la asistencia social”. *Manual de ética y legislación en enfermería*. Derecho Sanitario Mexicano. Madrid, Mosby, 1996:233.

servó principalmente la *physis*;²¹ por lo tanto, la *physiologia* —ciencia de la naturaleza— es el fundamento intelectual del “arte médico”.

Laín Entralgo²² escribió notas al respecto.

Alcmeón de Crotono²³ es el iniciador de la patología fisiológica o científica.²⁴ Laín Entralgo²⁵ señala lo afirmado por Alcmeón: “La salud está sostenida por el equilibrio de las potencias: lo húmedo y lo seco, lo frío y lo cálido, lo amargo y lo dulce, y las demás. El predominio de una de ellas es causa de enfermedad; pues tal predominio de una de las dos es pernicioso. En lo tocante a su causa, la enfermedad sobreviene a consecuencia de un exceso de calor o de frío; y en lo concerniente a su motivo, por exceso o defecto de la alimentación; pero en lo que atañe al ‘dónde’, tiene su sede en la sangre, en la médula o en el encéfalo. A veces se originan las enfermedades por obra de causas externas: por la peculiaridad del agua de la comarca, por fuerzas excesivas, forzosidad o causas análogas. La salud, por el contrario, consiste en la bien proporcionada mezcla de las cualidades”.

Lo anterior demuestra cómo este médico empezó a separarse de las ideas “mágicas” y supersticiosas, inclinándose hacia un conocimiento científico y *physiologico*.

Lo afirmado por Alcmeón fue tomado en cuenta, aunque no expresamente, en el *Corpus hippocraticum*. Hipócrates es un gran precursor en el inicio de una concepción científica de la medicina.

Este médico griego,²⁶ considerado de la estirpe de Asclepios, vivió entre los siglos V y IV a.C. y quizá nació en la isla de Cos.

Su obra magna se encuentra en el *Corpus hippocraticum*, que es un conjunto de escritos en materia de conocimientos de medicina: casos clínicos, apuntes de diagnóstico y tratamiento, y normas éticas del ejercicio profesional, entre otros.

²⁰ Laín EP: *Historia de la medicina*. Barcelona, Salvat, 1978:92.

²¹ *Ídem*. El término griego *physis* significa “naturaleza”.

²² Laín EP: *op. cit.*, p. 93.

²³ Discípulo de Pitágoras. Vivió alrededor del año 500 a. C. Describió los nervios ópticos y las trompas de Eustaquio, además de que distinguió entre venas y arterias; no obstante, pensó que estas últimas contenían aire. Afirmó que en el cerebro se encontraba la base de los sentidos y del intelecto; sostuvo que debía existir una armonía entre las sustancias del cuerpo para evitar la enfermedad. (Datos obtenidos de Barquín M: *Op. cit.* P. 118.)

²⁴ Laín EP: *pp. cit.*, p. 93.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ Era considerado un semidiós, con características de médico (*iatros*), conocimientos de derecho (*orthos*) y rasgos de salvador (*soter*). Inició en Delfos sus curaciones; incluso se narra que revivía a los muertos. El culto a Asclepios marca el inicio de la medicina “mágica” griega; para su adoración se escogían lugares de gran belleza natural y aguas termales, en los que se llegaron a erigir templos y estatuas.

Sin duda, otra gran aportación es la teoría humoral. Los seguidores de la escuela hipocrática fundamentaban toda la fisiología y la patología en la teoría de los cuatro humores. Ésta nació como resultado de la observación de la coagulación de la sangre *in vitro*. Durante este fenómeno, el coágulo (con tres porciones) se retraía y dejaba en la superficie un líquido —el suero—, al que llamaban bilis amarilla o *colé*; las porciones incluían la de la fibrina (denominaba *flema*), la de la parte oxigenada o roja (llamada *hema*) y la oscura o no aireada del coágulo (bilis negra o *melancolé*).²⁷

Esta teoría seguía el pensamiento pitagórico de la armonía, por lo que debía existir una proporcionalidad entre los humores, los cuales relacionaban con los cuatro elementos postulados por Empédocles —fuego, aire, tierra y agua. La *colé* representaba la sequedad y el calor manifestados en la vías biliares y el hígado, es decir, el fuego; la humedad y el calor se referían a la *hema*, principalmente en el corazón, la cual se identificaba con el aire; la *melancolé* constituía la frialdad y la sequedad alojadas en el bazo y en el estómago, es decir, la tierra; la flema, con asiento en el cerebro, la médula espinal y la circulación a través de los nervios, se ligaba a la tierra.

A fin de ilustrar la concepción hipocrática sobre la enfermedad, se alude lo señalado por Barquín:²⁸ La mujer expulsaba la flema a través de la menstruación, conservando así el estado de salud de la paciente. Pero si la menstruación no se presentaba —por embarazo—, la flema intoxicaba a la mujer, ocasionándole los trastornos propios del primer trimestre de gestación.

Con estas explicaciones se dejaron de lado las supersticiones y las enfermedades “divinas”, estimando que la enfermedad se presentaba por un desequilibrio entre los cuatro humores.

Por estimarlo sistemático y adecuado, ahora se revisará el esquema presentado por Laín Entralgo,²⁹ para exponer la patología hipocrática:

- a. Nosología general.
- b. Etiología.
- c. Doctrina patogenética.
- d. Semiología.
- e. Patología especial.

Nosología general

En un amplio sentido, la enfermedad se considera como un desorden de la *physis*. Hay datos esenciales, como el desajuste, la impureza —no moral, sino física—,

²⁷ Barquín M: *op. cit.*, p. 128.

²⁸ *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

²⁹ Laín EP: *op. cit.*, p. 94.

la deformación, la debilidad y la desproporción. Así, la mezcla de los humores puede acarrear un trastorno.

Etiología

Al ser la medicina un “arte”, para obtener el conocimiento han de entenderse las causas. Merced a ello cobra importancia la etiología. Según apunta Laín Entralgo,³⁰ en el *Corpus hippocraticum* no hay una franca distinción de las causas de la enfermedad. Este mismo autor precisa entre causas externas y causas internas. Las primeras se dividen en inanimadas —ambiente inadecuado, mala alimentación, venenos— y animadas —parásitos, emociones violentas—; las internas se refieren al temperamento, la edad, el sexo y la raza. En estos términos, la enfermedad tiene su origen en el predominio de la fuerza de la condición nociva sobre la fuerza de la *physis* individual. Sin embargo, hay fuerzas nocivas invencibles que darán un resultado fatal y fuerzas eventuales en las que realmente sí será efectiva la intervención médica.³¹

Doctrina patogenética

Al respecto, ¿qué sucede con la *physis* si la persona está enferma? Laín Entralgo³² da una explicación en los siguientes términos:

Desde la perspectiva humorista, el proceso se inicia con la separación del humor del estado en el que se encontraba, transformándose en un depósito irregular que le permite desplazarse a otra parte del cuerpo, soportar la reacción sanadora de la *physis*, convertirse en pus o entrar en estado de putrefacción.

Algunos datos ayudaban al médico a determinar el origen de la enfermedad: orina, diaforesis, sueño, etc. Además, existía el estado de crisis, es decir, una alteración súbita del estado de la enfermedad, misma que señalaría al médico “la materia pecante³³ de la enfermedad, y poder así establecer el procedimiento para lograr la sanación, o en casos extremos, saber que es incurable”. Esta crisis se manifestaría a través de la inflamación y la fiebre.

En este sentido, los hipocráticos afirmaban que estas alteraciones súbitas tenían lugar los días impares, formulando así su teoría de los *días críticos*.

Semiología

En el *Corpus hippocraticum* el término *semiología*³⁴ designaba todo dato útil para la indicación del diagnóstico, tratamiento o pronóstico. Según afirma Laín Entralgo,³⁵ primero se trataba de un signo indicativo y luego de un signo probatorio.

³⁰ *Ídem*.

³¹ *Ibidem*, p. 95.

³² *Ídem*.

³³ *Ídem*.

Patología especial

Consiste en determinar cuál es el modo de enfermar. En el *Corpus hippocraticum* se distinguen las enfermedades internas y externas.³⁶ Entre las primeras se incluían la fiebre, las anginas, la diarrea y la epilepsia; en las segundas, los signos y causas aparecen directamente en los sentidos del médico,³⁷ diferenciándose las afecciones traumáticas —fracturas y heridas— y las ginecológicas.

En resumen, la medicina hipocrática buscó siempre la curación de las enfermedades con base en un conocimiento científico, dejando de lado las prácticas supersticiosas y las enfermedades “mágicas”. Estudió la *physis* humana en busca de la salud, la disminución de las enfermedades y la mejoría del paciente. Para ello, los médicos debían observar los siguientes principios:³⁸

- a. *Primum non nocere*:³⁹ este principio se refiere a que el médico favorecerá al paciente; si esto no es posible, al menos no deberá empeorar su situación. Este principio es fundamental en la ética médica.
- b. Abstenerse de lo imposible: si la enfermedad es insuperable, el médico no tratará inútilmente de vencerla, dado que se afirmaba la presencia de procesos morbosos cuya fuerza era superior a la de la *physis* humana.
- c. Atacar la causa del daño: vencer no sólo a la causa de la enfermedad, sino también el principio de dicha causa.

Sin duda, la escuela hipocrática fue una precursora de la ética médica, cuyos principios son observados actualmente. Las reglas de esta doctrina tienen rasgos religiosos y sociales propios de la época, no obstante que el conocimiento médico era científico.

En el famoso Juramento hipocrático, uno de los documentos del *Corpus hippocraticum*, se plasman las bases de esta ética. El origen de este documento ha sido objeto de controversia, pues algunos autores⁴⁰ afirman que se trata de una compilación de los principios de las organizaciones asclepiadas y otros indican que es una especie de manifiesto pitagórico. Sin embargo, constituye un documento que abarca diversos deberes del médico.

Existían deberes para con los pacientes, en especial dos principios importantes que ya se mencionaron: *primum non nocere* (primero no dañar) y no actuar cuando la fatalidad es invencible. En estos deberes también se encuentran los honora-

³⁴ Actualmente la semiología es el estudio de los signos y síntomas de una enfermedad.

³⁵ *Op. cit.*, p. 96.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 97.

³⁸ *Ibidem*, p. 109.

³⁹ Primero no dañar.

⁴⁰ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 132.

rios médicos;⁴¹ en un principio no era aceptada la retribución por sus servicios, pero en el *Corpus hippocraticum* se señalaba que los honorarios no debían ser excesivos y sí serían lícitos si el profesional se preocupó por actuar con diligencia y perfeccionar la ejecución de su arte.

Laín Entralgo⁴² afirma que existían también deberes para con la *polis*, pues el médico debía indicarle al paciente el tratamiento más adecuado de acuerdo con su oficio en la ciudad y cumplir con obligaciones forenses.

Al inicio del juramento se observan los principios de carácter religioso, pues se mencionan varias divinidades.

El juramento era el siguiente:

“Juro por Apolo, médico, por Asclepio, Higia y Panacea, por todos los dioses y todas las diosas a cuyo testimonio apelo, que yo, con todas mis fuerzas y con pleno conocimiento, cumpliré enteramente mi juramento: respetaré a mi maestro en este arte como a mis progenitores, que compartiré con él el sustento y que le daré todo aquello de que tuviese necesidad; que consideraré a sus descendientes como a mis propios hermanos y que a mi vez les enseñaré sin compensación y sin condiciones este arte; que dejaré participar en las doctrinas e instrucciones de esta disciplina en primer lugar a mis hijos, luego a los hijos de mi maestro y luego a aquellos que con escritura y juramentos se declaren escolares míos y a ninguno más fuera de éstos.

“Por lo que respecta a la curación de los enfermos, ordenaré la dieta según mi mejor juicio y mantendré alejado de ellos todo daño y todo inconveniente; no me dejaré inducir por las súplicas de nadie, sea quien fuere, para proporcionar un veneno o para dar mi consejo en semejante contingencia.

“No introduciré a ninguna mujer una prótesis en la vagina, para impedir la concepción y el desarrollo del niño. Consideraré santos mi vida y mi arte; no practicaré la operación de la talla, y cuando entre en una casa entraré solamente para el bien de los enfermos y me abstendré de toda acción corruptora y no me manejaré con voluptuosidad en contacto con mujeres u hombres libres o esclavos; todo lo que habré visto u oído durante la cura o fuera de ella en la vida común, lo callaré y lo conservaré siempre como secreto si no me es permitido decirlo. Si mantengo perfecta fe a este juramento, que me sea concedida una vida afortunada y la futura felicidad en el ejercicio del arte, de modo que mi fama sea alabada en todos los tiempos; pero si fallare el juramento o hubiese jurado en falso, que ocurra lo contrario.”

Fuentes galénicas

El imperio romano fue extendiéndose hasta abarcar un gran territorio, que incluía la cuenca del Mediterráneo, Grecia, Siria y las Galias, entre otros. A pesar de los problemas propios de la conquista, fue posible combinar su cultura con la de los pueblos invadidos.

⁴¹ *Ibídem*, p. 133.

⁴² *Ídem*.

La medicina no fue la excepción. Los orígenes griegos de esta ciencia se fueron introduciendo en la cultura romana gracias a la aceptación que la escuela hipocrática tenía en la región. Es más, una vez que el emperador Julio César otorgó la ciudadanía a los médicos extranjeros, en especial a los griegos, la medicina alcanzó un auge.

En un principio el ejercicio médico no era aceptado por los ciudadanos romanos, pues lo consideraban indigno por ser practicado con las manos; sin embargo, los médicos eran calificados obreros especializados⁴³ y se encargaban de la atención de los esclavos ejerciendo su profesión en los *valetudinarii* —hospitales primitivos—. Prestaban también sus servicios en consultorios llamados *iatrones*, atendiendo pacientes, recetando remedios y practicando flebotomías.⁴⁴ Asimismo, atendían a los gladiadores que sufrían traumatismos en los coliseos.

En esta época surgió la importante figura de Galeno, médico nacido en Pérgamo, que vivió aproximadamente en el siglo II a. C. Sus primeros estudios versaron sobre filosofía, pero posteriormente le interesó la medicina, la cual aprendió en Alejandría. Gracias a sus conocimientos médicos fue adquiriendo fama entre la población romana, en particular por la curación de heridas de los gladiadores. De acuerdo con lo señalado por Barquín,⁴⁵ Galeno se dedicó a escribir sus obras, las cuales quizá fueron más de 40; actualmente se conservan alrededor de 80, aunque existe duda acerca de que él haya escrito todos los textos; algunos de los más importantes tratan del óptimo filósofo, el óptimo médico, las preparaciones anatómicas, la disección de venas y arterias y las regiones enfermas, entre muchos otros temas. Este último tuvo una gran importancia desde la perspectiva fisiológica, pues fue muy útil el estudio de sistemas, como el nervioso, el respiratorio y el circulatorio. Muchas de sus obras trascendieron hasta la Edad Media, pues fue de los primeros en buscar la dignificación de la figura del médico. De igual forma, presentó una sistematización sobre el conocimiento de la enfermedad.

Laín Entralgo⁴⁶ resume la definición galénica de enfermedad: “es una disposición preternatural del cuerpo, por obra de la cual padecen inmediatamente las funciones vitales”, y brinda una breve explicación al efecto: *disposición* se refiere a un estado más o menos duradero de la *physis* humana; *preternatural* en tanto *paraphysin*, es el margen del orden natural; *del cuerpo*, indica que en él se desarrolla la enfermedad, pues fuera de él sería causa o efecto de la misma; *padecen* indica que la enfermedad es una afección de la *physis*; *inmediatamente* indica el síntoma manifestado secundariamente al padecimiento; *de las funciones vitales* se refiere a las diversas actividades del organismo.

⁴³ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 163.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ *Ibíd*em, p. 164.

⁴⁶ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 103.

En la anterior definición se distinguen tres elementos:⁴⁷

- a. Las causas de la enfermedad.
- b. El padecimiento de las funciones vitales.
- c. Los síntomas con que la enfermedad se presenta.

Existen tres causas: la externa, la interna y la conjunta. La externa se desenvuelve sobre el individuo cuya constitución es más débil que la causa, encontrándose dentro de éstas la mala alimentación, los trabajos excesivos, los desórdenes sexuales, los venenos, etc.

Para determinar la causa interna se basaba en el principio de los temperamentos: el sanguíneo, el flemático, el bilioso y el melancólico, lo cual se relaciona con la teoría hipocrática de los humores. Sin embargo, y según señala Laín Entralgo,⁴⁸ Galeno distinguió un temperamento “temperado”, es decir, la combinación equilibrada de cuatro temperamentos simples —húmedo, seco, frío y cálido— con los compuestos ya mencionados.

Por último, la causa “conjunta” se refiere a la unión de la “externa” y de la “interna”, originando la alteración patológica y el desorden anatomofuncional. Este desorden da lugar a los “síntomas”,⁴⁹ es decir, al conjunto de hechos en que la afección se manifiesta en el individuo, dando lugar a la enfermedad.

De acuerdo con el esquema presentado por Laín Entralgo,⁵⁰ el síntoma se puede clasificar en:

- a. Su situación en la génesis del proceso morboso: síntomas en los que la función vital se altera inmediatamente, síntomas secundarios a la alteración y síntomas terminales.
- b. Tipos de funciones afectadas: se puede tratar de síntomas vegetativos, psíquicos, etc.
- c. Su relación con el proceso morboso de que se trate: síntomas esenciales, es decir, los que necesariamente pertenecen al proceso en estudio; y no esenciales, que implican los derivados del desarrollo particular de la enfermedad, de la edad, del sexo, del temperamento y del ambiente en que se produjo.

El síntoma que es evidente a los ojos del médico se conoce como signo.

Galeno distingue las diversas formas en que la enfermedad se manifiesta en la *physis* individual:⁵¹

⁴⁷ *Ibídem*, p. 104.

⁴⁸ *Ibídem*, p. 105.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Op. cit.*

- a. Desorden en la complexión humoral, sea por la alteración de uno de los humores o por la mezcla desequilibrada de ellos.
- b. Alteraciones morbosas en partes “similares”, como venas, arterias, huesos y nervios.
- c. Enfermedades orgánicas, sea porque alteren al órgano en su estructura, tamaño, número o posición.
- d. Enfermedades consecuentes de heridas de diversas partes del cuerpo.

Por otro lado, Galeno estimó el alma del individuo, creyendo que se alojaba en el cerebro y que tenía funciones de la vida de relación en el corazón, teniendo a su cargo la circulación y la regulación del calor corporal y en el hígado, centro de las funciones digestivas y de las más sencillas del organismo.⁵²

Sus conocimientos sobre anatomía y fisiología se debieron en gran medida a la disección de animales, principalmente de monos, en quienes logró diferenciar las venas y las arterias, afirmando que estas últimas contenían sangre y no aire como pensaban los antiguos griegos.

Una gran aportación galénica fue la indicación terapéutica, la cual era válida siempre y cuando se consideraran:⁵³

- a. La índole de la afección en estudio.
- b. La naturaleza del órgano localmente afectado.
- c. El temperamento del paciente y su constitución biológica.
- d. El sexo y la edad.
- e. El ambiente en que el paciente vive.
- f. Los sueños del paciente, pues éstos podían manifestar las alteraciones producidas por la enfermedad.

Como se puede observar, estas reglas pueden constituir un precepto, quizá primitivo, para la elaboración de la indicación médica.

Galeno también hizo grandes aportaciones en el campo de la farmacoterapia, lo cual se puede resumir en tres puntos:⁵⁴

- a. Clasificación de los medicamentos —cálidos, secos o húmedos— según su actuación en las cualidades elementales o sobre varias de ellas con una acción principal y otra secundaria —medicamento caliente y húmedo.
- b. Valoración de la intensidad de acción del medicamento en cuatro grados.
- c. Distinción entre las operaciones “en acto” y “en potencia”.

⁵¹ *Ibídem*, p. 106.

⁵² Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 164.

⁵³ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 110.

⁵⁴ *Ibídem*. P. 122.

Las aportaciones de Galeno fueron muy valiosas, pues su planteamiento sistemático y científico sobre las enfermedades trascendió a siglos ulteriores, constituyéndose en un antecedente importante de la patología actual; asimismo, influyó en lo relacionado con la farmacoterapia, pues en distintos textos de los siglos XVI y XVII seguían observándose sus señalamientos.

A continuación se hará una revisión breve de algunos aspectos de la enseñanza y del ejercicio de la medicina durante esta época.

Según se ha dicho, al concederse la ciudadanía romana a todos los médicos, la ciencia de la medicina alcanzó un gran auge. Merced a ello, se inició la regulación de la enseñanza y del ejercicio profesional. Al efecto, los estudiantes debían presentar certificados de buena conducta y abstenerse de asistir a centros de vicio, fomentando así un mayor aprovechamiento en sus estudios.

La enseñanza versaba sobre anatomía —con la disección de animales—, heridas y padecimientos, y botánica en relación con la terapéutica, la cual se llevaba a cabo en los hospitales primitivos, llamados *valetudinarii*.⁵⁵ Poco a poco la enseñanza médica comenzó a hacerse pública. Para ejercer la profesión médica se requería una licencia expedida por recomendación de los colegios médicos. Entonces existía la figura de los *censi*, *accensiti* u *optiores valetudinarii*, quienes eran subprofesionales de los médicos, lo que equivalía a enfermeros.⁵⁶

Debido al apogeo de la medicina, varias ciudades romanas nombraron a médicos populares, quienes brindaban atención tanto a plebeyos como a patricios.⁵⁷ Sin embargo, y de acuerdo con Barquín,⁵⁸ existían médicos exclusivos para atender a la corte, conocidos como arquiátras palatinos. En algunos lugares los arquiátras estaban encargados de la vigilancia del ejercicio profesional.

Respecto a la legislación imperante en esa época, se regularon las actividades de higiene pública y del ejercicio médico, las cuales se plasmaron en leyes, como las leyes Aquilia y Cornelia.

En la primera —ley Aquilia— se reglamentaba el ejercicio médico y se imponía la responsabilidad por actuar con negligencia. Asimismo, la ley Cornelia contenía las disposiciones para castigar al médico que, de manera dolosa o imprudente, causara la muerte del paciente; esta ley prohibía el aborto y los brebajes amatorios.

Existieron también preceptos jurídicos en materia de salud pública; hay que recordar que en este sistema jurídico se proclamó la máxima *salus populi, suprema lex est*.

⁵⁵ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 166.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ Los patricios constituían la clase social poderosa.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 167.

El siglo XIX y su influencia en el derecho sanitario

Louis Pasteur⁵⁹

Aun sin ser médico, Louis Pasteur aportó valiosos conocimientos a la medicina. En esa época tenía una gran aceptación la teoría de la generación espontánea, la cual postulaba que la vida nacía de la nada.

Entre las muchas contribuciones de Pasteur, afirmó que la fermentación no se presentaba según la teoría de la generación espontánea. En frascos cerrados herméticamente depositó trozos de carne y otros medios de cultivo, comprobando al pasar de los días que no se habían desarrollado microorganismos, dado que era necesaria la presencia de contaminación en el frasco para la proliferación de éstos.

Pasteur planteó que sin la presencia de los microbios de la putrefacción la existencia de vida sería muy difícil, pues éstos se encargan de la destrucción de los cadáveres y otros desechos orgánicos.⁶⁰

Ello tuvo una gran trascendencia para la medicina, ya que marcó el inicio de un estudio sistemático de la microbiología, asentando las bases para la esterilización y la asepsia, precedente de científicos como Lister.

Pasteur realizó estudios sobre las enfermedades contagiosas del hombre y los animales. Entre los más importantes se encuentra el del carbunco, ocasionado por una bacteria que mataba a las ovejas. Este estudio lo realizó con el cultivo del germen *in vitro*, conociendo así su ciclo morfológico.⁶¹ Demostró que los animales resistirían la infección si anticipadamente se les administraba una cantidad de cultivo de la misma bacteria, cuya virulencia había sido disminuida mediante calor. Este mismo procedimiento lo aplicó en distintas enfermedades, descubriendo la forma de prevenirlas, que es mediante la vacunación.

Respecto a las enfermedades padecidas también por el hombre, llevó a cabo un estudio sobre la rabia. En su laboratorio provocó artificialmente la enfermedad, inoculando el virus en el cerebro de los perros; después, con médula espinal de conejo muerto por rabia, y una vez atenuada su intensidad virulenta, preparó una vacuna para inmunizar a los perros, con lo cual no sufrieron la enfermedad.⁶² De esta manera descubrió la vacuna antirrábica.

Poco tiempo después llegó al laboratorio un niño⁶³ que había sido mordido por un perro rabioso. Pese a las súplicas de la madre del menor, Pasteur se resistía a aplicarle la vacuna, pues temía experimentar el tratamiento; sin embargo, aceptó

⁵⁹ Biólogo y químico francés, nació en 1822 y murió en 1895.

⁶⁰ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 295.

⁶¹ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 484.

⁶² Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 296

⁶³ El nombre del niño era Joseph Heister y los hechos sucedieron el 6 de julio de 1885.

aplicársela, logrando un resultado favorable.⁶⁴ Con ello había alcanzado el éxito de la vacuna antirrábica.

La obra de Pasteur trascendió al ámbito científico, en particular a la medicina, para los siglos ulteriores, ya que fue de gran importancia para la bacteriología y la prevención de enfermedades infecciosas.

Robert Koch

Este médico alemán, nacido en 1843, tuvo grandes aportaciones a la ciencia médica. Gracias a sus investigaciones acerca de microbios viajó por Sudáfrica, África Oriental, la India, Egipto, Italia e Indonesia.

Respecto a la bacteriología, empleó técnicas innovadoras, como la tinción y los medios de cultivo sólidos y transparentes, e hizo uso del vapor para la esterilización.

Koch identificó varios gérmenes patógenos. En sus viajes a Egipto y la India descubrió el bacilo del cólera y fomentó las medidas profilácticas de esta enfermedad, haciendo hincapié en evitar el uso de aguas que pudieran contener este bacilo; también descubrió el agente de la conjuntivitis infecciosa.

Quizá entre sus aportaciones más importantes esté el descubrimiento del elemento causante de la tuberculosis,⁶⁵ para lo cual utilizó técnicas que suprimieron la cubierta que impedía teñir el cuerpo del germen.^{66,67}

Asimismo, contribuyó con investigaciones epidemiológicas sobre fiebre tifoidea, paludismo y peste, además de sus descubrimientos del cólera y la tuberculosis humana y bovina. Estableció reglas para determinar científicamente cuando un microbio era la verdadera causa de determinada enfermedad.⁶⁸

Por su labor en beneficio de la medicina, en 1905 se le otorgó el premio Nobel.

El precedente marcado por Pasteur y Koch revolucionó la enseñanza y el ejercicio de la medicina, pues en distintos países europeos empezó a tener auge la investigación microbiológica, generándose entonces la microbiología médica.⁶⁹ Se adoptaron medidas para evitar la propagación de las enfermedades infectocontagiosas, con base en estudios clínicos, epidemiológicos y profilácticos.

Esto ayudó a evitar muertes por enfermedades y epidemias que azotaban al mundo, iniciándose así una nueva etapa en el campo de la medicina.

⁶⁴ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 296.

⁶⁵ En reconocimiento a él se le denominó bacilo de Koch.

⁶⁶ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 485.

⁶⁷ Este descubrimiento lo realizó cuando trabajaba para el Departamento de Salubridad Imperial de Berlín.

⁶⁸ Laín EP: *Historia de la medicina*. P. 486.

⁶⁹ *Ídem*.

Joseph Lister⁷⁰

Realizó sus estudios de medicina en la Universidad de Londres. Se distinguió como cirujano y fue nombrado catedrático de esta rama en Glasgow.

Observó que las fracturas cerradas sanaban más rápido que las abiertas y que éstas se infectaban —incluso había que amputarlas—, y que si la herida cicatrizaba sin pus, la curación era pronta.⁷¹

Gracias a los estudios realizados por Pasteur sobre la fermentación, Lister concluyó que si la infección se evitaba, no se formaría pus.

Al no poder esterilizar las heridas por medio de calor, buscó una sustancia que al efecto fuera útil. Encontró que en las alcantarillas usaban ácido fénico⁷² para evitar la putrefacción.

Las propiedades desinfectantes y germicidas de dicha solución llevaron a Lister a emplearla en distintas proporciones para atacar los gérmenes que se presentaran en el campo quirúrgico. Como estaba seguro de que en el aire también se encontraban bacterias generadoras de contaminación de las heridas, antes de cada cirugía realizaba nebulizaciones con esta sustancia en la sala de operaciones y en el campo quirúrgico.

Siguió empleando medidas asépticas en todo tipo de heridas —quirúrgicas, fracturas, etc.—, obteniendo buenos resultados. En 1867 publicó *Sobre el principio antiséptico en la práctica de la cirugía*, un escrito que en esa época fue considerado revolucionario para la medicina, pues establecía reglas fundamentales para la práctica quirúrgica, debiendo utilizarse medidas tendientes a combatir infecciones, evitando así tantas muertes “inexplicables” de pacientes.

Con ello se generó una nueva etapa en la práctica médica, en especial en la cirugía, pues se había encontrado una nueva forma de evitar las complicaciones de las heridas infectadas, de las que en la mayoría de los casos se desconocía su origen.

Esta aportación motivó a los científicos de la época a seguir realizando estudios sobre asepsia. Von Bergmann,⁷³ sabiendo que las heridas no podían desinfectarse por medio del calor, pero sí mediante lo que se ponía en contacto con ellas —a excepción de las manos del cirujano—, inventó en 1886 el método de esterilización por vapor, cuya presencia se hizo obligatoria en toda sala de cirugía.⁷⁴

Para tratar que las manos del personal sanitario no contaminaran las heridas, en 1890 Halsted⁷⁵ estableció el uso de guantes de goma elástica, que se amoldaban a la mano y permitían operar sin gran dificultad. Más tarde, en 1900, Hunter⁷⁶

⁷⁰ Médico inglés; nació en 1827.

⁷¹ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 314.

⁷² Antiséptico muy potente, desinfectante y germicida.

⁷³ Cirujano alemán (1836–1907).

⁷⁴ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 315.

(médico del Charing Cross Hospital, de Londres) fue el precursor del uso de mascarilla de gasa para el equipo quirúrgico.⁷⁷

Con estas valiosas aportaciones la medicina fue perfeccionando sus principios y reglas, y exigiendo más al personal, pues los nuevos conocimientos evitarían que se incurriera, por ignorancia, en graves errores. Este cambio obligó a los hospitales y a los trabajadores sanitarios a observar nuevas disposiciones, en particular las de tipo aséptico, como tener quirófanos estériles, utilizar guantes y cubrebocas, contar con tratamiento adecuado para las heridas y con instrumental desinfectado, etc.

El avance médico del siglo XX

Quimioterapia

A principios del siglo XX tuvo lugar una nueva etapa de la medicina, consistente en el desarrollo de investigaciones químicas en el campo de la síntesis de compuestos orgánicos para determinar sus propiedades terapéuticas.

Con ello se inició la quimioterapia, misma que se refiere al tratamiento médico con sustancias químicas, especialmente el fundado en la afinidad que poseen ciertos compuestos químicos sin dañar los tejidos orgánicos.⁷⁸

Uno de los precursores de esta práctica fue Paul Ehrlich,⁷⁹ quien experimentó con derivados arsenicales el tratamiento de la sífilis, probablemente motivado por el buen resultado que el arsénico había tenido en el manejo de enfermedades de la sangre, como la anemia perniciosa.⁸⁰

Así, en 1910 Ehrlich descubrió que el salvarsán⁸¹ era útil para destruir la espiroqueta de la sífilis. Barquín⁸² señala que para que este científico pudiese descubrir este remedio tuvo que realizar no menos de 605 experimentos, razón por la cual al salvarsán también se le denominó “606”. Sin embargo, este tratamiento fue suplido por otros derivados, como el neosalvarsán o “914”.

El resultado fue provechoso, pues se logró la curación en 95% de los casos estudiados cuando el tratamiento se inició de modo temprano, incluso en 60% de los que iniciaron el tratamiento semanas después de haberse presentado la infección.

⁷⁵ Cirujano estadounidense (1852–1922).

⁷⁶ Médico inglés (1861–1937).

⁷⁷ Barquín M: *Op. cit.*, p. 315.

⁷⁸ *Diccionario terminológico de ciencias médicas*. Salvat, 1005,

⁷⁹ Médico alemán (1854–1915).

⁸⁰ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 325.

⁸¹ Llamado también arsfenamida; es un compuesto del arsénico.

⁸² *Op. cit.*, p. 325.

Otra aportación importante a la medicina fue el uso de las sulfamidas.

En 1923 Foerster trabajaba en la elaboración de colorantes mediante derivados del benceno del alquitrán de hulla y obtuvo un colorante rojo al que denominó prontosil. Fue en 1935 cuando Domagk, investigando las propiedades desinfectantes de algunos de esos colorantes, determinó que el prontosil destruía los estreptococos y los estafilococos.

Gracias a ese descubrimiento diversos investigadores lograron confirmar los efectos específicos de este colorante en los cocos piógenos —productores de pus— y en las enfermedades infecciosas, como neumonía, meningitis, gonorrea y erisipela, entre otras.⁸³

La tenacidad de estos científicos los llevó a descubrir que algunos derivados sintéticos de ese colorante tuvieron mejores resultados en el tratamiento de las enfermedades mencionadas, pues algunas de éstas no respondían a la terapia tradicional; a esos derivados —que contenían azufre y nitrógeno en sus moléculas— se les denominó sulfonamidas. Es importante mencionar también el descubrimiento de la penicilina, la cual se obtiene del moho *Penicillium notatum*, que tiene una gran efectividad en interrumpir la proliferación de microbios que contaminan las heridas y dañan el organismo.

En 1929 Fleming advirtió que un moho aparecía de forma accidental en las placas de cultivos microbianos que estudiaba, mismo que estaba rodeado de un halo en el cual las colonias microbianas, que en otras partes de la placa proliferaban, morían y no podían desarrollarse.⁸⁴ Fue así como realizó un cultivo puro del moho y se dio cuenta de su gran potencia inhibidora contra el crecimiento de los cocos piógenos; le dio el nombre de penicilina.

A través de muchos estudios, en 1939 Florey y col. desarrollaron el cultivo, la elaboración y la estandarización de la penicilina, y la consideraron un agente bacteriostático eficaz, generalizando así su uso terapéutico; estos resultados se publicaron en agosto de 1941 en *Lancet*. El descubrimiento de las propiedades terapéuticas de la penicilina originó que reemplazara a otros tratamientos —como las sulfonamidas— en enfermedades como la sífilis.

Sin embargo, el uso de estas nuevas medidas terapéuticas obligó a los médicos a actuar con mayor diligencia, pues existía el riesgo de que se presentaran algunos efectos adversos, como cefaleas, vómitos y cianosis, entre otros; por ello, la indicación y administración de esta sustancia debía estar bajo estricto control médico.

A pesar de ello, la quimioterapia revolucionó en gran medida a la medicina, pues se logró curar enfermedades que hasta entonces eran prácticamente imposible superar, además de que el tratamiento actuaba prontamente, lo cual contri-

⁸³ Hayward JA: *Historia de la medicina*. México, Fondo de Cultura Económica, 1979:195.

⁸⁴ Hayward JA: *Historia de la medicina*. P. 199.

buyó a cumplir con mayor eficacia la finalidad de la labor médica; al respecto, se cree que es importante citar lo afirmado por Hayward:⁸⁵ “Cuando se piensa en los tres descubrimientos trascendentales del salvarsán, las sulfonamidas y la penicilina, realizados en los campos de la ciencias químicas y bioquímicas únicamente, y en este siglo asolado por la guerra, y se considera la forma en que fueron logrados y los beneficios inconmensurables que el género humano ha obtenido merced al trabajo, la habilidad, la paciencia y la sabiduría de muchos exploradores científicos, podemos afirmar con toda seguridad que sí hay mucho de emocionante y novelesco en la medicina, en sus búsquedas y en el triunfo logrado cuando se alcanza la meta”.

Disposición del cuerpo humano

Otro aspecto importante en la evolución de la medicina es el de la disposición del cuerpo humano.⁸⁶

El avance tecnológico permitió que diversas partes de la entidad somática del individuo fueran utilizadas para fines terapéuticos, de investigación o de docencia.

Veamos en primer lugar a las transfusiones de sangre. A pesar de que sus orígenes se remontan al siglo XV, cuando Christopher Wren⁸⁷ aconsejó esta práctica y Jean Denys⁸⁸ llevó a cabo por primera vez una transfusión en un ser humano, no había sido tan frecuente como a partir de principios de este siglo, debido a que existían innumerables problemas al aplicar las transfusiones, como formación de coágulos en los tubos —para lo cual no se había encontrado remedio— o muerte del paciente después de haberle suministrado la sangre.

Gracias a que a inicios de siglo se obtuvieron valiosos conocimientos de la química de la sangre fue posible utilizar nuevamente esta medida terapéutica. Un ejemplo de ello es el descubrimiento que, en 1901, Shattock⁸⁹ hizo sobre componentes de la sangre, lo cual explicó que el tejido hemático de los animales no es compatible con el de los humanos, y aun de los mismos humanos, pues tienen sustancias específicas que actúan en contra de sangre extraña, situación que podía mostrarse mediante métodos apropiados en tubos de ensaye o en microscopio.

No obstante, ya en 1897 Landsteiner había elaborado un trabajo sobre la incompatibilidad de sangre entre humanos, mismo que fue confirmado por Jansky en 1907 y por Moss en 1910, el cual sentó las bases para la clasificación de la sangre humana en cuatro grupos. Cada grupo tiene sus propias sustancias específi-

⁸⁵ *Ibidem*, p. 201.

⁸⁶ Este tema será tratado con mayores detalles en el capítulo correspondiente.

⁸⁷ Filósofo y científico.

⁸⁸ Médico de cámara de Luis XIV de Francia.

⁸⁹ Patólogo inglés.

cas, por lo que al ser mezclado con otro grupo diferente causa reacciones adversas; no sucede lo mismo si la mezcla es con sangre del mismo grupo.

En las primeras ocasiones, el hecho de que alguien proporcionara su sangre para fines transfusionales llamaba la atención hasta de la prensa. Incluso Hayward⁹⁰ señala que en 1917, durante la Primera Guerra Mundial, el soldado que en combate proporcionaba su sangre para transfusión recibía como recompensa una licencia de 24 h, una buena cantidad de Oporto o cerveza negra, o bien 15 días de vacaciones para “divertirse”. Posteriormente, el “acto heroico” de donar sangre no pasó más allá de una práctica ordinaria que “hacía perder tiempo” al disponente. Este uso cotidiano obligó a que se crearan bancos de sangre, pues ya no fue usual la transfusión directa disponente–receptor, en los cuales se extraían, estudiaban y almacenaban las unidades de sangre.

Aun cuando la transfusión sanguínea representó un gran avance para la medicina, no fue posible evitar los diversos alcances de ello.

Así, debió regularse la forma de extracción, investigación, conservación, suministro y aplicación del tejido hemático, pues además de constituir una alternativa terapéutica eficaz implicaba muchos riesgos.

Quizá en un principio se desconocía que la transfusión era un medio asequible para la transmisión de diversas enfermedades; podemos preguntarnos ¿cuántas ocasiones se transfundió a un paciente sin que realmente fuera necesario y se le contagió alguna enfermedad?; probablemente una respuesta sea: es el riesgo del avance médico. Así, los trasplantes de órganos y tejidos —incluyendo las transfusiones de sangre— se presentaron como una buena alternativa para la curación de ciertas enfermedades. El asunto no es sencillo, pues además de las implicaciones jurídicas⁹¹ debían determinarse algunos criterios para no someter a riesgos innecesarios al individuo. Recordemos que en la antigüedad ya eran utilizados los cadáveres para fines de enseñanza–aprendizaje; sin embargo, al parecer no se suscitaban tantos conflictos jurídicos por ello.

Ahora bien, la disposición del cuerpo humano no sólo se refirió a proporcionar la sangre para fines transfusionales, sino que también, aunque décadas después, se empezaron utilizar otros tejidos y órganos con fines terapéuticos.

La etapa de los trasplantes también revolucionó el campo de la medicina, pues anteriormente era imposible solucionar el hecho de que la disfunción de un órgano pusiera fin a la vida de una persona. Sin embargo, el avance tecnológico permitió la utilización de órganos o tejidos humanos.

Además de las controversias éticas que se presentaron, seguramente surgieron problemas jurídicos, pues habría que determinar la licitud de utilizar o ceder una

⁹⁰ Hayward JA: *Historia de la medicina*. P. 216.

⁹¹ Para disponer del cuerpo humano habrá que cumplir con los requisitos que el derecho ha establecido, pues están en riesgo la salud, la integridad y la vida de la persona.

parte del cuerpo humano sin que ello atentara contra la salud, integridad o vida humanas, y naturalmente contra la ley.

El avance en la medicina transfusional y en los trasplantes de órganos o tejidos implicó una de las etapas memorables del progreso médico, pues ¡cuántas vidas no se habrían salvado por ello!

Empleo de la ingeniería genética

Hace aproximadamente 100 años el científico Gregor Mendel dedujo las leyes que rigen los principios de la herencia.

En 1900 Hugo de Vries, Conens y Tschermak confirmaron esas investigaciones. De Vries aportó la idea de la mutación y Galton descubrió las bases estadísticas de la herencia, auxiliado por Pearson.⁹²

En 1958 los médicos estadounidenses Lederberg, Beadle y Jorge L. Tatum, gracias a sus investigaciones bioquímicas de la herencia, sentaron las bases para que Severo Ochoa y Arturo Konberg —también médicos estadounidenses— sintetizaran el ácido nucleico. El estudio de la estructura molecular de los ácidos nucleicos fue complementado por James D. Watson, Francis H. C. Crick y Maurice H. Wilkins, quienes obtuvieron resultados precisos sobre esa estructura molecular.

Estos antecedentes han sido de gran utilidad para que los científicos de este siglo iniciaran investigaciones mediante manipulación de material genético.

Estas investigaciones han suscitado innumerables controversias en diversos campos, por ejemplo ética y derecho, pues existe el riesgo de atentar gravemente contra la dignidad y la vida humanas.

Así, vemos los casos de eugenesia, clonación, etc. Respecto a la primera, surge el conflicto para determinar cuán válido es manipular el material genético para “crear seres perfectos”; en lo referente a la clonación, el problema no deja de ser complicado, pues hay que imaginar las consecuencias de crear seres humanos idénticos; también está el riesgo de alterar el material genético para “producir” seres mitad humanos, mitad animales.

Sin embargo, la alteración del código genético no siempre tiene consecuencias negativas, sino que puede ser útil en la prevención de enfermedades hereditarias, o incluso evitar padecimientos mentales; desafortunadamente, la condición humana no siempre actúa de la mejor forma.

Otro aspecto importante es la fertilización asistida. Este procedimiento también ha suscitado polémica, pues es posible que las parejas que sufren infertilidad puedan tener un hijo. Sin embargo, está latente el empleo inadecuado que pudiera darle el hombre, por ejemplo, las parejas homosexuales que desean tener un hijo;

⁹² Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 329.

este avance tecnológico ya les da una esperanza de ser padres, lo cual en este tipo de parejas es evidentemente inaceptable.

La fertilización asistida será realmente útil para apoyar a los matrimonios heterosexuales con problemas de esterilidad o infertilidad que les impidan la concepción.

En términos generales, y si el uso es adecuado, la manipulación del material genético puede ser de gran beneficio para la humanidad, evitando siempre atentar contra la dignidad y la vida humanas.

Medicina social

Como resultado de la Revolución Industrial, los factores económicos tuvieron una gran influencia sobre la salud de la población. Antes de este suceso la sociedad occidental en general era agrícola; sin embargo, la invención de máquinas y el afán de producir más para tener mayores riquezas originó que las personas con mayor poder económico se apropiaran de los talleres y fábricas, y se crearan las grandes industrias.

Una grave consecuencia de este desarrollo económico industrial fue la explotación abusiva de los trabajadores por parte del patrón, lo cual trascendió en su salud, aunado al descuido que tuvo el gobierno por el bienestar social. Ante esta situación, los obreros buscaron soluciones a sus problemas, sobre todo su bienestar social, pues la industrialización otorgó grandes beneficios a la clase poderosa y empobreció más a los obreros. En Alemania, en 1883, Otto von Bismarck⁹³ formuló un sistema de protección que involucrara principalmente a quienes formaban parte de las fuerzas armadas de su país, tendiente a protegerlos de los riesgos naturales de la vida, como enfermedad, invalidez, cesantía y vejez, así como a disminuir el impacto económico a los familiares ante el fallecimiento del trabajador.⁹⁴

Quizá el motivo de que esta idea se concretara fue la organización y expansión de la clase obrera y el desarrollo de la ciencia estadística, que permitió medir de manera matemática los problemas de salud.

Respecto a los seguros sociales, fue muy discutida la idea de Bismarck, pues habría que determinar la conveniencia de su instauración —sobre todo por parte de los patrones.

Bismarck supuso que este sistema de protección le parecería atractivo a los dueños del capital e implementarían sistemas similares para beneficio de sus trabajadores y así se combatirían las ideas socialistas que empezaban a expandirse.

Esta idea fue el antecedente para que diversos países europeos y latinoamericanos promulgaran leyes tendientes a crear seguros sociales. Así, están como

⁹³ Canciller alemán de Guillermo I.

⁹⁴ Barquín M: *Historia de la medicina*. P. 351.

ejemplo Uruguay (1932), Perú (1933), Brasil (1934), Colombia (1936), El Salvador y Nicaragua (1939), Panamá y Cuba (1940), y México (1943), entre otros; en términos generales, estas disposiciones ordenan la participación tripartita —obreros, patrones y el Estado— del financiamiento de seguros y la creación de organismos con influencia estatal, para concretar estas prestaciones, las cuales implican atención médica a los trabajadores y su familia, asistencia social y económica a los mismos, etc.

No obstante el gran acierto de los seguros sociales, éstos abarcan a las personas que tienen un trabajo y que están afiliadas a algún sistema de seguridad social, por lo que quedan desprotegidos los desempleados y los no derechohabientes. Merced a ello, se inició una institucionalización de sistemas de salud para la población abierta.⁹⁵ Con lo anterior quedaron expuestos algunos aspectos de la *socialización* de la medicina.

Sin embargo, los médicos notaron que con la aplicación de los tratamientos clínicos tradicionales la morbilidad no disminuía considerablemente, por lo que formularon programas de protección para la salud de la población, principalmente en cuanto al control de las enfermedades infecciosas.⁹⁶

Durante la Revolución Alemana de 1848 se discutió si la medicina tenía características de una ciencia social, inspirada tal vez por el movimiento obrero. En ese mismo año los médicos clínicos hacían estudios sobre la influencia de los factores sociales en la génesis de las enfermedades, con lo que se empezó a utilizar el término de medicina social.⁹⁷

Como resultado de las investigaciones acerca de si los problemas médicos podían ser estudiados a partir de la ciencias sociales, Alfredo Grotjahn⁹⁷ aportó teorías, como las de la patología social y de la higiene social, lo cual tuvo una gran trascendencia para el desarrollo teórico de la medicina social del siglo XX.

Es importante citar lo afirmado por Gustavo Mayer en 1900 y por Landonzy en 1909:⁹⁸ “la medicina ha adquirido un carácter social que está relacionado con los problemas económicos del paciente y cuya finalidad es mantener, a través de la prevención, la capacidad de trabajo del individuo. Las responsabilidades del médico son, hoy en día, de carácter eminentemente social”. Por su parte, Landonzy afirmó: “el médico práctico no puede ya limitar su acción al estudio y tratamiento de la enfermedad; el conocimiento positivo que tenemos de la naturaleza humana y del medio en que vivimos nos capacita para aplicarlo al estudio de la organización de la vida social humana”.

⁹⁵ Este tema es tratado en el apartado: El derecho a la protección de la salud y la salubridad general de la República.

⁹⁶ San Martín H: *Salud y enfermedad*. 4ª ed. México, La Prensa Médica Mexicana, 1981:867.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 868.

⁹⁸ *Ídem*.

Estas ideas constituyeron el pilar para que a inicios de siglo se desarrollara la teoría de la medicina social y sus aplicaciones en la práctica y educación médicas.

Así, Hernán San Martín⁹⁹ indicó a principios de siglo que la medicina social había adquirido la categoría de ciencia especializada. En 1902 se fundó en Berlín la primera cátedra de medicina social.

En resumen, un motivo importante del nacimiento de la medicina social fue el reclamo de la clase obrera por los problemas de salud originados por la industrialización.

En este sentido, la ciencia médica no podía quedar al margen de los cambios sociales, pues sería absurdo que la medicina ignorara que sus nuevos conocimientos se aplicaran a una sociedad cuya estructura económica había cambiado notablemente. Fue así como surgió el concepto de medicina social, el cual no sólo se refiere a los seguros sociales, sino que abarca también la tarea del Estado, consistente en facilitarle a la población los medios adecuados y necesarios para proteger su salud.

FUENTES JURÍDICAS NACIONALES

Derecho azteca

Generalidades

El pueblo azteca, de lengua náhuatl, se asentó en el valle del Anáhuac aproximadamente a principios del siglo XIII. La historia señala que llegaron a Tenochtitlán tras un largo peregrinar desde la región de Aztlán. Su dios Huitzilopochtli les ordenó fundar la ciudad en el lugar donde encontraran a un águila devorando a una serpiente sobre un nopal.

Este pueblo fue guerrero y conquistador de diversos señoríos de la región; dominó todo el imperio mexica, que a partir de 1345 y durante más de 150 años fue la civilización más grande de Mesoamérica, ocupando más de una tercera parte del actual territorio mexicano, pues su reino abarcó desde la zona centro hasta los límites con la región sureste.

Su relación con otros pueblos se debió en gran medida al comercio y a los tributos. Los impuestos constituían un fondo para las funciones estatales. De estas relaciones nacieron los pochtecas, personas que viajaban por todo el territorio intercambiando sus productos con otros grupos sociales.¹⁰⁰ Ayudaron en materia tributaria espionando a los pueblos dominados e informando a la autoridad sobre

⁹⁹ *Ídem*.

qué impuestos podían ser exigidos, además de comunicarle lo acontecido más allá de sus fronteras.

Su religión fue eminentemente politeísta, adoptando un principio cosmológico personificado en diversos dioses. Tenían a la naturaleza y a la sociedad como una unidad. En este sentido, los hombres, los animales y los fenómenos naturales se concebían como elementos de un mismo universo.

Para ellos el bienestar común prevalecía sobre el individual. Así, la economía se sustentaba en la agricultura, asegurando un aprovisionamiento alimenticio, sin depender de las eventualidades de la caza.¹⁰¹

No les fue desconocida la organización social, integrada por las siguientes clases: los *macehualtin*, gente del pueblo en torno al *calpulli*,¹⁰² los *tlatacotin*, que eran esclavos, sin una condición permanente ni hereditaria; y los *pipiltin*, nobles que desempeñaban los altos cargos en el gobierno. Se permitía el acceso en las escalas sociales en busca de un desempeño de tales cargos, más que de riqueza. Los *macehualtin* y los *pipiltin* participaban en la organización estatal. Los primeros podían ocupar cargos públicos, según sus méritos.

Según López Austin,¹⁰³ el derecho mexica se fundamentó en su visión cosmogónica, es decir, el orden jurídico giraba en torno al cosmos, debido a la unidad que el hombre sentía con éste, que los había señalado como el pueblo elegido. La autoridad jurídica más importante fue el *tlatoani*, que además de la facultad legislativa nombraba a los funcionarios públicos y supervisaba sus obras colectivas. Asimismo, constituía el tribunal donde se dirimían las controversias de asuntos graves penados con la muerte. La participación de los sacerdotes fue importante, pues intervenían en la elección del *tlatoani*, en el nombramiento de funcionarios, en la resolución de asuntos administrativos y en la educación del pueblo.

Mendieta y Núñez¹⁰⁴ menciona la importancia que diversos autores le han dado a los reinos de México, Texcoco y Tacuba, por su dominio sobre distintas tribus.

Debido a su escasa estrategia militar, el reino de Tacuba era inferior a los otros dos; el botín de las conquistas lo repartían así: una quinta parte para Tacuba y el resto para Texcoco y México en partes iguales.

¹⁰⁰ Vaillant GC: *La civilización azteca*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1990:102.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰² Según Castillo Ferraras, era el conjunto de linajes o grupos de familias, que englobaba amigos y aliados. Se consideró una unidad económica, social, política y militar, con derechos de propiedad y obligaciones tributarias, festividades y símbolos religiosos propios. Repartía el trabajo común a fin de obtener impuestos y administraba los bienes sociales.

¹⁰³ Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario jurídico mexicano*. Tomo II.

¹⁰⁴ Mendieta y Núñez L: *El derecho precolonial*. México, Porrúa, 1992:35.

Organización judicial

En lo relacionado con la organización judicial, el rey nombraba a un magistrado supremo, quien resolvía en definitiva los asuntos penales. En las poblaciones alejadas se nombraba a otro magistrado de igual categoría, quien establecía en su territorio tribunales colegiados de menor rango, con capacidad para resolver asuntos penales y en definitiva los civiles.¹⁰⁵ La impartición de justicia correspondía a la autoridad, por lo que estaba prohibido, bajo pena de muerte, hacerse justicia por propia mano.

Así, en los procedimientos judiciales, predominantemente orales, se escuchaba primero al actor y luego al demandado. Un escribano tomaba nota, mediante jeroglíficos, de lo acontecido en estas comparecencias. Se admitían las pruebas confesional, documental y testimonial; las dos últimas consistían en pinturas donde se narraba el hecho. Se decretaba la pérdida de derechos civiles por la comisión de actos ilícitos abiertamente en contra de la sociedad. La penas, que eran muy severas, trataban siempre de acreditar la existencia del delito. Las sentencias eran notificadas por un pregonero y ejecutadas por el mismo tribunal.¹⁰⁶

Se fijó la competencia objetiva, pues los tribunales conocían los asuntos atendiendo a la materia, la cuantía, el territorio y el grado.

Aspectos médico-forenses

Algunos de los delitos relacionados con el ejercicio médico incluyeron:

- El aborto: era sancionado con pena de muerte a quien abortara y a quien proporcionara el abortivo; sin embargo, había mujeres dedicadas solamente a practicar abortos.
- La hechicería se castigó severamente, pues el autor era sacrificado con la apertura del pecho. Esto motivó a los médicos a olvidar diversas prácticas supersticiosas.
- El homicidio era castigado con pena de muerte, de acuerdo con la ley del Talión; por ejemplo, si alguien envenenaba debía morir envenenado. Antes había que determinar si se trataba de homicidio o de suicidio.

El infanticidio se castigaba con la muerte. Flores y Troncoso¹⁰⁷ citó una disposición: “la mujer preñada que lanzaba a la criatura moría por ello...” Antes se debía determinar si el producto nacía vivo o muerto, para poder acreditar los elementos del tipo.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 44, 46.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 142, 143.

¹⁰⁷ Flores y Troncoso FA: *Historia de la medicina en México*. Tomo I. México, IMSS, 1982:368.

Aspectos de la medicina

El principio clínico consistía en lo frío y lo caliente; por ello, las enfermedades, los órganos y los medicamentos eran fríos o calientes. Estas propiedades eran consideradas para la emisión de un diagnóstico o la prescripción de un tratamiento.

Las culturas mesoamericanas tuvieron diversas deidades relacionadas con la medicina, las cuales intervenían en la ginecología, la obstetricia, la patología, la pediatría, la terapéutica y la higiene.

- Tzapotlatenan era la diosa azteca de la medicina general y descubridora e inventora de muchas sustancias curativas. Nanahuatl atendía a los leprosos y Amimitl curaba los males estomacales.
- Quetzalcóatl —el hombre blanco y barbado, según los toltecas— predicó el amor a la divinidad y al trabajo convirtiéndose en su protector. Lo invocaban en las enfermedades originadas por el aire (reumatismos, corizas, rinitis, conjuntivitis, etc.) y las mujeres estériles le pedían fecundidad.
- La obstetricia azteca nació con Cihuacóatl, la primera mujer que parió y engendró siempre gemelos, representada al lado de un niño en un *cocolli* (cuna).
- Xochiquetzal era la diosa de las embarazadas. Chalchiutlicue, señora de las aguas, intervenía después del parto bañando al recién nacido.

Si los niños enfermaban, sus padres los llevaban al templo de Tlatecuin a beber el *tlilatl*, agua bendecida por los sacerdotes, y a suplicar la sanación. A Xoalticatl le encomendaban la vigilancia nocturna de los niños, pero si se trataba de los hijos de los nobles, entonces los encomendaban a Piltzinteuclli. De acuerdo con Sahún,¹⁰⁸ Centeotl era la diosa de la tierra, de la medicina y de las yerbas curativas. La adoraban los médicos, los cirujanos, los sangradores y las parteras que curaban con el *temazcalli* (baño medicinal); inclusive la llamaron Temazcatoci, “abuela de los baños”.

Los aztecas suponían que las enfermedades eran un castigo divino, lo cual era motivo para ofrecer súplicas y sacrificios en busca de la salud.

Cuando enfermaban los reyes cubrían con máscaras los rostros de Huitzilopochtli y Tezcatlipoca hasta que los reyes sanaran. Las mujeres buscaban la curación poniéndose al servicio del templo durante uno o dos años.

Los médicos también realizaban ceremonias religiosas, pues al preparar y aplicar sus remedios invocaban el auxilio de Tzapotlatenan para acertar en sus tratamientos.

De acuerdo con Sahún,¹⁰⁹ el ejercicio de la medicina se dividía en varias ramas. En efecto, existían los *tlama*, *tepali* o *ticitl* (médicos), los *texoxotla* (cirujanos),

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 38, 39.

los *tezoc*, *tezoani* o *teximani* (sangradores), los *papiani* o *panamacani* (boticarios), las *tlamaqui* o *temixinitiani* (parteras) y las mujeres que hacían abortar. No obstante esta división, algunos médicos con más conocimientos ejercían la mayoría de esas ramas, reduciendo luxaciones y fracturas, curando llagas y extirpando las carnosidades en las oftalmías.¹¹⁰

Cuando el médico no podía acertar en la patología le daba a beber al enfermo una poción a base de *xoxouhcapatli*, produciéndole una embriaguez que lo llevaba a dar a conocer su mal. Es importante aclarar que en estos supuestos la embriaguez no era punible.

Las embarazadas solicitaban con discursos honorables, mostrando respeto y veneración, los servicios de las parteras, cuya labor retribuían con regalos.

Los boticarios formaban su *pacalli* o *panamacoyan* (botica) con remedios hechos a base de yerbas recogidas en campos, bosques, montañas y desiertos, y los vendían en los *tianquiztli* (mercados).

Flores y Troncoso¹¹¹ narra que durante el reinado del hijo de Xóchitl se encontró a un niño blanco tirado en el cerro, a quien se dejó morir y se le pudrió la cabeza, los cual desprendió malos olores que produjeron la muerte de muchas personas. En 1450, como resultado de una terrible nevada, hubo una epidemia de pulmonía que se extendió hasta 1454, ocasionando demasiadas muertes.

Según apuntes de Las Casas,¹¹² entre 1518 y 1519 apareció la viruela, traída por un esclavo negro llamado Francisco Eguía, la cual causó la muerte de más de una tercera parte de la población indígena.

Debido al desconocimiento de esta enfermedad, fue imposible establecer medidas preventivas y administrar tratamientos adecuados. Para los aztecas no fue desconocida la noción de los hospitales, pues tenían lugares destinados al asilo de ancianos y enfermos, sostenidos con el sobrante de las cosechas.¹¹³ Hubo una estricta vigilancia de la salud pública. Incluso se penaba con muerte a los falsificantes de medidas y efectos de los alimentos y a los nobles caídos en la embriaguez. Se permitió la prostitución bajo una rigurosa regulación.¹¹⁴

Derecho novohispánico

Generalidades

A partir del descubrimiento de América los españoles, interesados por la riqueza de esta tierra, iniciaron la tarea de conquista. La resistencia por parte de los pue-

¹⁰⁹ Flores y Troncoso FA: *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁰ Inflamación del ojo con irritación constante.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 46.

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ Flores y Troncoso FA: *op. cit.*, P. 47.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 368–369.

blos nativos al sometimiento español dio lugar a que la Corona elaborara planes estratégicos suficientes para influir totalmente en la cultura de estos pueblos. Esta labor tuvo un gran apoyo de la Iglesia, el cual implicó la evangelización.

A efecto de tener una representatividad y vigilar el desarrollo de la conquista, el rey envió a diversos funcionarios encargados de ejecutar los mandatos emitidos por él. Así, se crearon instituciones *ad hoc* y se aplicaron las normas jurídicas hispánicas, con el fin de regular la vida de los conquistados. Sin embargo, el alto grado de civilización y el avance en materia jurídica de éstos suscitó que los españoles consideraran algunas de las disposiciones de los nativos, lo que después de un enfrentamiento de ordenamientos dio origen al nuevo orden jurídico: el derecho novohispánico.

Lo anterior fue una tarea difícil. Por un lado, los españoles ya radicados en América no tuvieron dificultad en adaptarse a la legislación, pues era la propia; algunos pueblos aborígenes se habituaron fácilmente a este fenómeno. Naturalmente, hubo quienes se opusieron a tal imposición, hasta el extremo de derramar sangre. En este sentido, la labor de la Iglesia fue importante para el convencimiento de los indígenas.

Para no apartarnos del tema, se revisarán los alcances legales de la práctica médica durante este periodo.

Sistema jurídico novohispánico

Este derecho se aplicó a situaciones no reguladas por el hispánico y tuvo vigencia en todo el territorio de la Nueva España, desde su creación, en 1531, hasta su extinción en 1821. El territorio estaba dividido en reinos, gobernaciones y provincias.

El reino de México comprendía las provincias de México, Michoacán, Oaxaca, Puebla y Tlaxcala. El de la Nueva Galicia integró a las provincias de Colima, Jalisco y Zacatecas. En 1580 surgió el Nuevo Reino de León.

Las gobernaciones eran la Nueva Vizcaya —con los actuales territorios de Durango y Chihuahua— y Yucatán —Yucatán, Tabasco y Campeche.¹¹⁵

A partir de 1786, el territorio se dividió en intendencias: Durango, Guadalajara, Guanajuato, Mérida, México, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Valladolid, Veracruz y Zacatecas. Esta división fue básica en la Federación Mexicana.¹¹⁶

Según Austin,¹¹⁷ el sistema jurídico de la Nueva España se constituyó por el conjunto de normas emitidas tanto por el legislador soberano como por los órganos creadas por él para dictarlas. El primero era representado por un individuo

¹¹⁵ Margadant FG: *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1971.

¹¹⁶ *Ídem*.

o por un grupo de individuos investidos con autoridad y su poder no dependía de alguna otra norma. Los segundos, legisladores delegados, estaban representados de la misma forma y sus facultades legislativas eran conferidas por el soberano.

Para explicar la conformación de la legislación imperante en este periodo se revisará el esquema planteado por María del Refugio González:¹¹⁸

- a. El punto de partida del derecho novohispánico fue el sistema jurídico de Castilla.
- b. Algunas disposiciones promulgadas para España tenían vigencia para el virreinato. También se aplicaba la legislación pontificia y conciliar decretada para España y los reinos cristianos.¹¹⁹
- c. Las disposiciones emitidas por las autoridades españolas, en ejercicio de su facultad delegada, eran de observancia obligatoria para la Nueva España, así como las bulas y algunas prescripciones pontificias dictadas para las Indias en general y aplicadas en el virreinato gracias al *exequatur*¹²⁰ otorgado por el rey por medio del Consejo de Indias.

El rey, jefe supremo, y el Real y Supremo Consejo de Indias eran órganos del gobierno novohispánico asentados en la península. Anterior a este Consejo estaba la Casa de Contratación de Sevilla, la cual regulaba el comercio ultramarino.

El Consejo de Indias fue creado en 1524; sus funcionarios fueron nombrados por el rey. Se encargaba de los asuntos civiles, comerciales, eclesiásticos y militares suscitados en la Nueva España. Sus resoluciones debían ser aprobadas por las dos terceras partes del total de sus miembros.

¹¹⁸ Antologías para la actualización de los profesores de enseñanza media superior. *Teoría General del Derecho, historia del derecho mexicano y derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, UNAM, p. 139.

¹¹⁸ Antologías para la actualización de los profesores de enseñanza media superior. *Teoría General del Derecho, historia del derecho mexicano y derecho constitucional mexicano*, cit., p. 140. Adaptamos este esquema, para una mejor comprensión.

¹¹⁹ La legislación pontificia consistía en bulas, breves y rescriptos promulgados para la Nueva España. El libro I de la Recopilación de Leyes de Indias trata del gobierno espiritual (Real Patronato, clérigos). Bula, según Joaquín Escriche, es la epístola pontificia que contiene decisiones del Papa, sobre algún asunto tratado con discusión. Dentro de las más importantes encontramos las expedidas por el Papa Alejandro VI (bulas alejandrinas). En ellas el pontífice encargaba a los reyes de Castilla la concesión de las islas y tierras descubiertas en el Atlántico navegando de occidente hacia las Indias. Esta concesión era retribuida con la cristianización de los nativos.

¹²⁰ Según el *Diccionario jurídico mexicano*, hasta el siglo XVIII el término *exequatur* se refería a la fórmula que ordenaba la ejecución de una sentencia extranjera. En este sentido, el rey utilizaba esta fórmula a través del Consejo de Indias, para que las disposiciones emitidas por el Papa tuviesen aplicación en América.

d. Las disposiciones emitidas por las autoridades locales en ejercicio de las facultades delegadas por el rey regulaban de la vida económica y social. Por parte de los españoles las podían emitir el virrey, el Real Acuerdo de la Audiencia, los alcaldes mayores, los corregidores, los cabildos, los capitanes generales y los tenientes de capitán general. Las autoridades indígenas competentes para dictarlas eran el gobernador y el cabildo. Las reglas emitidas por parte de la Iglesia local estaba a cargo de los arzobispos, los obispos y los cabildos eclesiásticos. En seguida se revisan brevemente algunas facultades de estas autoridades:

- El virrey era el representante del rey y el vicepatrono¹²¹ de la iglesia novohispánica. El primer virrey llegó en 1535. Tenía la facultad de dictar ordenanzas para regular la vida económica de este territorio, por ejemplo, administraba las rentas. También nombraba a empleados públicos, giraba aprehensiones y desterraba a los reos; tenía encomendada la protección y justicia de los indígenas y la defensa del territorio.¹²² En resumen, estaban a su cargo el gobierno civil y militar de la Nueva España, siempre subordinado al rey.
- Respecto a la Real Audiencia, la cual funcionó desde 1528, se conformaba por tribunales de justicia competentes para resolver, en última instancia, algunos asuntos civiles y eclesiásticos. Estos tribunales estaban integrados por cinco oidores, que eran personas conocedoras de las leyes. Revisaban los actos del virrey y, en ausencia de éste, ejercían los actos de gobierno. Funcionaron las siguientes Reales Audiencias: la de México, la de Nueva Galicia y la de Guadalajara.

¹²¹ El patronato real tiene origen medieval. Según el *Diccionario jurídico mexicano*, consistía en el derecho de presentar al obispo ministros idóneos para la Iglesia, el cual adquiría el que presentaba o su antecesor por haber fundado, edificado, dotado o aumentado alguna iglesia con el consentimiento del obispo. En el virreinato este patronato se ejercía por bulas. Entre las más importantes están las expedidas por el Papa Alejandro VI, llamadas bulas alejandrinas. La intercaetera facultaba al rey para seleccionar a los misioneros que divulgaban la fe cristiana en los pueblos conquistados; otra, la *eximiae devotionis*, expedida el 3 de mayo de 1493, le cedía a los reyes los mismos privilegios que el Papa Nicolás V le concedió a Enrique de Portugal, El Navegante, a través de la *bula romanus pontifex*, en la que se le permitía combatir a los enemigos de la fe o bien convertirlos y se le confería el derecho a erigir iglesias u oratorios y a elegir misioneros. Jiménez Fernández, en el diccionario en cita, señala que este patronato, antes de 1580, era una institución por la cual el Papa delegó a los reyes de Castilla la jurisdicción de materia canónica a cambio de que éstos cristianizaran a los nativos.

¹²² Originalmente esta protección, en materia civil y penal, fue instaurada por Carlos I en 1539. Debido al gran beneficio otorgado, en 1574 se creó el Juzgado General de Indios, bajo jurisdicción virreinal. Sus facultades se extendieron a toda la Nueva España, sirviendo de modelo para otros pueblos americanos.

- El virrey y la audiencia fueron los dos órganos de mayor jerarquía destinados por la Corona a los nuevos territorios.
- Los alcaldes mayores y los corregidores representaban el gobierno provincial. Ejercían funciones gubernativas y judiciales, en carácter de primera instancia en asuntos civiles y penales. Ordenaban el cumplimiento de las disposiciones emitidas por las autoridades superiores y también se encargaban de la hacienda. Realmente estos funcionarios ejercían en las provincias menores, pues en las mayores debían estar un capitán general o una audiencia, según ordenaba la legislación indiana.
- Por último, los cabildos o concejos estaban integrados por regidores, fieles ejecutores, alguaciles mayores, escribanos y alcaldes ordinarios. Resolvían asuntos cotidianos de su jurisdicción, tales como los de obras públicas, montes, comercio y servicios públicos de la localidad, así como asuntos de salud pública. Su estructura era similar a la del régimen municipal español.
- El gobierno municipal era ejercido por los cabildos, españoles e indígenas, quienes tenían su propio sistema de elección, y su número variaba atendiendo a sus necesidades.
- e. Se conservaron las leyes y costumbres de los nativos dictadas con anterioridad a la Conquista y que no iban en contra de la Iglesia católica.
- f. La costumbre, que sin ser formalmente una importante fuente, adquirió gran trascendencia en la práctica judicial, pues además de originar diversas disposiciones sirvió para colmar diversas lagunas de la ley.

García-Gallo¹²³ denominó derecho común a las disposiciones de los apartados a, b y c, y derecho especial a las de los apartados d, e y f.

El derecho positivo se integraba con los códigos españoles, las reales cédulas, las reales órdenes, los mandamientos de gobernación, los autos acordados, las leyes y las ordenanzas.

Debido al número de estos ordenamientos no siempre les fue fácil saber a qué disposición someterse. Para subsanar tal situación, la metrópoli, el Consejo y las autoridades locales iniciaron la tarea de recopilación.

Al efecto, se promulgó la *Nueva recopilación*, consistente en una colección de leyes de carácter oficial, ordenada según el modelo romano. Esto es, se reprodujeron la parte dispositiva de los cuerpos normativos recopilados, explicando al inicio su contenido e indicando la *data*, es decir, el nombre de quien había dictado la disposición y la fecha. Fue iniciada en el reinado de Felipe II, en 1570, y concluida bajo el gobierno de Carlos II, con el nombre de *Recopilación de las leyes*

¹²³ Antologías para la actualización de los profesores de enseñanza media superior. *Teoría general del derecho, Historia del derecho mexicano y Derecho constitucional mexicano*. Op. cit., p. 140.

de estos reinos. Constaba de nueve libros, que contenían las leyes y ordenanzas promulgadas de 1484 a 1567, entre otras, las Leyes de Toro y algunas disposiciones del Ordenamiento de Montalvo y del *Libro de las bulas*.

A principios del siglo XIX, con el propósito de sistematizar el conjunto de normas jurídicas de la época, se promulgó por decreto del rey Carlos IV la *Novísima recopilación de las leyes de España*, elaborada por Juan de la Reguera y Valdellomar. Esta recopilación, dividida en 12 libros, reunía disposiciones ya contempladas en la de Felipe II, además de la legislación promulgada por los Borbones durante el siglo XVIII.

Derecho de los fueros

La impartición de la justicia estaba sujeta a un régimen de fueros, atendiendo a la materia o a las partes del litigio. Además, no existió igualdad entre las partes, pues la distinción entre españoles y nativos era muy notoria. En efecto, para la aplicación de la norma se consideraban los siguientes factores: lugar de nacimiento, origen, religión, estrato social, sexo, grupo étnico y ocupación. Para ello se crearon, además de los ordinarios, los tribunales especiales, especializados y de consigna. Los tribunales ordinarios, creados por la ley, se caracterizaban por la permanencia de sus funciones y la posibilidad de tener injerencia válida en un número indeterminado de negocios que correspondieran al ámbito de su competencia.

Los tribunales especiales eran creados mediante un acto jurídico *sui generis*, determinándose sus funciones y su competencia, fuera por la materia o por las personas. Entre los más importantes se pueden mencionar la Acordada, establecido para perseguir y castigar los delitos cometidos en despoblado; el consulado, tribunal foral de los comerciantes; los diversos tribunales eclesiásticos; el Juzgador General de Indios; el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que seguía los delitos contra la fe; la Mesta tribunal de los ganaderos; los tribunales militares; el Tribunal de Minería; los tribunales de la Real Hacienda; y el Tribunal de la Real Pontificia Universidad de México y el Real Tribunal del Protomedicato, con competencia en los asuntos de la enseñanza y el ejercicio de la medicina.

Los tribunales especializados tenían semejanza con los dos anteriores, pues se creaban por voluntad de la ley y su competencia era limitada, ya atendiendo a las partes o ya a la materia.

Por último, los tribunales por consigna se caracterizaban por su competencia limitada y transitoria, pues se creaban sólo para conocer asuntos concretos. Una vez solucionada la controversia los tribunales eran disueltos.

Real Tribunal del Protomedicato

Fue el órgano competente para regular el ejercicio y la enseñanza de la medicina, así como para resolver las controversias que se suscitaban de ella.

Según el Dr. Manuel de Jesús Febles, último presidente de este organismo, el tribunal inició funciones en 1630, con el Dr. Don Pedro López como primer protomédico. Su sede inicial fue el Palacio de los Virreyes (hoy Palacio Nacional). A partir del 18 de febrero de 1646 fueron tres los protomédicos que conformaban el tribunal. A continuación se brindan algunos datos del perfil que debían cubrir.

La Corona siempre pretendía que fueran hombres de gran ciencia y experiencia, estableciendo que fueran catedráticos de la universidad (ley 3ª, libro 5º, título 6º del tomo 2 de la Recopilación ordenada acerca de que los catedráticos de medicina fueran los protomédicos).

Por cédula del 18 de febrero de 1646, el rey disponía que el presidente del tribunal, protomédico perpetuo, fuera el catedrático de prima de medicina de la Universidad; que el segundo protomédico fuera el decano de la facultad; y el tercero fuera nombrado por el virrey entre los doctores de medicina más destacados de la universidad. Los protomédicos tenían prohibido recibir dádivas.

Una vez transcurridos cinco años los protomédicos tenían la obligación de ir a Madrid a solicitarle al rey la confirmación de su nombramiento. Sus ausencias eran suplidas por los alcaldes examinadores.

Los funcionarios subalternos incluían al asesor (encargado de lo relativo a la legislación y de proponer iniciativas de ley), el fiscal (promovía los asuntos de intereses de la profesión y de la salud pública), el notario (quien autorizaba todos los actos del tribunal) y el portero (realizaba las citaciones y ordenada los expedientes).

Por otro lado, a partir de 1630 se ejerció una jurisdicción privativa, incluyendo asuntos económicos, gubernativos y contenciosos de la profesión, de la enseñanza o ejercicio de la misma, de la salubridad pública, de la policía médica y de la administración de la justicia en el ramo.

Por cédula de Felipe IV, del 9 de junio de 1646, su jurisdicción comprendía cinco leguas alrededor de la capital.

Ya en 1630, el tribunal examinaba las carreras de médico, cirujano, flebotomiano y farmacéutico. En el siglo XVIII se agregaron las de cirujano latino, cirujano romanicista y partera, pero en el siglo XIX se sumaron las de barbero, dentista, algebia y hernista.

El examen para obtener el título de la profesión era aplicado por los tres protomédicos en dos días consecutivos. El primer día, en la tarde, se efectuaba el examen teórico. A la mañana del siguiente día se iniciaba el examen práctico, realizando exploración física al paciente y administrándole algunos medicamentos; el examen concluía la tarde del mismo día, en las oficinas del tribunal.

Los estudios duraban aproximadamente 10 años: ocho de estudios universitarios y dos de práctica.

A finales del siglo XVII los aspirantes al examen de médicos cubrían los siguientes requisitos:

- Probanzas de limpieza de sangre; es decir, que los aspirantes contaran con constancias de que no eran producto de mezcla con moros, judíos, negros o chinos.
- Que no fueran esclavos o descendientes de ellos.
- Certificado de ser cristiano.
- Fe de bautismo de él y de sus padres.
- Constancia de bachiller en medicina.
- Certificado que acreditara su práctica médica, durante dos años, al lado de un médico aprobado por el Real Tribunal.

Para obtener el título de cirujano latino o universitario debía comparecer ante el Protomedicato y acreditar que era “cristiano viejo, limpio de sangre”, hijo legítimo y de buenas costumbres, así como haber cursado los estudios universitarios y los de práctica al lado de un médico aprobado por el tribunal o un cirujano del hospital. Una vez establecidas las escuelas de botánica y cirugía se exigía la asistencia a sus cursos.

Para ser cirujano romanicista, antes del establecimiento de la Escuela de Cirugía, se debía acreditar ante el Protomedicato ser “cristiano viejo” y presentar un certificado de práctica de cinco años en álgebra y cirugía al lado de médicos aprobados por el tribunal o pertenecientes al hospital y un certificado de curso de gramática (latín). Al tener lugar la Escuela de Cirugía, el virrey, por bando del 10 de abril de 1770, y con acuerdo del Protomedicato, estableció como requisitos: un certificado de asistencia a cuatro cursos, cuatro años de práctica al lado de sus profesores y la presentación de un examen de dos días para demostrar aptitudes.

Para ser flebotomiano no era necesario realizar estudios; sólo se presentaba un examen de cirugías menores. El sustentante debía acreditar que era católico y la práctica en su ramo durante cuatro años al lado de un profesor aprobado por el tribunal.

Los barberos hacían un examen para demostrar sus conocimientos acerca de angiología, extracción de sangre y de piezas dentales, ventosas, sanguijuelas y vejigatorios.

Al principio las parteras ejercían su oficio de manera empírica, pues no realizaban estudios ni exámenes; pero en 1750 Fernando VI dispuso que, aun cuando no cursaran estudios, debían presentar exámenes prácticos. A pesar de dicha disposición, pocas fueron las que sustentaban el examen y muchas las que ejercían. Los requisitos para presentar el examen incluían fe de bautismo, acreditación de “limpieza de sangre” y buenas costumbres, certificado de práctica de tres o cuatro años al lado de un cirujano o partera aprobados y ser casada o viuda.

Los requisitos a cubrir para obtener el título de boticario incluían certificado de estudios de latín, edad de 25 años, fe de bautismo, acreditación de “limpieza de sangre”, certificado de estudios de botánica, acreditación práctica de cuatro

años al lado de un farmacéutico aprobado por el tribunal y conforme a la farmacopea Palacios, y constancia de ciudadanía y buenas costumbres.

Debido a la promulgación de la Constitución de Cádiz, que debía ser observada en todas las colonias, se restringieron las funciones del Protomedicato, ya que no resolvió las controversias, sino que sólo fue competente para conocer la enseñanza y el ejercicio de la medicina.

Los últimos protomédicos fueron el Dr. D. Manuel de Jesús Febles, presidente, el Dr. D. Casimiro Liceaga y el Dr. D. Joaquín Guerra.¹²⁴

El 21 de noviembre de 1831 fue expedido el decreto que extinguió al Real Tribunal del Protomedicato y creaba a la Facultad Médica del Distrito, que funcionó como junta examinadora.

Disposiciones relativas a la enseñanza y ejercicio de la medicina

El 31 de diciembre de 1719, el virrey Valero estableció la enseñanza de las clínicas.¹²⁵

El Tribunal del Protomedicato prohibió a los facultativos, por auto de 1742, la admisión de aprendices que no se hubieren inscrito antes en él.

Mediante una cédula del 20 de mayo de 1768, Carlos III creó la Real Escuela de Cirugía, la cual constituyó un avance importante en la enseñanza de esta área.

Los referentes a dicho ejercicio incluyen:

- Antonio Bucareli y Ursúa, mediante la circular número 2522 de noviembre de 1772, previno la práctica de operación cesárea a las mujeres que hubieren muerto embarazadas, ordenando a los facultativos a efectuarlas; los padres, esposo o parientes de esas mujeres estaban obligados a dar el aviso inmediato.
- En 1774 se prohibió a los facultativos extranjeros ejercer la profesión si carecían de la real licencia, bajo pena de expulsión del reino.
- El 14 de mayo de 1777 Bucareli publicó el bando en que prevenía a los cirujanos acudir prontamente y sin necesidad de orden judicial a atender a los heridos y dar aviso a los jueces reales en la primeras ocho horas siguientes a la primera curación. En 1793 y 1794 el conde de Revillagigedo declaró la vigencia de esta disposición, dándola a conocer al Protomedicato para notificar a los médicos, cirujanos, boticarios y parteras, ordenando comparecer ante los tribunales cuando para ello fueren requeridos. En 1834 y 1843 se estableció la observancia obligatoria de estas disposiciones.¹²⁶
- En 1787 Carlos III ordenó que a las ciencias médicas se les considerara y respetara como a todas las demás y que a la medicina se le diera “la estima-

¹²⁴ Flores y Troncoso FA: *op. cit.*, T. II, p. 190.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 432.

ción y aprecio que por su objeto se merece, elevándola al grado e igualdad de las que tienen el nombre de mayores, por no ser menos útil que ellas al Estado y contener en sí la noble calidad de científicas”.¹²⁷ En 1825 se ordenó dar las mismas consideraciones a los cirujanos que a los médicos.

En el decreto que extinguía al Tribunal del Protomedicato se dispuso que los facultativos extranjeros no podrían ejercer como médicos, cirujanos o farmacéuticos si no cumplían el requisito del examen general.

México independiente

Codificación sanitaria

Según se ha visto, en el derecho azteca y en el novohispánico ya existían disposiciones jurídicas relativas a la salud pública y al ejercicio de la medicina. Además, en la antigua Roma se expresaba que *salus populi suprema lex est*, “la salud pública ha de ser la suprema ley”.

A partir de la época independiente la salud empezó a regularse constitucionalmente, aunque no de forma sistematizada.

Así, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana se le atribuyó al Supremo Congreso “aprobar los reglamentos que se dirijan a la sanidad de los ciudadanos...”.

Aun cuando en la Constitución de 1824 no se hizo referencia a la materia de salubridad pública, se podía interpretar, según su artículo 161, que al no estar reservada a la Federación se entendía que estaba atribuida a los estados. Lo mismo sucedió con la norma constitucional de 1857.

Emanada de la Constitución centralista de 1836, la ley sexta, artículo 25, disponía, entre otras materias de competencia para los ayuntamientos, la de la Policía de salubridad, pues eran los encargados de cuidar del bienestar común. En el texto constitucional de 1843 se estableció en el artículo 134 que las Asambleas Departamentales tendrían a su cargo la salubridad pública y lo relativo a conservarla. Esta disposición apareció nuevamente en el Estatuto Orgánico Provisional de la República, en 1856, pero otorgando dicha facultad a los gobernadores.

Hasta antes de febrero de 1861, al expedirse las Leyes de Reforma, le correspondía a la Iglesia la administración de hospitales, casas de beneficencia, hospicios y demás establecimientos destinados a prestar servicios médicos y asistenciales, los cuales pasaron a poder del Estado, por lo que fue necesario que éste creara organismos *ad hoc* a fin de proporcionar esos servicios a la población.

¹²⁶ Flores y Troncoso FA: *op. cit.*, T. II, p. 433.

¹²⁷ *Idem.*

En virtud de las funciones estatales en materia de salubridad pública, el 15 de julio de 1891 se promulgó el segundo Código sanitario.¹²⁸

Con fundamento en ese código se crearon el Consejo de Salubridad en el Distrito Federal y las Juntas de Salubridad de los Estados.¹²⁹

El consejo tenía competencia para la vigilancia sanitaria de panteones, mercados y hospicios, así como de los alimentos y medicamentos; regulación de actividades de vacunación, estadística, reglamentación del personal sanitario y de asuntos jurídicos, entre otras materias.

Las juntas se encargaban del control farmacéutico, la higiene pública, las campañas locales de vacunación, la evaluación de los médicos cirujanos y la administración de hospitales y hospicios.

Debido a la actividad en esta materia, se expidieron los siguientes códigos sanitarios, uno el 10 de septiembre de 1894 y otro el 30 de diciembre de 1902.

En razón de que la Federación no tenía, expresamente, facultades constitucionales en el campo de la salubridad pública, el 12 de noviembre de 1908 se reformó la fracción XXI del artículo 72 de la entonces vigente Constitución de 1857, permitiendo que el Legislativo federal dictara leyes en materia de salubridad general de la República. En un principio la iniciativa proponía que se facultara al Congreso para legislar sobre salubridad pública de las costas y fronteras; como este artículo constitucional ya señalaba, entre otras materias, la emigración, inmigración y la nueva prerrogativa —en costas y fronteras—, estaban acorde con ello.

Sin embargo, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados modificó la redacción de la iniciativa, quedando como “salubridad general de la República”, pues el concepto “permite dictar medidas trascendentales” evita discusiones interminables sobre el radio de acción de los poderes federales en materia de salubridad pública.¹³⁰

Así, en el proyecto constitucional de 1917 el Dr. José María Rodríguez, diputado por Coahuila, presentó una adición a la fracción XVI del artículo 73:¹³¹

1. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán de observancia obligatoria en el país.

¹²⁸ Algunos autores afirman que éste fue el primer código sanitario; sin embargo, Flores y Troncoso señala que el primero lo promulgó Nezahualcóyotl: Francisco de Asís Flores y Troncoso: *Historia de la Medicina en México*. t. I. *op. cit.*, p. 492.

¹²⁹ Según afirma Diego Valadés, en Soberón AG et al.: *Derecho constitucional a la protección de la salud*. Porrúa, México, 1983:99.

¹³⁰ Octavio Casa Madrid Mata: *El derecho a la protección de la salud y el estado de justicia*. Obra inédita. México, 1996:8.

¹³¹ Este artículo tenía el mismo texto de la fracción XXI del artículo 72 de la Constitución de 1857.

2. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Ejecutivo.
3. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.
4. Las medidas que el Departamento de Salubridad haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza y que sean resorte del Congreso serán después revisadas por el Congreso de la Unión.

La adición fue aprobada, pero en vez de mencionar un Departamento de Salubridad se estableció un Consejo de Salubridad General.

Posteriormente se expidieron los demás códigos sanitarios: marzo de 1926, agosto de 1934, diciembre de 1949, diciembre de 1954 y marzo de 1973 —éste fue el último código promulgado.

El 3 de febrero de 1983 se publicó la adición al artículo 4º constitucional:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo dispone la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

Es importante referir algunos datos de la iniciativa de esta reforma.

Las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Salubridad, del Senado, afirmaron, en relación con el nuevo derecho, que las garantías son “privilegios de los gobernados que de ninguna forma pueden ser alterados o perturbados por la autoridad pública, de cualquier nivel de que se trate; constituyen el ámbito de prerrogativas fundamentales que debe respetar el Estado y en algunos casos promover la actuación constante y oportuna de éste para otorgarles plena observancia”.¹³²

Así, se entiende que el derecho a la protección de la salud es un derecho de crédito, pues pertenece a la segunda generación,¹³³ es decir, a los económico-sociales y culturales, que se caracterizan por tener al Estado como sujeto pasivo, ya que el derecho a la protección de la salud no es un derecho frente o contra el Estado, pues éste se obliga a establecer distintos servicios, cuyo requerimiento está en favor del gobernado, quedando entonces a cargo del ente público la institucionalización, la ampliación de su cobertura y la definición de bases en beneficio de la población.

Merced a ello, y considerando que se trata de un derecho de crédito, es decir, de garantías otorgadas por el Estado —que no se refieren a la reglamentación de

¹³² Casa Madrid MO: *El derecho a la protección de la salud y el estado de justicia*. Op. cit., p. 9.

¹³³ De acuerdo con la clasificación de los derechos humanos.

actos de la naturaleza—, el Constituyente Permanente no adicionó el término propuesto por la Organización de las Naciones Unidas, *derecho a la salud*, sino el de *derecho a la protección de la salud*, lo que convirtió al Estado en garante de esta prerrogativa, debiendo instaurar y definir las modalidades para el acceso a los servicios de salud.

Derecho a la protección de la salud y la salubridad general de la República

En 1983 se elevó a rango constitucional el derecho a la protección de la salud, consolidándose en el artículo 4º de la Ley Fundamental, por lo que el Estado es el garante de esta facultad. Es importante precisar la naturaleza de este derecho constitucional.

Si las garantías consagradas en la Constitución forman parte de los derechos humanos, habría que revisar la clasificación en generaciones que de ellos ha realizado la doctrina, atendiendo al momento histórico de su origen.

Entre los derechos de la primera generación se encuentran los denominados “civiles y políticos”, los cuales debían ser respetados por el Estado, es decir, el poder público se obligaba a no intervenir en los derechos que protegen la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica.

Los de la segunda generación tienen un contenido económico, político y cultural. En esta etapa el Estado se convierte en un instrumento al servicio de las personas bajo su tutela, actitud desconocida en el individualismo; se consideran dentro de esta clase el derecho al trabajo, a la educación, a la protección de la salud, etc. Estos derechos se consideran créditos en favor del gobernado, pues si el Estado se obliga a instituir diversos servicios, el particular ha de aprovecharlos.

Por último, los de la tercera generación, conocidos también como derechos de la solidaridad, no tienen como titular sólo al individuo, sino a la colectividad. Como ejemplo de ellos están el derecho a la paz y a un medio ambiente adecuado.

Por lo tanto, el derecho a la protección de la salud, al ubicarse dentro de los derechos de la segunda generación, es de crédito, pues el gobernado ha de beneficiarse con el servicio que el Estado ha de proporcionarle; en relación con ello, Casa Madrid Mata¹³⁴ señala que el Estado, por su parte, se encuentra obligado primero a su institucionalización, luego a la ampliación de su cobertura y paralelamente a la definición de contenidos mínimos en beneficio de la población.

Un acierto de esta adición constitucional es la oportunidad de que la población no afiliada a un sistema de seguridad social tenga acceso a los servicios de salud y pueda demandar esa prestación al Estado.

¹³⁴ Casa Madrid MO: *El derecho a la protección de la salud y el estado de justicia*. México, 1996:3.

De acuerdo con lo anterior, al establecer que “toda persona” tiene ese derecho no limita que la garantía sea sólo para los mexicanos, sino que también se extiende a los extranjeros, principio acorde a lo dispuesto por el artículo 1º constitucional.¹³⁵

Asimismo, es necesario definir los actos protectores de la salud; según la definición del derecho sanitario aportada por Casa Madrid Mata, en estricto sentido, son la acción sanitaria, la atención médica y la asistencia social. La clasificación *stricto sensu* obedece fundamentalmente a las características que la Organización Mundial de la Salud ha señalado para la salud: estado de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad.

De ello se desprende que para llegar a un estado de salud han de considerarse los factores del entorno social: vivienda decorosa, medio ambiente adecuado, trabajo digno, etc.

Las finalidades del derecho a la protección de la salud, en términos del artículo 2º de su ley reglamentaria, incluyen:

- El bienestar físico y mental del hombre.
- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana.
- La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social.
- La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.
- El disfrute de los servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.
- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Ahora bien, la garantía constitucional también establece que han de definirse las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud; el artículo 23 de la Ley General de Salud define esos servicios como “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”. Dichos servicios se clasifican en tres tipos: atención médica, salud pública y asistencia social.

A mayor abundamiento, el artículo 27 de la misma ley precisa que son servicios básicos de salud:

¹³⁵ En lo que se refiere a que “todo individuo gozará de las facultades que otorga esta Constitución”.

- La educación para la salud.
- La promoción del saneamiento básico.
- La atención al medio.
- La prevención y el control de enfermedades y accidentes.
- La atención médica.
- La atención materno–infantil.
- La planificación familiar.
- La salud mental.
- La atención bucodental.
- La disponibilidad de insumos.
- La atención a la nutrición.
- La asistencia social a los grupos vulnerables.

Además, este derecho es un criterio legitimador, pues si los actos, no sólo del ente público sino también de los particulares, se dirigen al cumplimiento de ese fin reconocido por el Estado, serán lícitos. Merced a la garantía consagrada, el Estado observará las siguientes actividades:

- Establecimiento de un Sistema Nacional de Salud.
- Descentralización de los servicios de salud.
- Determinación de los servicios esenciales.
- Determinación de grupos vulnerables.
- Régimen de policía sanitaria.
- Reordenación jurídica.

La garantía objeto de este capítulo dispone también la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

De conformidad con el artículo 124 constitucional, las facultades no expresamente concedidas a los funcionarios federales se entiende que están reservadas a las entidades federativas, por lo que es necesario precisar cuáles han sido otorgadas a aquéllos. Al enunciar las facultades del Congreso General, el artículo 73 de la Constitución Federal dispone en la fracción XVI que es de su competencia dictar leyes en materia de salubridad general de la República.

Al efecto, el artículo 3º de la Ley General de Salud define las actividades en materia de salubridad general. Entre las más importantes se encuentran la atención médica, la planificación familiar, la organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; la coordinación de la investigación para la salud; el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.

Según se ha comentado, en un principio las entidades federativas tenían las atribuciones en materia de salubridad general; sin embargo, desde finales del siglo pasado el Poder Federal hace suyas esas facultades.

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 4º constitucional, en lo que se refiere a la concurrencia de la Federación y los estados, la Ley General de Salud establece como estrategia operativa la descentralización, para permitir que los niveles de gobierno —federal, estatal y municipal— participen activamente en la prestación de este servicio.

Además de esa estrategia, la misma ley ordena la consolidación del Sistema Nacional de Salud, permitiendo la intervención de los sectores público, privado y social, para lograr la ampliación de cobertura y la mejoría de los servicios.

Para evitar el conflicto de competencias en materia de salubridad general entre la Federación y las entidades federativas, el artículo 13 de la Ley General de Salud precisa las actividades que a cada uno de estos niveles de gobierno corresponden.

En términos generales, la Federación se reserva la facultad, conforme al artículo 73 constitucional, de legislar en esta materia, además de la coordinación del Sistema Nacional de Salud y la supervisión general.

Para apoyar la descentralización, en los artículos 19 y 21 de la Ley General de Salud se fijan las bases para la celebración de acuerdos de coordinación entre la Federación y los estados, que permitirán que éstos operen los servicios de las actividades materia de salubridad general reservadas para aquella, observando siempre lo dispuesto por la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Federal.

Merced a ello, el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, celebró el 20 de agosto de 1996 el Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud.¹³⁶

Así, y como ejemplo el caso de nuestra entidad federativa, en la misma fecha el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud y el Gobierno del Estado de Hidalgo, suscribió el Acuerdo de Coordinación para la Descentralización Integral de los Servicios de Salud en el Estado, con el objeto de establecer bases, compromisos y responsabilidades de las partes para la organización, descentralización de los servicios, operación de éstos y la transferencia de los recursos humanos, materiales y financieros que permitan al Gobierno Estatal la autonomía en el ejercicio de las facultades que le otorga la Ley General de Salud.¹³⁷ Asimismo, mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado publicada en el *Periódico Oficial del Estado* del 28 de febrero de 2005, se creó la Secretaría de Salud Estatal para ejercer las tareas rectoras y los actos de autoridad sanitaria.

¹³⁶ Este Acuerdo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de septiembre de 1996.

¹³⁸ En este acuerdo, que se publicó en el *Periódico Oficial de Estado* del 18 de noviembre de 1996, se descentraliza la operación de 10 actividades en materia de salubridad general.

Fundamentación filosófica general

A manera de introducción, hay que recordar algunos aspectos de *La República*, de Platón, que señala que toda sociedad política bien constituida estará integrada por diversas clases de personas. Entre ellas se encontraban las dedicadas a las artes serviles,¹ que Platón calificaba como deformes de cuerpo e innobles de espíritu; no eran personas libres, sino esclavas. En cambio, quienes ejercían las artes liberales —aritmética, música o astronomía— eran hombres libres, que debían gozar de salud corporal y espiritual para cumplir, entre otros deberes, con defender a la ciudad de amenazas externas e imponer el orden y la paz en los conflictos internos. De este estrato habrían de surgir los futuros gobernantes, quienes con la condición de filósofos lograrían dominar la dialéctica y podrían diferenciar lo bueno de lo malo y lo justo de lo injusto, y los criterios que transmitirían a su comunidad.

Cabe aclarar que el gobernante imponía los valores al pueblo, es decir, tenía el matiz de soberano absolutista. Los habitantes de la ciudad gozaban sólo de las libertades que el gobernante les concedía. En este sentido, si los miembros de la sociedad cumplían con el orden moral, no obedecían a su libre albedrío, sino a la imposición por el soberano, quién así fomentaba la libertad de su pueblo.

Diego Gracia² asemeja esta situación a la relación médico–paciente; el médico ocupa el lugar del soberano y el paciente el del pueblo, ilustrando de esta forma, la autoridad que tradicionalmente ha tenido el facultativo sobre el enfermo.

¹ Agricultura, albañilería carpintería, etc.

² Gracia D: *La Bioética Médica*, boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, año 69, 1990;108(5–6):375.

En la época del medievo la distinción entre lo bueno y lo malo giraba en torno al “orden”. Luego entonces, todo desorden de la naturaleza o de la actividad humana se consideraba malo. Aplicado este criterio a la práctica médica, la relación médico–paciente, en tanto relación social, se debía realizar según un orden.

En este sentido, el médico pretendía restituir el “orden” al paciente, es decir, su deber era “hacer el bien”, un bien “objetivo”, que le imponía al enfermo aun contra su voluntad. Si bien el paciente podía considerar que lo realizado por el médico no era bueno, ello obedecía a un error “subjetivo” que nunca estaría por encima de lo “objetivo” del médico. En este caso, el experto en el “orden” era el médico; el orden legitimaba su actuar, aun cuando el paciente no lo aceptara. Así, además de ser el perito técnico, el médico también tenía la autoridad moral sobre el enfermo.

Sin embargo, estas relaciones verticales, paternalistas y monárquicas cambiaron al surgir una nueva etapa en la que el individuo adquirió mayor participación social.

En el medievo se imponía un orden; en la nueva época se habla de “autonomía” o bien de “orden moral”. Así, de una sociedad individualista se pasa a una sociedad pluralista. En ésta, la persona adquiere un derecho “de opinión” y empieza a tener mayor participación en la relación con el poder y con los demás individuos.

A mayor abundamiento en esta nueva forma de relación social, la “autonomía moral” origina que los individuos tengan opiniones distintas en lo político, en lo religioso y en lo moral; de esta forma la sociedad adquiere la característica de conflictiva. A fin de respetar esa “autonomía moral” la sociedad hubo de convertirse en pluralista, esto es, al haber opiniones encontradas, los individuos, además de luchar por defender sus criterios, se comprometerán a respetar el de los demás. Esta sociedad también será secularizada, pues es imposible uniformar los criterios religiosos. Estas características prevalecen en la relación médico–paciente; veamos por qué:

- Al prestar su servicio, el médico actúa con un criterio moral de “beneficencia”; por otra parte, el paciente tiene la “libertad moral” o “autonomía”;³ ilustrémoslo con un ejemplo:
Un paciente que pertenece a la secta de los Testigos de Jehová sufre un accidente y el tratamiento idóneo consiste en una transfusión sanguínea; el familiar se opone a esta medida terapéutica, argumentando que sus principios religiosos le prohíben recibir transfusiones.
- Cuando ambas partes —médico y paciente—⁴ defienden sus criterios se origina un conflicto, el cual ha de ser pluralista, por lo que se respetará la “au-

³ *Ibídem*, p. 377.

tonomía” de los demás; sin embargo, existen salvedades en este sentido, pues sobre esa autonomía prevalecen la ley y el orden público.

Volviendo al ejemplo, son notorias las características enunciadas: conflictiva, pluralista y secularizada.

Respecto al origen del conflicto, es importante señalar los criterios de quienes intervienen en la atención médica. Es cierto que tienen participación terceras personas: el Estado, los directivos de los hospitales y los propietarios de los establecimientos; ellos se identifican como “la sociedad”. A los familiares, como actúan en representación del enfermo, los incluiremos en él.

Así, el médico interviene con un criterio de beneficencia, el paciente defiende su principio de autonomía y la sociedad se guía por el principio de justicia.⁵

Los tres principios son importantes y se relacionan entre sí. El médico al defender su principio no respeta totalmente el del paciente, lo cual repercute en el de la sociedad.

Por lo tanto, para determinar el criterio que ha de prevalecer se debe estudiar el caso particular. Esta situación por fuerza trasciende al mundo jurídico, por lo que ha de observarse lo dispuesto por la ley.⁶

He aquí uno de los principales objetivos de este trabajo, pues desde el punto de vista jurídico, y también del ético, se estudiará el acto biomédico en busca de precisar algunos elementos útiles para la solución del conflicto.

Veamos algunos aspectos concretos de la atención médica.

La práctica médica se ha regido por principios éticos de contenido filosófico; hay que recordar el *primum non nocere*, *bonum facere*, etc.

Tradicionalmente la ética médica ha pretendido una mejor relación entre el médico y el paciente. Merced a ello, establece criterios de referencia para conceptos como salud, enfermedad, diagnóstico, valoración de riesgos y beneficios, tratamiento, etc.; asimismo, fija límites al acto médico. El aborto, la eutanasia, el ensañamiento terapéutico y los abusos contra el paciente son conductas inaceptables, pues lejos de mejorar la relación médico-paciente la debilitan por los diversos daños que pudiesen ocasionarse.

Respecto a los conceptos de salud y enfermedad, hay que recordar que de acuerdo con la concepción pitagórica, en términos generales, la salud era entendida como un equilibrio y armonía de la vida. En cambio, la enfermedad era un desequilibrio.

Mediante el juicio diagnóstico el médico determinará si el paciente tiene un desequilibrio, es decir, si está enfermo. Según Sass,⁷ el diagnóstico observa las

⁴ El familiar actúa en su representación.

⁵ *La bioética médica. Op. cit.*, p. 377.

⁶ Se refiere al concepto de ley en *lato sensu*.

reglas de la hermenéutica, pues se interpreta y valora el relato de cada paciente a través de la anamnesis.

Para formular el diagnóstico el médico no sólo se basará en datos esencialmente científicos —p. ej., algunos signos y exámenes de laboratorio y de gabinete—, sino que también considerará los valores del enfermo en ese momento.⁸ Así, evitará limitarse sólo al estado clínico, pues son de gran importancia las condiciones en que se desenvuelve la persona, es decir, revisará al paciente como un todo y no establecerá criterios fijos y obligatorios para todos los casos similares, aplicando un principio ético: en la medicina se tratan enfermos y no enfermedades.

Ahora bien, desde la etapa hipocrática el médico determinaba lo que era “bueno” para el paciente. Sin embargo, la propia evolución social y el avance tecnológico permiten una mayor participación del paciente en la relación con el médico, por ejemplo, en la valoración riesgo–beneficio.

Así, el médico y el paciente —en sus respectivos ámbitos— comparten la toma de decisiones, pues han de respetarse la autonomía del paciente y su consentimiento informado, y en el caso del médico el derecho a ejercer su profesión y la legitimación de su actividad por cumplir un fin reconocido por el Estado; no obstante, sobre estos actos prevalecerán la ley y el orden público.

En este sentido, Sass⁹ hace referencia a lo señalado por Pellegrino y Thomasma en relación con el principio médico de beneficencia. Opinan que este principio ha de ser de beneficencia fiduciaria,¹⁰ es decir, que el médico y el paciente mantengan “en confianza” sus actos encaminados a lograr el mejor interés para ambas partes.

Para tal efecto proponen que se adecúen los principios básicos del juramento hipocrático, con el fin de que el paciente y el médico puedan, conjuntamente, hacer la toma de decisiones, formulando un juramento poshipocrático, que respecto a la función de médico tendría las siguientes características:¹¹

- El juramento hipocrático señala la ayuda urgente y la necesidad apremiante cuando las personas requieren atención médica y moral.
- El médico tiene la función de prestador del servicio y el paciente la de usuario; así, este último tiene derecho al respeto de su autonomía, pues la relación con el médico es semejante a la de cualquier proveedor y su cliente.
- Según el modelo de asociación, el médico es un consultor que maneja a largo plazo los riesgos para la salud o las enfermedades crónicas —diabetes,

⁷ *La bioética médica. Op. cit.*, p. 393.

⁸ Sass HM: La bioética: fundamentos filosóficos y aplicación. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Op. cit.*, p. 393.

⁹ *Ibídem*, p. 396.

¹⁰ *Fiducia* en latín significa “confianza”.

¹¹ Sass HM: *op. cit.*, p. 396.

hipertensión. Al paciente le corresponderá cuidar el equilibrio de su salud de acuerdo con las indicaciones médicas; es decir, el médico instruirá al paciente para que se cuide a sí mismo.

- Sass¹² opina que así como al médico se le exigen deberes éticos, también el paciente debe cumplir con determinadas virtudes.

Tradicionalmente al paciente se le ha pedido cumplimiento y confianza de lo indicado por el médico. Así como antiguamente la dietética reducía los riesgos enseñando cómo evitar los extremos de la vida, actualmente se debe instruir al paciente para prevenir enfermedades, disminuir riesgos y evitar daños, pues si bien el paciente tiene derecho a un estado de salud, también tiene la obligación de cuidar de ella.

Además de la actuación correcta del médico, la participación virtuosa del paciente siempre resultará benéfica para una mejor calidad de la atención médica.

En resumen, la ontología del acto biomédico es el fin salutífero. En este trabajo se pretende encontrar elementos para su legitimación, desde los puntos de vista jurídico, ético y filosófico; es decir, que no sólo se ajuste a lo dispuesto por la ley, sino también a los principios científicos y éticos de la ciencia médica. En la valoración de este acto se buscará que siempre prevalezca la justicia, pues ya los romanos decían: *ius est ars et bone et aequi*.

¹² *Ibidem*, pp. 396 y ss.

Teorías explicativas del acto biomédico

Existe discusión entre los juristas acerca de si la actividad médica, en especial el tratamiento médico quirúrgico, constituye o no un delito. Para que éste se realice se han de considerar que tenga al menos las siguientes características:

1. Acción u omisión típica, es decir, la conducta humana ha de encuadrarse en la hipótesis establecida en la ley.
2. Ser antijurídico; tal conducta debe ser contraria al derecho.
3. Ser culpable; al individuo se le podrá reprochar personalmente la comisión del ilícito, siendo *conditio sine qua non* la imputabilidad de éste.

Debido a lo anterior, la doctrina ha elaborado distintas teorías legitimadoras; aquí se analizarán brevemente algunas de ellas.

TEORÍA DE LA ATIPICIDAD

Esta teoría, formulada por el suizo Carlos Stoss¹ en 1898, postula que en el tratamiento médico el ánimo de curar excluye la intención de producir lesiones, pues es objetivamente distinto al daño corporal:

“El cirujano que trata con una operación al paciente no daña su cuerpo o su salud y no quiere dañarlos. Todos sus esfuerzos van más bien dirigidos a mejorar al paciente

¹ Stoss C: *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*. Berlín, 1898:6.

y no a dañarle. El médico que emprende un tratamiento operatorio, no ejerce actividad alguna lesiva del cuerpo ni daño para la salud; trata al paciente y no lo maltrata”.

Beiling y Mezger² comparten el criterio de la ausencia de la tipicidad cuando el tratamiento médico es acertado, pero en el supuesto de fracaso señalan que es necesario legitimarlo en razón de la preponderancia del interés.

Bettiol³ también se inclina por esta teoría si el tratamiento es exitoso, pues de lo contrario habrá de justificarse con el consentimiento.

Es importante citar el criterio de Carrara, quien además de coincidir con Stoss al afirmar que el delito desaparece por el fin curativo, afirma que se debe considerar la finalidad y no el oficio, logrando legitimar así los auxilios prestados en urgencia por un lego. Señala que al ser la vida un bien inalienable, no opera el consentimiento para ser privado de ella. Al respecto manifiesta: “Pero los que han creído, por esta razón, poder afirmar, como regla en la lesión corporal, que el consentimiento del lesionado suprime la imputabilidad del ofensor, han confundido el criterio de la proposición. Es muy cierto que el hombre, por ley de naturaleza, tiene plena facultad de disponer de sus miembros, la de consentir incluso la lesión de ellos para procurarse una ventaja; por lo cual nadie se atrevería (a lo menos en el estado actual de la doctrina) a declarar delito el hecho del flebotomiano, del dentista o del cirujano que procede a la amputación de un miembro, para curar al enfermo... Pero la verdadera razón de la inocencia de tales actos finca precisamente en el fin inocente, que excluye el dolo; y por eso es preciso eliminar toda idea de criminalidad de un acto ejecutado con el legítimo fin de librar a una criatura humana de una afección morbosa o de una deformidad o de un peligro para la salud”.⁴

En esta afirmación se contemplan no sólo el tratamiento médico estrictamente curativo, sino también la cirugía estética al hablar de una deformidad y el tratamiento preventivo, pues se pretende librar al paciente de un peligro a su salud.

Sin embargo, el tribunal alemán sostiene la teoría de que el tratamiento médico–quirúrgico, objetivamente casa el delito de lesiones, pero encuentra justificación en el consentimiento del paciente.

Jiménez de Asúa⁵ indica que Enrique Lavedan, considerando que el Código Penal de Cuba legitimaba la actividad médica por el ejercicio de un oficio o cargo, señala que no es necesario justificarla con esta excluyente, pues el tratamiento médico carece de tipicidad: “Si el Estado autoriza la práctica de una profesión, no por esto crea relaciones jurídicas entre el médico y el paciente en virtud de las cuales éste debe sufrir la operación de aquel. Por lo tanto, el tratamiento médico

² Jiménez de Asúa L: *Tratado de derecho penal*. Vol. IV, p. 658.

³ *Ídem*.

⁴ Citado por Jiménez de Asúa: *Programme*. Parte especial. Vol. II. 1405.

⁵ Jiménez de Asúa: *op. cit.*, p. 659.

no se justifica por una especial autorización del orden jurídico... la intervención del médico o cirujano es lícita, porque la aplicación al cuerpo de un tratamiento médico–quirúrgico no implica disminución, sino aumento de la salud, por lo cual falta la materialidad de las lesiones”.

De acuerdo con nuestro criterio, el tratamiento médico–quirúrgico no se puede tipificar como un atentado corporal al faltar el elemento subjetivo del delito —causar un daño—, pues existe el *animus curandi*. Aunado a ello, se señala que para no configurar el tipo pena, este tratamiento se debe ejecutar conforme a la *lex artis*.⁶

TEORÍA DE LA LEGITIMACIÓN COMO PARTE DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Esta teoría, sustentada principalmente por R. Schmidt,⁷ propone legitimar el tratamiento médico en razón a un derecho consuetudinario basado en curar, aliviar dolores, etc., a lo cual llama, en su sentido más amplio, “auxilio”.

Jiménez de Asúa afirma⁸ que tal teoría es una explicación general del derecho de la profesión médica, pues su autor señala “que el deber de lesión del médico” es en bien del paciente tratado. Schmidt apoya la postura del tribunal alemán, contraponiéndose a la de Stoss, al afirmar que la intervención médica encuadra en el tipo penal de atentado corporal: “Por tanto, es necesario un principio jurídico para decidir la cuestión capital de hasta dónde se extiende el derecho del médico en su intervención. El médico necesita, pues, un principio especial de exención”.⁹

Augusto Köhler (Alemania), Oppenheim (Suiza) y Donnedieu (Francia) comparten esta teoría. Oscar Stevenson¹⁰ (Brasil) estima que “la costumbre y los principios generales del derecho determinan la licitud penal excepcional en favor del médico, junto al derecho profesional y el fin salútfiero”.

En este sentido, el derecho positivo mexicano ordena que “la atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica”.¹¹ Tal disposición supone la observancia de principios establecidos por la costumbre.

⁶ Concepto tratado en el capítulo 3.

⁷ Jiménez de Asúa L: *La ley y el delito*. Buenos Aires, 316.

⁸ Jiménez de Asúa L: *Tratado de derecho penal*. Tomo IV. P. 661.

⁹ *Op. cit.*

¹⁰ *Da exclusão de crime*. p. 225. Citado por Jiménez de Asúa, *ídem*.

TEORÍA DEL DERECHO PROFESIONAL DEL MÉDICO

Los italianos Florian¹² y Manzini¹³ proponen este derecho para justificar ciertas actividades con fines sanitarios.

En Francia, Donnedieu de Vabres¹⁴ afirmó que “la impunidad de las heridas resultantes de las operaciones quirúrgicas... se presentará igualmente como efecto de una autorización legal o, al menos, consuetudinaria”; sin embargo, en el supuesto de que el enfermo sufra un perjuicio por el tratamiento, éste será legitimado en razón de “que el cirujano ha causado un daño en el ejercicio de una profesión que hacían lícita los diplomas de que es titular”.¹⁵

Así, en la doctrina española, Quintano Ripolles¹⁶ afirma que, si bien el tratamiento médico–quirúrgico se puede legitimar mediante el estado de necesidad, no es suficiente, pues se han de considerar las intervenciones no inminentes, pero necesarias, en las cuales tiene relevancia el consentimiento. Aunado a ello, hace referencia a la legislación de su país, en la cual la actividad médica encuentra justificación en “el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (inciso 11 del artículo 8º del Código Penal Español). Nuevamente señala la importancia del consentimiento, pues no basta el ejercicio profesional para legitimar esa actividad, en razón de que el médico no es titular de un *ius vitae necisque*,¹⁷ siendo necesaria la voluntad del enfermo o de sus familiares.

Al referirse a tal excluyente, Cuello Calón¹⁸ afirma que, si con motivo del ejercicio profesional se ejecutan actos objetivamente delictuosos, no serán punibles siempre que tengan un fin profesional y dentro de los límites legales. Sin embargo, en tratándose de la práctica médica,¹⁹ señala como condición el consentimiento del paciente o representante legal, salvo en las situaciones de urgencia, en las cuales se podrá prescindir del consentimiento; pero si la ejecución del acto médico no es apegada a la *lex artis*, se podrá acusar al facultativo de negligencia o imprudencia. Este requisito se extiende a “tratamientos curativos, ora sobre el cuerpo o sobre el espíritu” (psicoterapia, hipnosis y psicoanálisis).²⁰

¹¹ Artículo 9º del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

¹² Citado por Jiménez de Asúa: Parte general. *Op. cit.* p. 528.

¹³ Citado por Jiménez de Asúa. *Op. cit.*, Vol. II, núm. 383, p. 660.

¹⁴ Citado por Jiménez de Asúa: *Traité. Op. cit.*, p. 239.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 245–146.

¹⁶ Quintano RA: *Tratado de la parte especial de derecho penal*. Tomo I. Vol. I. 768–769.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 770.

¹⁸ Cuello CE: *Derecho penal*. Vol. I. Barcelona, Bosch, 336–337.

¹⁹ En la cual el Estado habilita al facultativo a realizar todos los actos tendientes al restablecimiento o preservación de la salud o de la vida.

En el derecho argentino Sebastián Soler²¹ comparte la teoría del ejercicio profesional; admite los casos urgentes y que a falta de un médico, un profano puede prestar auxilio al enfermo, supuesto que ha de justificarse con el estado de necesidad. La misma postura toma Fontan Palestra,²² quien también le da importancia al consentimiento.

TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

Citaremos brevemente a los autores que se inclinan por esta teoría, pues se analizará el consentimiento en el capítulo correspondiente.

Como se mencionó, el tribunal alemán ha sustentado esta teoría, al resolver que el tratamiento médico o la intervención quirúrgica serán justificadas siempre que medie el consentimiento del enfermo. Beijing,²³ además del estado de necesidad, recurre a esta teoría, al explicar que si la intervención quirúrgica es exitosa, es decir “beneficiosa para la salud”, no habrá tipicidad, pues en este caso “la herida que se hace en el cuerpo carece en absoluto de significación”, pero si es fracasada, se legitimará por el consentimiento.

Según se mencionó en el apartado del Derecho profesional, Quintano Ripolles y Cuello Calón, además de apoyar esa tesis, consideran sumamente importante la manifestación de la voluntad del enfermo o sus familiares, exceptuando las situaciones de urgencia médica, en las cuales no será necesario este consentimiento.

José Antón²⁴ no acepta algún otro justificante, afirmando que la actividad médica curativa sólo será legítima si el enfermo o sus representantes manifiestan su consentimiento

Giuseppe Bettiol²⁵ justifica el tratamiento médico, si resulta infortunado, con el consentimiento del enfermo, mientras que en los de resultado exitoso no habrá tipicidad de atentado corporal.

En la doctrina argentina Jiménez de Asúa²⁶ afirma que el consentimiento no es capaz de justificar acciones de tipo delictivo, “a lo sumo suprime la tipicidad. Pero en este caso de la intervención curativa, el consentimiento puede ser condicionante de la oportunidad”.

En el derecho positivo mexicano, en especial en el Código Penal para el Estado de Hidalgo, se establece que será punible la actividad del médico si no recaba la

²⁰ *Op. cit.*, p. 336

²¹ Soler S: *Derecho penal*. Tomo I. P. 380–381.

²² Fontan Balestra: *Manual. Parte general*. P. 233.

²³ *Lehre vom Verbrechen*. P. 154.

²⁴ *Derecho penal*. Tomo I. 1949:257,260.

²⁵ *Derecho penal*. P. 230 y sig.

²⁶ *Op. cit.*, p. 660.

autorización del paciente o de quien deba otorgarlo, para practicar alguna operación quirúrgica cuya naturaleza “ponga en peligro la vida, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital”, salvo en los casos de urgencia.²⁷

FIN RECONOCIDO POR EL ESTADO

Franz von Liszt²⁸ sustenta esta teoría al afirmar que “resulta de las instituciones del Estado (tanto de las educativas como de las sanitarias) que éste reconoce como fin justificado —y le fomenta— la conservación y restablecimiento de la salud”. El tratamiento médico, al buscar un fin salutar, se justifica por ser un medio apropiado para lograr un fin públicamente reconocido.

TEORÍA DEL ESTADO DE NECESIDAD

Esta teoría, sin ser expresamente sostenida, es retomada por diversos autores.

López Bolado señala que “el médico es precisado a intervenir y los resultados pueden ser o no favorables, pero actúa por necesidad, para evitar un mal grave inminente al enfermo”.²⁹ Además, retomando esta excluyente establecida en el Código Penal argentino, afirma que tal justificación obedece a la situación de peligro de un bien jurídico, y para evitarlo es necesario lesionar otro bien. Para que sea válido este justificante deberán valorarse los bienes en juego. Así, y para esa validez, enumera los siguientes requisitos:

- a. El mal que se quiere evitar debe ser inminente.
- b. No ha de haberse podido evitar por otros medios.
- c. El mal que se ocasiona debe ser menor que el que se quiere evitar.
- d. Quien produce el mal ha de ser ajeno a la situación de necesidad creada.
- e. El individuo no ha de estar jurídicamente obligado a soportar el mal.³⁰

Soler, Balestra, Quintano Ripolles, Cuello Calón, incluso Jiménez de Asúa,³¹ se refieren al estado de necesidad en los supuestos de urgencia y a falta de médico, pues un lego puede proporcionar los auxilios necesarios. También consideran la “valuación de los bienes”.

²⁷ Artículo 278 fracción II, Código Penal para el Estado de Hidalgo.

²⁸ Citado por Jiménez de Asúa. *La Ley y el delito*. p. 316.

²⁹ López BJ: *Los médicos y el código penal*. P. 261.

³⁰ *Op. cit.*, p. 61.

Sin embargo, y coincidiendo con López Bolado, creemos que esta justificante valdría en las intervenciones estrictamente necesarias, pues en tratándose de cirugías estéticas —sólo con fin de embellecimiento o en la atención médica electiva— no puede hablarse de tratamientos necesarios, sino simplemente convenientes y, en ocasiones, vanidosos.

TEORÍA OBJETIVA–SUBJETIVA

Presentada por Filippo Grisigni,³² y para explicarla divide en dos grupos las teorías existentes:

- a. Teorías de la licitud excepcional.
- b. Teorías de la licitud normal.

Ubica a las siguientes:

- a. Consentimiento del paciente: no comparte la opinión de que éste, manifestado por el paciente, sus familiares o representante legal, justifique la licitud del tratamiento médico–quirúrgico, pues hay casos —p. ej., urgencia— en que es imposible obtenerlo, y no por ello se incurre en responsabilidad.
- b. Derecho profesional: basa su crítica en razón de que se dejan al margen los auxilios prestados en casos de urgencia por quienes no son médicos, lo cual no constituye ilícito.
- c. Fin reconocido por el Estado: señala que, si bien esta teoría es exacta, no da un criterio preciso para resolver las dudas en los casos concretos.
- d. Estado de necesidad: no la admite como justificante de la impunidad del tratamiento médico, pues existen intervenciones no necesarias y tan sólo útiles, practicadas sin el consentimiento del paciente.
- e. Derecho consuetudinario: la considera insuficiente en razón de que no define si la intervención es punible cuando no media el consentimiento del enfermo. Además estima ineficaz a la costumbre en el Derecho Penal.

En el segundo grupo ubica a las de “falta de ánimo perverso y de intención de dañar a la existencia”, “fin inocente”, “objetivo profesional” y “voluntad de curar”, criticándolas, pues el dolo no debe confundirse con el fin, y sólo ha de valorarse en relación con la voluntad, la cual se encuentra en las lesiones ocasionadas por el tratamiento médico–quirúrgico.³³

³¹ Analizados en el apartado de “Derecho profesional”.

³² Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal*. T. IV. P. 662.

Una vez formulada esa clasificación, Grispigni elabora su propia teoría. En principio, diferencia al tratamiento médico–quirúrgico que implica restricciones de la libertad, de aquel en que no son necesarias. Para legitimar aquellos actos médicos señala que, al ser el dolo la voluntad del hecho, y pretendiendo el agente, si es afortunada la intervención, la salud del paciente, faltaría el elemento objetivo del delito, es decir, la lesión corporal y también el dolo, pues es la voluntad del acto. Pero al descartar el dolo de las intervenciones exitosas deberá hacerse también en las que resultan sin éxito, pues es diferente el contenido de la voluntad del médico.³⁴

Al respecto, Jiménez de Asúa nos dice que efectivamente la mayoría de las teorías expuestas sufren de los defectos acertadamente señalados por Grispigni. Sin embargo, apoya la de Stoss y cita lo manifestado por este autor: “*Tratar al paciente no es maltratarlo; amputar no es mutilar; incidir operatoriamente no es herir; sujetar no es golpear*”.³⁵ Pues la actividad médica no se tipifica como un atentado corporal, aún cuando hay un *exitus lethalis*, siempre que se produjera por negligencia o impericia, lo cual es un problema distinto.

Así, al buscar una justificación para la actividad curativa se inclina más por la valuación de bienes o intereses que por el ejercicio de un oficio. Apoya a Mezger en el sentido de que tal principio es el aplicable para solucionar un problema tan controvertido. Pues las amputaciones, incisiones, sujeciones a la cama operatoria, son actos privativos de bienes que se cometen sólo para salvaguardar otros superiores —la salud, la vida—. También le da importancia al consentimiento del lesionado.³⁶ Hace una crítica a este autor en razón de que en un principio Mezger pretendía la justificación del tratamiento médico a través del elemento subjetivo, el fin curativo; pero después, por la postura de Sauer y Schmidt,³⁷ busca la necesidad de determinar objetivamente el tratamiento, lo cual encuentra en la *lex artis*. Jiménez de Asúa afirma que la legitimación de la actividad médica está en el fin curativo, tanto en las intervenciones exitosas como en los fracasos y hasta en las de *exitus lethalis*.³⁸

Cita lo manifestado por Pellegrino Rosii³⁹ en 1828, “El cirujano cuyo enfermo sucumbe en una operación arriesgada, comete actos justificados plenamente a los ojos de la razón y de la ley... el cirujano puede también, en ciertos casos, no con-

³³ *Ídem*, p. 662–623.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Ídem*, p. 663.

³⁶ Tema que trataremos más adelante.

³⁷ Autores que pretenden una significación objetiva de la actividad médica, pues creen que lo determinante es el fin objetivo de la acción y no el subjetivo de quien actúa. (*Grunbdlagen*. P. 257 y ss.)

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ *Op. cit.*

sultar la voluntad del enfermo, pero debe, no obstante, acomodarse a todas las reglas establecidas para la práctica legítima de su arte”.

REGULACIÓN DE LA NECESIDAD MEDICA

López Bolado y Vidal Albarracín⁴⁰ propusieron esta teoría por estimarla la más aplicable. Albarracín afirma que cuando el ejercicio médico es aparentemente delictivo, se justifica porque ha obrado mediante un estado de necesidad o en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber. Sin embargo, opina que, particularmente en la práctica médica, debe existir otra causa de justificación: la necesidad médica en el tratamiento de enfermos, pues así se legitimará el arte de curar, y sobre todo la aplicación de tratamientos profilácticos, pues en este caso no opera el estado de necesidad, ya que no existe un peligro real e inminente.

Asimismo, señala que a fin de determinar si el tratamiento médico–quirúrgico produce o no lesiones, la doctrina ha propuesto diversas soluciones. En relación con el consentimiento, manifiesta que, si bien es un acto legitimador, sólo será válido en tratándose de bienes disponibles; por ejemplo, no se excusa el homicidio piadoso. Hace referencia a la legislación argentina en materia de trasplantes, en la cual, de manera tácita o expresa, se desprende de la ley que el consentimiento es una causa de justificación.⁴¹ Si el tratamiento médico o la intervención constituye la “medida adecuada para mejorar o restaurar la salud física o psíquica (del paciente)”, el consentimiento del paciente o sus familiares es suficiente para justificar el acto médico.⁴²

Respecto a los supuestos en que la intervención puede causar un detrimento permanente en la integridad corporal del paciente, no es suficiente el consentimiento para eximir la responsabilidad del médico por los daños que produzca; ante ello ha de recurrirse al estado de necesidad. Esta causal es válida si “el que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.⁴³ En este sentido, es de considerar que se pretende evitar un mal inminente. Por tanto, si el médico pretende evitar un mal, pero no es inminente sino sólo futuro, y aplicando el estado de necesidad, no se justificaría su actividad.

Una de las labores importantes del actuar médico es la prevención de males futuros: “¿Debe en esos casos el médico renunciar a una de sus principales funciones, quizá la más productiva y excitante, que es la prevención? Dicho de otra

⁴⁰ Yungano A et al.: *Responsabilidad profesional de los médicos*. P. 233.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 234

⁴² *Op. cit.*, p. 235.

⁴³ Inciso 3 del artículo 34 del Código Penal Argentino.

forma ¿se debe limitar a ejercer su profesión en el estricto ámbito de la actualidad e inminencia del peligro?”⁴⁴

En estos términos, se propone que para legitimar la actuación médica se considere una necesidad de carácter médico, pues esta causal atendería no sólo la vida, sino también la salud de la persona. Además, en el estado de necesidad, es condición que el mal a evitar no haya sido producido por el agente, lo cual implica una situación grave para el ejercicio médico. En el supuesto de que un cirujano, por negligencia o impericia, deje una pinza dentro del cuerpo del paciente al cerrar la herida y practique una segunda intervención para subsanar el error, no sería aplicable esa causal.⁴⁵

Por ello, Vidal Albarracín plantea que, a efecto de poner al médico de buena fe al reparo de persecuciones arbitrarias o bien para impedir que la comisión de hechos presuntamente delictivos quede impune, es necesario que se provea un régimen especial que considere las exigencias propias de la práctica médica dirigida a la recuperación del paciente y a su salud futura.⁴⁶ Así, propone que se dicte el siguiente precepto:

“No serán punibles las lesiones derivadas de un tratamiento médico practicado con el consentimiento del lesionado, cuando la acción tiene por fin evitar un serio peligro para la vida o graves y permanentes consecuencias para la salud del paciente, y ello no pueda ser eficazmente evitado por otros medios”.⁴⁷

Sin embargo, esta afirmación no considera las situaciones de urgencia o los tratamientos forzosos,⁴⁸ pues sólo da relevancia al consentimiento del paciente. Además, *lato sensu*, el tratamiento no ocasiona daño; no obstante, en caso de que lo haga, habrá de distinguirse entre iatrogenia y iatropatogenia.

TEORÍA ONTOLÓGICO-SUBJETIVA

Esta teoría, formulada por Casa Madrid Mata,⁴⁹ afirma que la legitimación del acto biomédico obedece a un criterio ontológico-subjetivo sustentado en:

- a. Un fin reconocido jurídicamente por el Estado, en virtud a la ontología del dicho acto. Acorde a lo afirmado por von Liszt, la actividad médica encuen-

⁴⁴ López BJ: *Los médicos y el código penal*. p. 158.

⁴⁵ *Ídem*, p. 80

⁴⁶ *Ídem*, p. 81.

⁴⁷ Yungano A et al.: *Responsabilidad profesional de los médicos*. p. 239.

⁴⁸ Vacunas, etc.

⁴⁹ *Manual de ética y legislación en enfermería. Bioética en enfermería. El derecho sanitario Mexicano*. Madrid, Mosby, 1996.

tra legitimación al perseguir un fin públicamente reconocido —que en nuestro sistema jurídico se consolida en el artículo 4 constitucional. Asimismo, esta teoría señala que dicho reconocimiento por parte del Estado obedece también a la ontología del acto médico, que en términos generales se caracteriza por la correcta e imparcial valoración del riesgo–beneficio a la luz de la *lex artis* y de la deontología, para así conformar su regulación jurídica.

- b. La aceptación libre del paciente. En este sentido, la teoría afirma que, si bien el acto biomédico persigue un fin que el Estado ha reconocido en razón a la ontología, esa actividad no es suficiente para determinar su legitimación, pues no hay que olvidar que la protección de la salud es también un acto personalísimo, merced al principio de autonomía, siempre que ello no vulnere el orden público o afecte derechos de terceros. Es decir, el paciente goza de la “libertad terapéutica”, misma que lo faculta para aceptar los tratamientos propuestos, solicitar las opiniones médicas que estime necesarias y autorizar la realización de exámenes paraclínicos, entre otros. Casa Madrid señala que en estricto sentido el autocuidado de la salud ha de entenderse como una carga o bien, en modo alguno como una obligación.
- c. La protección del derecho del tercero. La “libertad terapéutica” del paciente encuentra un límite en el derecho de terceros. A mayor abundamiento, la persona consiente la realización de determinados actos tendientes a proteger su salud, pero si se niega a ello, y en el caso particular de enfermedades transmisibles, puede trascender al derecho de terceros. Asimismo, este autor menciona que tampoco ha de afectarse injustificadamente el patrimonio de la familia del paciente y han de verificarse las repercusiones sociales de cualquier medida terapéutica, y señala como casos de especial interés a los trasplantes y transfusiones y los actos de investigación clínica en seres humanos en los que se procurará conciliar el interés del enfermo, los de la sociedad y los inherentes a la ciencia médica.

Como se puede apreciar, esta teoría tiene criterios de algunas otras, como la de von Liszt, la del consentimiento y la objetivo–subjetiva. En estos términos, se estima que es la más aplicable al derecho positivo mexicano, en particular a las normas del derecho sanitario, pues su sustento jurídico, además de la garantía consagrada en el artículo 4 constitucional, se encuentra en la legislación sanitaria.

Ejercicio de la *lex artis* y la práctica médica

ATENCIÓN MÉDICA

Concepto jurídico

Al abordar el tema de los alcances legales de la práctica médica, la doctrina, no obstante que es escasa en México, aporta diversos conceptos. Asimismo, al referirse a esta práctica se utilizan distintos términos, todos ellos dirigidos en especial a la atención médica, sin prescindir de la actividad sin un fin terapéutico en estricto sentido, por ejemplo, la experimentación en seres humanos. Aquí se analizará aquella. Carlos Stoss¹ define al tratamiento médico como “la acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo”.

Es de entenderse que la acción beneficiosa abarca actividades preventivas, curativas y de rehabilitación. Además, se contempla el tratamiento estético, que si bien no es una actividad curativa en sentido estricto, sí es una acción benéfica, pues en ocasiones suprime graves deformaciones humanas.

Según este concepto, la acción beneficiosa será efectuada por el médico, dejando al margen el profano, ya que se refiere a un tratamiento médico.

En el derecho argentino, Luis Jiménez de Asúa² cita la doctrina alemana, señalando que ésta ya no se refiere sólo al tratamiento médico–quirúrgico y al tratamiento médico, como lo hizo Stoss en 1898 y mucho antes Max Ernest Mayer al emplear el término “curación” para definir las actividades tendientes a luchar

¹ Stoss C: *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*. Berlín, 1898:3–4.

con la enfermedad y la muerte, sino que habla de un tratamiento curativo o sanitario.

Por ello, el maestro argentino prefiere hablar de “intervención curativa”, abarcando así los supuestos en que un profano, con nociones empíricas de curar, preste auxilio a otra persona en una situación de urgencia.³

Sin embargo, para no dejar al margen otras actividades del médico (p. ej., vivisección, narcoanálisis con fines de diagnóstico en un caso forense, etc.) o del aspirante a tal, prefiere utilizar el término “actividad médica”.⁴

Al estudiar el tratamiento médico–quirúrgico, lo califica como el problema más importante de la actividad médica y de la intervención curativa, sobre la cual empezó a trabajar la ciencia jurídica.

Concibe la actividad curativa como “toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de una persona o mejorar su aspecto estético, con el empleo de medios adecuados”.⁵

En este sentido, el doctrinario italiano Filippo Grispigni⁶ define al tratamiento médico–quirúrgico como “la modificación del organismo ejecutada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o la belleza de la misma”.

Es similar a la definición de Jiménez de Asúa, pues este autor profundiza sobre la de Grispigni. Sustenta su crítica en razón de que el concepto italiano limita la realización de este tratamiento sólo por el médico, siendo necesario abarcar el actuar de quien, sin ejercer la medicina, presta auxilio a otro en casos de urgencia.

Según lo anterior, es característica de este tratamiento el fin curativo o el mejoramiento estético de la persona. Se distingue el tratamiento estético, pues se argumenta que éste no tiene una finalidad curativa en estricto sentido.

Señalan⁷ como *conditio sine qua non* la utilización de medios adecuados según las normas indicadas por la ciencia. Esto es, el tratamiento médico–quirúrgico se debe ejecutar conforme a la *lex artis*, es decir, a las reglas del arte médico.

La Ley General de Salud establece en su artículo 32 que la atención médica, materia de salubridad general y servicio de salud,⁸ es “el conjunto de servicios

² Jiménez de Asúa L: *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Tomo IV. Buenos Aires, Losada, p. 654.

³ *Ídem*.

⁴ *Ídem*.

⁵ *Ibidem*, p. 657.

⁶ *Ídem*.

⁷ *Ídem*.

⁸ En términos del artículo 23 de la misma ley, son servicios de salud “todas las acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a promover, proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”.

que se le proporcionan al individuo con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”.

Tiene cuatro tipos de actividades:⁹

1. Preventivas: incluyen las de promoción general y protección específica.
2. Curativas: tienen el objeto de efectuar un diagnóstico temprano de los problemas clínicos y establecer un tratamiento oportuno para la resolución de los mismos.
3. De rehabilitación: incluyen acciones tendientes a corregir la invalidez física o mental.
4. Paliativas: incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente a través de la prevención, el tratamiento y el control del dolor, y tratar otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.¹⁰

Además, la fracción II del artículo 7 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica dispone que este servicio consiste en “el conjunto de recursos que intervienen sistemáticamente para la prevención y curación de las enfermedades que afectan a los individuos, así como de la rehabilitación de los mismos”.

Etapas

Diagnóstico

Según afirma Alfredo Achával,¹¹ “el diagnóstico debe ser el resultado de un juicio elaborado luego de obtener la información que dan los síntomas, signos y pruebas elegidas como necesarias para el caso en estudio”.

Merced a ello, el facultativo ha de seguir un procedimiento que la misma ciencia médica, consuetudinariamente, ha reconocido como válido. Al efecto, la literatura médica¹² ha formulado la siguiente lista de las fases del razonamiento clínico:

1. Investigación del síntoma mediante el estudio clínico (historia clínica y exploración física).

⁹ En términos del artículo 33 de la Ley General de Salud y del artículo 8 de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica.

¹⁰ Esta actividad será tratada más adelante.

¹¹ Achával A: *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 80.

¹² Wilson JD *et al.*: *Harrison principios de medicina interna*. Álvarez BI *et al.* (Trad.) 7ª ed. México, Interamericana, 1991;I:7.

2. Práctica de las pruebas de diagnóstico, cada una con su propia precisión y utilidad intrínseca.
3. Integración de los hallazgos clínicos con los resultados de las pruebas, a fin de valorar las probabilidades del diagnóstico.
4. Ponderación de los riesgos y beneficios comparativos de las diferentes alternativas de acción.
5. Determinación de las preferencias del paciente y desarrollo de un plan terapéutico.

Es importante mencionar que, si bien la práctica médica acepta una serie de pasos para llegar a un diagnóstico, existe la “libertad prescriptiva”, pues es inconcebible imponer sólo algunos criterios a una ciencia experimental y evolutiva. Por lo tanto, el médico ha de ajustar su actividad a principios científicos aceptados y reconocidos por esa ciencia, mismos que han de guiar su actividad y le permitirán aplicar sus conocimientos al caso concreto y así tratar a “personas enfermas” y no “enfermedades”, lo que constituye un principio básico de la medicina.

En estos términos, es necesario que el médico conozca “realmente” al paciente, ya que sólo así podrá ayudarlo a superar el estado morboso que sufre, pues, según afirma Achával, se investigará cómo “la enfermedad se incorpora a la biografía de esa persona y la reacción que significa el mecanismo de acción de agresión y defensa”.¹³ Por lo tanto, el facultativo habrá de proceder a la anamnesis,¹⁴ a interrogar al paciente sobre sus antecedentes y el estado actual de salud que motivó la consulta, siendo necesario obtener la información relativa a las costumbres, hábitos, formación familiar, creencias y todos los datos útiles para determinar el mal sufrido. Este interrogatorio se acompañará de una exploración física, lo cual equivale a una revisión integral y completa del cuerpo del paciente, con ayuda del instrumental médico necesario, en busca de referencias clínicas que sustenten la formulación del diagnóstico.

El procedimiento que al efecto se desarrolle deberá constar por escrito, sea en historia clínica o sólo en notas médicas. Estos documentos de carácter jurídico-sanitario formarán parte del expediente clínico.¹⁵

No obstante que el médico hará lo necesario para que el paciente aporte datos veraces, existe la posibilidad de que suceda lo contrario, originando una apreciación errónea de la situación del paciente. En tal caso, aplicará la psicología médica y se auxiliará de otras técnicas para esa valoración.

Si una vez realizado lo anterior no es posible llegar a una conclusión, deberá recurrir a los medios auxiliares de diagnóstico,¹⁶ mismos que servirán para con-

¹³ Achával A: *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 80.

¹⁴ Parte del examen clínico que reúne todos los datos personales y familiares del enfermo anteriores a la enfermedad.

¹⁵ Este tema se trata posteriormente.

firmar lo sospechado por el médico. Es importante señalar que, si bien éstos son útiles para elaborar el diagnóstico, el médico no debe olvidar la semiología,¹⁷ pues es el momento en que aplicará sus conocimientos en la materia a fin de emitir su criterio científico. Achával¹⁸ indica: “En rigor, de verdad debiéramos decir que cuando se llega al diagnóstico mediante exámenes auxiliares se diagnostica la enfermedad, pero en su estado clínico o evolutivo, que fue rara vez coincidente con el actual...” Además, en la indicación de estos medios, el médico ha de valorar los beneficios y riesgos, pues existen los no invasivos y los invasivos. Los primeros están caracterizados por no implicar riesgo alguno para el paciente o, en ocasiones, un riesgo mínimo,¹⁹ dado que no penetran en el cuerpo del paciente; los segundos sí conllevan un riesgo considerable²⁰ e irrumpen en la entidad corporal de la persona, por lo que para efectuarlos se deberá contar con su consentimiento informado, o el de quien legalmente pueda otorgarlo, salvo la urgencia médica, haciéndolo constar en el expediente clínico. Es de observarse que no basta recurrir a estos medios, sino que es necesaria su correcta interpretación.²¹ Por ello, el médico seleccionará dentro de los útiles para el caso en estudio el más eficaz y con menor riesgo, incluso el menos costoso. Aun cuando los laboratorios están obligados a dar resultados veraces, no siempre sucede así, pues existe la posibilidad de que emitan falsos positivos,²² por lo que han de considerarse algunas circunstancias propias de estos exámenes, como especificidad, sensibilidad, prevalencia, etc., los cuales se refieren a dicha veracidad. Sin embargo, ante este supuesto, para responsabilizar al establecimiento por un servicio inadecuado se tendrán que valorar las características enunciadas y determinar si hubo una conducta ilícita del personal sanitario o no fue posible lograr un resultado totalmente veraz, debido al estado actual de la ciencia.

Por lo anterior, el profesionalista deberá integrar los datos recogidos de la semiología y de la interpretación de los medios auxiliares, lo cual es necesario para emitir un juicio más acertado.

Si el médico no se considera capaz, sea por falta de conocimientos o por inexperiencia en el caso de estudio, podrá solicitar una interconsulta, es decir, la valoración del enfermo por parte de un especialista. Cabe mencionar que ésta es postestativa; sin embargo, es recomendable, pues no debe dejar de observar el deber

¹⁶ Exámenes de laboratorio, radiografías, tomografías, etc.

¹⁷ La semiología es el estudio de los signos y síntomas.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 81.

¹⁹ Como exámenes de sangre, de orina, de material fecal, etc.

²⁰ Por ejemplo, tomografías o radiografías con medio de contraste, resonancias magnéticas, biopsias, etc.

²¹ Crespi y Romeo Casabona opinan lo mismo, como se menciona más adelante.

²² Se refiere a que se da un resultado como positivo, aunque en realidad es un resultado negativo.

de cuidado, representado en la observación de todos los medios disponibles para buscar la solución del problema clínico.

Una vez desarrollado el procedimiento anterior, el médico tiene la obligación de emitir el diagnóstico, imperativo desprendido del artículo 8 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, que establece que la atención médica curativa tiene por objeto efectuar un diagnóstico temprano de los problemas clínicos y determinar un tratamiento oportuno para la resolución de los mismos. Además, en esta etapa el deber de cuidado exige al médico observar todos los medios disponibles para emitir su juicio.

En este sentido, Crespi²³ afirma que la diagnosis “es el momento central de la actividad típica²⁴ del profesional médico; para poder establecer un tratamiento debe verificar si efectivamente existen síntomas morbosos objetivos y, si existen, cuál es la naturaleza de la enfermedad y su gravedad”. Y continúa opinando que el juicio diagnóstico presupone la práctica de la anamnesis, la valoración de los síntomas manifestados por el paciente, el uso oportuno de los medios auxiliares y su correcta interpretación, y el conocimiento preciso de la clasificación nosológica de la patología.

El maestro español Carlos María Romeo Casabona²⁵ señala que, al ser el diagnóstico la primera actuación del médico que servirá de base para la indicación del tratamiento, resulta difícil determinar su responsabilidad, pues se apoya “además de en criterios científicos, en verdaderos juicios intuitivos (el llamado ojo clínico)”. Atendiendo a su definición de diagnóstico, Crespi²⁶ afirma que la responsabilidad del médico en esta etapa se puede originar:

- a. Cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico.
- b. Cuando se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente.
- c. Si para la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo ello posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional.
- d. Cuando al formular el diagnóstico no se toman en consideración las eventualidades más remotas, pero que puedan ocurrir y que son tenidas en cuenta tanto en el plano científico como en el experimental. Al respecto, Romeo Casabona²⁷ suma la situación en que se practicaron las exploraciones y aná-

²³ Crespi: *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico*. P. 74.

²⁴ El término *típico* no se refiere al concepto de tipicidad, sino a la actividad característica.

²⁵ Romeo CCM: *El médico y el derecho penal, la actividad curativa*. Bosch, p. 254.

²⁶ Crespi. *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*. p. 127. Se estimó oportuno adecuar esta clasificación.

²⁷ Romeo Casabona. *Op. cit.*, p. 255.

lisis precisos, pero los resultados no fueron valorados adecuadamente al emitir el diagnóstico.

Respecto al inciso *a*, a opinión de quien escribe, es drástica la afirmación de Crespi, pues han de considerarse los supuestos en que se ha emitido un diagnóstico de sospecha y aún no el de certeza, en razón de que el médico, una vez que ha obtenido datos de la semiología, espera los de los medios auxiliares para confirmar su hipótesis, pero ya es necesario iniciar un tratamiento para evitar el progreso de la enfermedad. Sin embargo, se puede adoptar la afirmación de Crespi como una “regla general” y esta circunstancia como una “excepción”.

Kohlhaas, citado por Romeo Casabona,²⁸ considera la situación de emitir un diagnóstico a distancia (p. ej., por teléfono). Admite la posibilidad de dar consejos al paciente para tranquilizarlo o incluso formular el diagnóstico si conoce al paciente; no obstante, afirma que aun si el paciente le relata cuidadosamente los síntomas, el médico tiene la obligación de acudir a revisar al paciente. Crespi señala que si es imposible acudir al médico o se trata de una urgencia, se podrá emitir el juicio. Se estima que, si bien esto puede suceder, el médico ha de revisar a la brevedad posible al paciente, pues hay datos que sólo el profesional podrá apreciar en razón a sus conocimientos científicos.

Al respecto, Romeo Casabona considera que se podrá formular el diagnóstico a distancia, siempre que el paciente sea conocido y además se trate de un problema efímero.²⁹

Según se ha dicho, el deber de cuidado en esta etapa le exige al médico observar todos los medios disponibles y necesarios para emitir un diagnóstico veraz. Si a pesar de haber examinado al paciente y agotado esos medios con su interpretación correcta emite un juicio erróneo, habrá que determinar si el médico no incurrió en impericia y dejó de observar ciertos deberes de cuidado.³⁰

Al respecto, Ulsenheimer³¹ dice que el médico en esta etapa deberá comprobar el estado de cosas indicado médicamente y usar todas las fuentes de conocimiento disponibles. Continúa: “no hay un diagnóstico absolutamente seguro, sino un mayor o menor conocimiento del cuadro clínico del paciente”. En estos términos, Quintano Ripolles³² afirma que decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado generalmente resulta difícil, al menos en la certidumbre que una condena criminal requiere.

²⁸ *Op. cit.*, p. 257.

²⁹ *Op. cit.*, p. 257.

³⁰ Tales como, de ser necesario, no solicitar una interconsulta, no tomar en cuenta todos los resultados de los medios auxiliares de diagnóstico, entre otros.

³¹ Citado por Jorge Agustín Barreiro en *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. España, Tecnos, p. 55.

³² *Ídem*.

La justipreciación jurídico-sanitaria del acierto diagnóstico, al igual que en las diferentes etapas de la atención médica, ha de realizarse mediante un juicio *ex ante*, es decir, valorando el momento en que el médico emitió su juicio considerando los medios disponibles y no, como en muchos casos se pretende, con base en el resultado obtenido. Es importante señalar que en la práctica médica, en especial en la curativa, la obligación del médico radica en asegurar medios, en el entendido de que sean los suficientes para garantizar que se busca un fin salutífero, es decir, que se aplicarán las medidas de sostén terapéutico y no han de asegurarse resultados. En ese orden, si el resultado fue exitoso, no se le podrá reprochar al médico, pues logró la curación; pero si fue infausto y actuó diligentemente, tampoco se le atribuirá responsabilidad con base en este resultado, pues el deber del médico es asegurar los medios, ya que la particular evolución de la enfermedad y la distinta respuesta de cada organismo humano a un tratamiento son factores determinantes en el resultado; a lo imposible nadie está obligado. En relación con lo anterior, el Tribunal Supremo Español³³ sustentó el siguiente criterio:

“Lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son errores de diagnóstico ni aun falta extraordinaria de pericia en el desarrollo de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medias”.

En sentencia del 17 de julio de 1982,³⁴ excluye al diagnóstico del control de los jueces, por ser un acto eminentemente científico. Afirmó también:

“Al pretender la profesión médica en su necesario ejercicio una finalidad eminentemente provechosa para la humanidad de la que se derivan destacadísimos bienes para las personas, en su salud y en el mejor y más largo disfrute de la vida, y al ser la medicina una ciencia inexacta, en la que juegan numerosos factores inaprehensibles, con la aceptación de indudables riesgos en su ejercicio, que tiende en noble afán a alcanzar y conseguir el deseado progreso, se ha de entender su justa valoración, que quedan extremos de la responsabilidad penal, para no cohibir su lícita y necesaria expansión, cuantas conductas de sus profesionales se desarrollen dentro de «las reglas del arte», o de aquellos principios esenciales, que tienden a su normal desenvolvimiento, llegándose incluso a estimar que las mismas actuaciones son por lo general atípicas, cuando obedezcan a un error de diagnóstico que resulte dañoso, salvo que, por su misma dimensión cualitativa y cuantitativa, la equivocación sea inexcusable, y deba conducir por su extraordinaria entidad a la repulsa culpabilística del juzgador, ponderando con criterio axiológico relativo y de caso concreto su causa y la medida de la culpa, para estimar únicamente su presencia, cuando sea de la más grave proporción y de imposible disculpa”.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 1963, CL, No. 1136, p.462.

³⁴ Sentencia del 16 de abril de 1970. CL. No. 465, pp. 722 y 723.

En general, y tratándose de diagnóstico, lo que ha de interesar al juzgador no es en sí el contenido del diagnóstico, sino la conducta del médico en relación con las exigencias del deber de cuidado.

La elaboración del diagnóstico permite al médico emitir un pronóstico, es decir, un juicio sobre la evolución y el futuro de la enfermedad.³⁵ Romeo Casabona afirma que este juicio es tan inseguro y difícil como el diagnóstico,³⁶ y está íntimamente relacionado con éste, pues una vez formulado correctamente, el error en el tratamiento será menor.³⁷

Una vez formulado el diagnóstico el facultativo está obligado a informar sobre éste y el pronóstico al paciente. Sobre el particular, se estima que es importante hacer una distinción; si bien en nuestra legislación sanitaria³⁸ se impone tal obligación, la misma establece que “... en su caso ...” la información se proporcionará a los familiares o representante legal. En estos términos se debe atender el caso concreto, pues en el supuesto de que esa información se le dé al paciente se le puede originar un daño mayor —generalmente en su estado anímico— en proporción al causado por no informarle, por lo que se le podrá otorgar a los familiares o a quien legalmente corresponda,³⁹ a fin de que ello no origine un menoscabo en su estado clínico.

Una vez que el paciente es informado sobre el diagnóstico tiene el derecho, si no está de acuerdo, de solicitar una segunda opinión, sin que ello cause detrimento en su atención médica, pues nadie puede ser forzado a someterse a un tratamiento siempre que no medie una urgencia.

Tratamiento

Una vez elaborado el diagnóstico y obedeciendo al citado artículo 8º del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, el médico deberá indicar un tratamiento oportuno para la resolución del problema clínico.

Dicho tratamiento tendrá la finalidad de superar las enfermedades y, en algunos casos, la supresión de dolores o la prolongación de la vida. Por ello, se considera importante resaltar el término utilizado por el legislador, ya que abarca los

³⁵ Crespi: *op. cit.*, p. 75.

³⁶ Romeo CCM: *op. cit.*, p. 258.

³⁷ Barreiro JA: *op. cit.* p. 59.

³⁸ Artículo 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

³⁹ Pensemos en un paciente, que además de su enfermedad (cáncer), de la cual no ha sido informado, cursa con un estado de depresión, que, si se le da a conocer el mal que padece, se le ocasionará un daño mayor que si no se le informara, daño que puede llevarlo incluso al suicidio.

tres casos enunciados, pues en ocasiones es imposible combatir al proceso morboso y sólo resta mejorar la calidad de vida del paciente.⁴⁰

En la doctrina española⁴¹ el tratamiento médico se ha caracterizado por:

- a. Finalidad de obtener una mejoría en la salud del paciente.
- b. Idoneidad terapéutica.
- c. Existencia de una persona enferma que requiere la aplicación de las medidas terapéuticas.

Al efecto, el mismo autor⁴² define el tratamiento médico como “aquel que logrando un óptimo grado de salud, implique a la vez los menores riesgos o perjuicios posibles en el paciente”, por lo que considera que el tratamiento ha de ser necesario, idóneo y preferente.

- a. Necesario: para explicar la necesidad del tratamiento se sigue la clasificación establecida por la Corte de Apelaciones de Florencia el 27 de octubre de 1970:⁴³
 - Urgentes: no pueden ser prorrogadas en razón a un peligro inminente.
 - Necesarias: si bien se pueden aplazar, su omisión puede dar un resultado letal o la continuación de un estado de enfermedad.
 - De elección: no comprendidas en los supuestos anteriores; tienen como fin mejorar las condiciones del paciente, sobre todo las funcionales o las laborales.
 - Preventivas: si bien el peligro no es inminente, existe la posibilidad de que el estado de salud del paciente sea afectado, por lo que se administrarán medidas tendientes a evitarlo.
 - De complacencia: el ejemplo más común es el de los tratamientos estéticos.
- b. Idóneo: se refiere a que las medidas terapéuticas han de ser útiles y adecuadas para combatir y resolver el problema clínico.
 - Para determinar la utilidad terapéutica será necesario valorar el riesgo–beneficio del tratamiento, es decir, que el segundo sea superior al primero. Según el criterio del citado maestro español Romeo Casabona,⁴⁴ no es suficiente que el tratamiento pretenda la sanación, sino que además el estado de salud del paciente sea mejor al final del tratamiento que al inicio. Merced a ello, cobra importancia el término *contraindicación*, el

⁴⁰ Recordemos enfermedades incurables como el cáncer o el SIDA, en cuyos casos el tratamiento sólo buscará mejorar, en lo posible, la calidad de vida.

⁴¹ Principalmente Carlos Ma. Romeo Casabona. *Op. cit.*, p. 143.

⁴² *Ídem*.

⁴³ Nos hemos permitido modificarla, con el fin de lograr una mejor explicación y una adecuación para el tema del trabajo, pues estimamos que es aplicable al derecho mexicano.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 152.

cual se refiere a que no se logra el restablecimiento de la salud o conlleva efectos secundarios negativos.⁴⁵

- Esta valoración se hará de acuerdo con el estado actual de la ciencia médica y la observación de los riesgos previsibles —exigencia del deber de cuidado—, atendiendo al caso particular, pues aun cuando en la práctica se han reconocido determinados procedimientos terapéuticos para enfermedades similares, existe el peligro de que el paciente reaccione negativamente a alguno de ellos, por lo que estaría contraindicado.
 - Se insiste en que el médico conozca “íntegramente” al enfermo, lo cual le permitirá en algunos casos obtener información útil para prevenir los riesgos.
- c. Preferencia: como bien se sabe, en la medicina existen diversas posibilidades terapéuticas para una misma enfermedad, por lo que el profesional puede elegir, atendiendo a la idoneidad, la que estime mejor; sin embargo, ello no impide que pueda recurrir a las demás, por haber resultado la primera ineficaz, insuficiente o excesiva, o simplemente porque deban aplicarse simultánea o sucesivamente.⁴⁶

Tanto en la idoneidad como en la preferencia adquiere relevancia la “libertad prescriptiva o terapéutica” consuetudinariamente reconocida. Ello se refiere a que el médico, observando los principios científicos y éticos aceptados por su ciencia y considerando la naturaleza evolutiva de la misma, podrá prescribir el tratamiento que él estime que es el mejor para resolver el problema, pues de lo contrario, y ajustándose sólo a algunos criterios, se atentaría contra un principio fundamental de la medicina, que consiste en “tratar enfermos, no enfermedades”.

Lo anterior puede coincidir con lo afirmado por Engisch,⁴⁷ en el sentido de que el tratamiento será médicamente indicado “cuando es el único o mejor medio para conservar la vida o restablecer la salud, el bienestar o la apariencia del paciente, y cuando por ese motivo puede llegar a ser efectuada”.⁴⁸

Una vez observado lo anterior, es obligación del médico encargado de la atención del paciente ordenar la aplicación del tratamiento, mismo que podrá modificar o suprimir de acuerdo con la evolución del enfermo.

Aplicación del tratamiento

Siguiendo la sistemática que ofrece el maestro español Romeo Casabona,⁴⁹ se plantearán, en un principio y por considerarlos los más recurridos, tres tipos de

⁴⁵ Grahlmann R: *Heilbehandlung und Heilversuch*. P. 4.

⁴⁶ Del mismo parecer de Carlos Ma. Romeo Casabona.

⁴⁷ Engisch K: *Die Rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*. O. 1325.

⁴⁸ Este autor se refiere a las intervenciones quirúrgicas, aunque se considera que se puede adecuar al tratamiento en general.

tratamiento: prescripción de medicamentos, intervenciones quirúrgicas y transfusiones de sangre.⁵⁰

Prescripción de medicamentos

La administración de medicamentos es uno de los medios terapéuticos más usuales.

En términos de la fracción I del artículo 221 de la Ley General de Salud, medicamento es “toda sustancia o mezcla de sustancias de origen natural o sintético que tenga efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio, que se presente en forma farmacéutica y se identifique como tal por su actividad farmacológica, características físicas, químicas y biológicas”. Asimismo, el artículo 224⁵¹ los clasifica en:

a. Por su forma de preparación:

- **Magistrales:** cuando son preparados conforme a la fórmula prescrita por un médico.
- **Oficinales:** cuando la preparación se realice de acuerdo con las reglas de la farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.
- **Especialidades farmacéuticas:** cuando son preparados con fórmulas autorizadas por la Secretaría de Salud, en establecimientos de las industrias químico-farmacéuticas.

b. Por su naturaleza:

- **Alopáticos:** toda sustancia o mezcla de sustancias de origen natural o sintético que tenga efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio, que se presente en forma farmacéutica y se identifique como tal por su actividad farmacológica, características físicas, químicas y biológicas, y se encuentre registrado en la farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos para medicamentos alopáticos.
- **Homeopáticos:** toda sustancia o mezcla de sustancias de origen natural o sintético que tenga efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio y que sea elaborada de acuerdo con los procedimientos de fabricación descritos en la farmacopea homeopática de los Estados Unidos Mexicanos, en las de otros países u otras fuentes de información científica nacional e internacional.
- **Herbolarios:** los productos elaborados con material vegetal o algún derivado de éste, cuyo ingrediente principal es la parte aérea o subterránea de una planta o extracto y tinturas, así como jugos, resinas, aceites grasos y esenciales, presentados en forma farmacéutica, cuya eficacia terapéu-

⁴⁹ Romeo Casabona CM: *El médico y el derecho penal*. Op. cit., p. 258 y ss.

⁵⁰ No obstante, también se analizará el tratamiento estético.

⁵¹ Reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1997. Se adiciona la clasificación por su naturaleza.

tica y seguridad han sido confirmadas científicamente en la literatura nacional o internacional.

En la aplicación de este tratamiento intervienen dos grupos de trabajadores de la salud: el médico, quien prescribe; y el farmacéutico, quien suministra el medicamento. Por ello, ha de delimitarse la responsabilidad de cada uno.

Al prescribir un medicamento el facultativo justificará que es el medio idóneo para solucionar el problema clínico, previendo que su aplicación no cause reacciones adversas o esté contraindicado.⁵²

Esta prescripción se registrará en una receta médica, entendida como “el documento dirigido al farmacéutico por el facultativo, donde prescribe la medicación que aquél debe expender”.⁵³ Respecto a este documento, el artículo 64 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena que deberá contener: nombre del médico, nombre de la institución que le hubiere expedido el título profesional, el número de la cédula profesional emitido por las autoridades educativas competentes, el domicilio del establecimiento y la fecha de expedición. En el caso de los médicos especialistas, y conforme al artículo 65 del mismo Reglamento, se solicita el número de registro de especialidad.⁵⁴ Asimismo, de conformidad con el Reglamento de Insumos para la Salud,⁵⁵ sólo pueden prescribir medicamentos los médicos, homeópatas, cirujanos dentistas, veterinarios —en el área de su competencia—, los pasantes en servicio social de esas profesiones y las enfermeras y parteras.⁵⁶ Los cinco primeros deberán contar con cédula profesional. La receta médica contendrá impreso el nombre y domicilio completos y el número de cédula profesional de quien prescribe, así como la fecha y la firma autógrafa; de igual forma, indicará con precisión la dosis, la presentación, la vía de administración, la frecuencia y la duración del tratamiento.

En este sentido, el numeral 225 de la Ley General de Salud dispone que los medicamentos, para su uso y comercialización, deberán ser identificados por sus denominaciones genérica y distintiva; la genérica es obligatoria. Debido a la naturaleza de los medicamentos, existen restricciones para su venta y suministro; al efecto, en el artículo 226 de la Ley General de Salud se establece una clasificación:

⁵² Durante la anamnesis el médico indagará que el paciente no sea alérgico a determinados medicamentos. Por ejemplo, una persona que es alérgica a la penicilina puede sufrir un choque anafiláctico si se le aplica dicho fármaco.

⁵³ Romeo Casabona: *El médico y el derecho penal*. Op. cit., p. 260.

⁵⁴ Entre los médicos se conoce como “número de certificación”.

⁵⁵ Artículos 28, 29, 30 y 31.

⁵⁶ Sobre los pasantes, enfermeras y parteras, el artículo 28 dispone que deberán ajustarse a los lineamientos emitidos por la autoridad sanitaria.

- Medicamentos disponibles con receta o permiso especial expedido por la Secretaría de Salud.
- Medicamentos que requieren receta médica retenible en farmacia y registrada en libros de control.
- Medicamentos disponibles con receta hasta en tres ocasiones.
- Medicamentos disponibles con receta sin límite de suministro.
- Medicamentos disponibles sin receta.
- Medicamentos disponibles en establecimientos no farmacéuticos.

Tratándose de medicamentos en que la receta será retenida en la farmacia, el médico debe extenderla por duplicado, para una quede en poder del paciente y pueda seguir las indicaciones.

Si son medicamentos que contengan estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y en términos del artículo 50 del Reglamento de Insumos, sólo podrán ser prescritos por, siempre que posean título profesional legalmente expedido, médicos cirujanos, veterinarios, siempre que sean para aplicación en animales, dentistas, para problemas odontológicos y médicos homeópatas; los pasantes de medicina, durante la prestación del servicio social y con las limitantes señaladas por la Secretaría de Salud.

En la aplicación de medicamentos, si bien útiles para la superación de la enfermedad o para mejorar la calidad de vida, que entrañen un alto riesgo para el paciente,⁵⁷ se deberá obtener su consentimiento informado, a menos que se trate de un caso de urgencia.

El facultativo, observando los deberes de cuidado, indicará correctamente la vía de administración⁵⁸ y dosis del medicamento, pues en caso de que no se determine adecuadamente se pueden ocasionar graves trastornos en la salud del paciente, incluso la muerte. Así, ya sea en la receta o en la hoja respectiva del expediente clínico si el paciente está hospitalizado, el médico anotará, de forma legible y clara, las indicaciones para su aplicación —nombre del medicamento, vía de administración y dosis— a fin de evitar errores en su interpretación, especialmente cuando el propio paciente se administra el medicamento. Laporte y Guidevaux suman las precauciones que debe tomar el paciente para impedir los efectos adversos;⁵⁹ a opinión de quien escribe, se deben agregar no sólo las precauciones, sino también las posibles reacciones originadas por esa aplicación, pues no siempre son evitables.⁶⁰ Es decir, la aplicación del medicamento puede causar reacciones adversas y colaterales, aun cuando se haya ejecutado correcta-

⁵⁷ Aplicación de quimioterapias, tranquilizantes, anestésicos, etc.

⁵⁸ Medicamentos cuya aplicación es vía oral —pastillas, cápsulas—, intramuscular, —inyecciones— o dérmica —ungüentos.

⁵⁹ Laporte L, Guidevaux M: *Thérapeutique medicamenteuse et responsabilité pénale du médecin*. En RDP, Crim. 1963–1964:562.

mente y en tales casos sea el único medio de tratamiento; por lo tanto, en la administración de medicamentos se asume un riesgo permitido.

El médico no sólo es responsable de la prescripción, sino también de la vigilancia de la aplicación, que puede estar a cargo de otro personal de salud,⁶¹ y de la evolución del paciente; pues, como acertadamente afirman Laporte y Guidevaux,⁶² la terapéutica con medicamentos es, al fin y al cabo, una intoxicación dirigida.

Respecto a los farmacéuticos, suministrarán los medicamentos descritos en la receta, sin sustituirlos por otro que cause un daño en la salud del enfermo o sea inapropiado para su padecimiento. Al efecto, los códigos penales federal y para el estado de Hidalgo tipifican esta conducta e imponen a quien la cometa una multa y pena privativa de la libertad. También les es prohibido, si no poseen el título profesional correspondiente, prestar servicios de atención médica, según ordena el artículo 44 del Reglamento de la Ley General de Salud en esa materia.

Intervenciones quirúrgicas

La naturaleza y el contenido de esta actividad sitúan al médico en un alto riesgo de infringir la ley por ocasionarle un daño al paciente.

A efecto de explicar los deberes de cuidado que el médico debe observar en estas intervenciones, Romeo Casabona⁶³ plantea tres momentos de las mismas:

1. **Fase preoperatoria:** comprende el lapso en que se prepara al enfermo para la ejecución de la cirugía. El médico verificará que tanto el diagnóstico como la indicación del procedimiento hayan sido justificados y confirmados. Por lo tanto, el beneficio para el paciente será superior al riesgo que entraña la cirugía.⁶⁴ Así, se ordenará la práctica de exámenes de laboratorio o de gabinete, cuyos resultados muestren que el paciente puede ser sometido a la intervención,⁶⁵ o bien que el médico pueda adoptar las medidas de previsión para los incidentes que pudieran presentarse durante la misma.⁶⁶

⁶⁰ Por ejemplo, la aplicación de quimioterapia generalmente causa alopecia, es decir, caída del cabello.

⁶¹ Por ejemplo, en un hospital, las inyecciones están a cargo del personal de enfermería.

⁶² *Op. cit.*, p. 564.

⁶³ *Op. cit.*, p. 266. Este cuadro ha sido modificado, a fin de adecuarlo al sistema jurídico de México.

⁶⁴ Según se ha dicho, se indicará el tratamiento que consista en el único o mejor medio para resolver el problema clínico.

⁶⁵ Pensemos que en un paciente que va a ser sometido a una cirugía de abdomen, la cual no es urgente pero sí necesaria, y el resultado de los exámenes preoperatorios básicos para valorar el estado actual de la coagulación indican que los tiempos de ésta son alargados (lo que pone en peligro al paciente por la posibilidad de un sangrado excesivo), se podrá diferir la intervención hasta que se estabilice al paciente.

⁶⁶ Por ejemplo, hemorragias, problemas cardíacos, etc.

Al efecto, el médico tendrá en cuenta, entre otros factores, la edad y el estado general del paciente, las enfermedades simultáneas, el alcance de la intervención quirúrgica, los instrumentos y el equipo disponibles, y la pericia y fiabilidad del grupo de colaboradores. Achával⁶⁷ señala que también se ha de considerar el estado psíquico del enfermo, dando importancia a la depresión, los problemas familiares, el temor a la cirugía, etc.

La realización de estos exámenes obedece a la exigencia del deber de cuidado de observar todos los medios disponibles para evitar que se le ocasione un daño al paciente.

Para la práctica de esta intervención se obtendrá el consentimiento informado y por escrito del paciente o de quien legalmente pueda otorgarlo. Al efecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena en los artículos 80 y 81 que se obtenga, siempre que sea factible, el consentimiento del paciente; de no ser posible, por su estado de incapacidad transitoria o permanente, podrá otorgarlo el familiar más cercano en vínculo que lo acompañe, o en su caso, el tutor o representante legal. Asimismo, y en tratándose de urgencia⁶⁸ o por ausencia de las personas mencionadas, se procederá a efectuar el procedimiento, previa valoración del caso y acuerdo de por lo menos dos médicos autorizados del establecimiento hospitalario y dejando constancia de ello en el expediente clínico del paciente.⁶⁹

2. **Fase transoperatoria:** en la ejecución de la intervención el médico apegará su conducta a la *lex artis*, es decir, seguirá los procedimientos adecuados de incisión identificando los planos en que penetrará; en sí, empleará las técnicas quirúrgicas *ad hoc*.

Es importante señalar que en las cirugías interviene un equipo conformado no sólo por médicos, sino también por enfermeras y personal de salud en estado de formación. Al cirujano le corresponderá, como se ha dicho, emplear las técnicas quirúrgicas, auxiliándose de su ayudante y de un encargado de facilitarle los instrumentos necesarios para el procedimiento;⁷⁰ sin embargo, actúa también un anestesiólogo, quién será el encargado de vigilar el estado del paciente en razón de las sustancias suministradas que alteran su estado de alerta. Por lo tanto, al participar un grupo de personas, es necesario que se delimite la responsabilidad de cada una de ellos. En nuestro país, y sobre todo en las instituciones de atención médica del sector público, en diversas ocasiones la cirugía es practicada por un médico que, si

⁶⁷ Achával A: *Responsabilidad civil del médico*. Op. cit., p. 215.

⁶⁸ El tema de atención médica de urgencia será tratado posteriormente.

⁶⁹ Sobre el consentimiento se abundará en el tema respectivo.

⁷⁰ En la práctica médica se denomina "instrumentista".

bien tiene un título que lo acredita como médico general, se encuentra en un estado de formación para especialista.⁷¹ En estos casos, que a mi opinión no deberán ser cirugías con un riesgo mayor del normal,⁷² se actuará bajo la vigilancia de un médico especialista a fin de que, por el proceso enseñanza-aprendizaje, no se cause un daño al paciente.

Es frecuente que se acuse al médico de olvidar sustraer del cuerpo del paciente, objetos o instrumentos —gasas, pinzas, etc.— utilizados durante la cirugía, por lo que el encargado de facilitar el instrumental debe estar pendiente del conteo de éste, pues sólo así podrá tener la seguridad de que ello no ocurrirá.

3. Fase posoperatoria: el cirujano no sólo es responsable de la atención del paciente en el momento de la intervención, sino que continúa vigilando su evolución hasta valorar que ya no es necesario un control estricto, pudiendo indicar que el paciente abandone el hospital por mejoría en su salud. Durante esta fase pueden surgir eventualidades que determinen el inicio de nuevos procedimientos, incluida una nueva operación. Así, por el curso del paciente, el médico determinará si resulta necesario remitirlo a otro servicio del hospital.⁷³

Además, en este periodo interviene no sólo el cirujano, sino también otros trabajadores de la salud, como enfermeras o médicos residentes.

Transfusiones

En la actualidad la medicina transfusional ha cobrado gran importancia, no sólo por ser un recurso terapéutico muy utilizado, sino también por el riesgo implícito de transmisión de enfermedades.⁷⁴

En esta actividad,⁷⁵ además de la persona enferma y del personal de salud, interviene una tercera persona, que es el donante del tejido hemático.

De conformidad con lo dispuesto en la fracción del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, la transfusión es “el procedimiento a través del cual se suministra sangre o cualquiera de sus componentes a un ser humano, solamente con fines terapéuticos”.

Al tratarse de un acto de disposición del cuerpo humano, ha de mediar el consentimiento informado de quien proporciona la sangre.

⁷¹ Los denominados médicos residentes.

⁷² Es decir, cirugías que requieran personal especializado, por su alto grado de pericia y preparación.

⁷³ Un paciente que es operado y requiere una atención más personalizada debido a su estado de salud ha de ser trasladado a la unidad de cuidados intensivos.

⁷⁴ Riesgo poco valorado en la práctica médica.

⁷⁵ Criterio también aplicable a los trasplantes de órganos.

Donnedieu de Vabres⁷⁶ señala, basándose en la ineficacia del consentimiento, que la transfusión de sangre sólo “inflige al “dador de sangre” un daño momentáneo y siempre reparable”. Al respecto, se estima que es importante hacer una consideración. Aun cuando es poco frecuente, una persona que proporciona su sangre para fines de transfusión, y clínicamente es apto para otorgarla, puede llegar a sufrir una reacción vasovagal, generalmente originada por el estado de estrés en que se encuentra; en estos términos, la afirmación de Donnedieu de Vabres es aplicable como regla general, y este supuesto como excepción.

Igual que todos los procedimientos terapéuticos, la transfusión debe estar justificada; si bien es un recurso eficaz, constituye también un medio fácil para la transmisión de enfermedades.⁷⁷ Aun cuando a la sangre destinada a transfusión se le hayan practicado los estudios indicados por la normatividad,⁷⁸ existe el peligro —en particular con el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)— de que se presente el periodo de ventana,⁷⁹ es decir, que el virus “se oculte”, lo cual no ha sido posible suprimir con los reactivos que la ciencia médica ofrece, a pesar de realizarse correctamente los análisis de laboratorio. Así, en cada transfusión se asume un riesgo permitido; por ello, la indicación de ésta ha de ajustarse a los requisitos del tratamiento —idoneidad, eficacia, etc. Desafortunadamente, el médico, quizá por el uso cotidiano, le ha restado importancia a la responsabilidad de la transfusión, atribuyéndola en diversas ocasiones al personal de enfermería. No hay que olvidar que, *stricto sensu*, es un trasplante de tejido. El personal de salud que interviene no sólo se refiere al encargado de la atención del paciente, sino además al del banco de sangre,⁸⁰ por lo que ha de delimitarse la responsabilidad de cada uno de ellos. Al banco de sangre le corresponderá, de conformidad con el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, la selección médica del disponente,⁸¹ para lo cual, además del interrogatorio y exploración física, deberán realizarse estudios de laboratorio⁸² y las pruebas de compatibilidad previas a cada transfusión.⁸³

El médico tratante será el responsable de la indicación y vigilancia de la transfusión, que podrá ser aplicada por otros trabajadores de la salud, quienes serán

⁷⁶ Citado por Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal. Op. cit.*, p. 672.

⁷⁷ Algunos ejemplos son hepatitis B y C, SIDA, *Brucella*, sífilis y enfermedad de Chagas.

⁷⁸ Determinación de la presencia de los virus de las enfermedades mencionadas.

⁷⁹ Se refiere a un periodo en que no se puede determinar la presencia del virus, aun habiendo practicado los análisis correctos.

⁸⁰ El banco de sangre es el establecimiento autorizado.

⁸¹ Disponente es la persona que donará su sangre.

⁸² Entre otros, se citan la determinación del grupo sanguíneo y Rh, de hemoglobina, de hematocrito y de virus de enfermedades transmisibles mediante la transfusión.

⁸³ Llamadas también pruebas cruzadas.

corresponsables de la misma, según ordena el Reglamento de la Ley General de Salud mencionado y la Norma Oficial Mexicana para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.

Así, este procedimiento deberá ser registrado en el expediente clínico del receptor —es decir, de quien recibe la transfusión—, incluyendo las eventualidades que se presenten, por ejemplo, las reacciones adversas, como fiebre, escalofrío, rash, etc.

Respecto a las pruebas de compatibilidad, se estima que es importante hacer una distinción, observando los preceptos de la Norma Oficial Mexicana citada. Estas pruebas se realizan en tres fases aproximadamente en 45 min.⁸⁴ Si bien la legislación sanitaria ordena que antes de cada transfusión se practiquen estas pruebas, también permite que en los supuestos de urgencia transfusional se apliquen después de agotar la primera fase, siempre que la urgencia sea justificada por el médico tratante y éste asuma la responsabilidad del procedimiento. En tal caso han de concluirse las fases restantes, pues si se demuestra alguna incompatibilidad, se dará aviso inmediato a efecto de evitar o interrumpir la transfusión.

La aplicación de este recurso terapéutico idealmente se desarrollará en una unidad hospitalaria; sin embargo, si el estado de salud del paciente impide que acuda a ella, podrá efectuarse en su domicilio, siempre que el médico tratante garantice que cuenta con los elementos necesario para la atención oportuna. Asimismo, de conformidad con el artículo 316 de la Ley General de Salud, los establecimientos que realicen actos de disposición de sangre humana, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas deberán contar con un Comité de Medicina Transfusional.

LEX ARTIS

Este concepto se vincula con la indicación médica,⁸⁵ aunque son distintos en esencia. Como se ha dicho, la medicina versa sobre la justificación e idoneidad del tratamiento prescrito para resolver el problema clínico, mientras que la *lex artis*⁸⁶ abarca el procedimiento a seguir para la aplicación del tratamiento. Es decir, la indicación médica es el “por qué” y la *lex artis* es el “cómo”. Por tanto,

⁸⁴ Salina, albúmina y Coombs.

⁸⁵ Engisch: *op. cit.*, p. 1326.

⁸⁶ Condición requerida en la doctrina alemana: Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; Engisch: *Die Rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, *op. cit.*, p. 1324 y ss. En la doctrina española: Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, t. IV, p. 668; Romeo Casabona: *El médico y el derecho penal*, *op. cit.*, pp. 161 y ss. En la doctrina mexicana: Casa Madrid Mata: *Manual de ética y legislación en enfermería*, *op. cit.*, 237.

y como afirma Romeo Casabona,⁸⁷ no es suficiente para considerar que un tratamiento médico–quirúrgico es curativo y correcto que haya sido debidamente indicado, sino que su ejecución se apegue a las reglas del arte médico.

En México la observancia de la *lex artis* se desprende de disposiciones del derecho sanitario, como es el artículo 9 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, que ordena: “la atención médica se deberá llevar a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica”.

En estos términos, y de acuerdo con Romeo Casabona,⁸⁸ la *lex artis* trata de una serie de reglas técnicas o procedimientos generales, aceptados por la ciencia médica, que son aplicables a situaciones similares; no obstante, como en toda la práctica médica, hay que atender el caso en concreto. Acosta Ramírez⁸⁹ señala que la *lex artis* se refiere “al conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de su profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso”.

Merced a lo anterior se entiende que el contenido de la *lex artis* es variable en razón del caso en particular; por ejemplo, si una persona sufre un accidente vehicular que le ocasiona una fractura, no será lo mismo rectificar el daño en un hospital donde hay médicos especialistas que en el lugar del accidente. Sin embargo, siempre se observarán las exigencias de la *lex artis*, mismas que estarán en relación con las circunstancias en que se actúe.⁹⁰

En este sentido, Agustín Barreiro⁹¹ señala que las reglas del arte médico no se refieren a una escuela en especial, pues se atentaría contra la “libertad prescriptiva o de terapia”. Si se establecieran criterios fijos para la ejecución de un tratamiento, se impediría que la medicina progresara; no hay que olvidar que es una ciencia evolutiva. Sobre el particular, Romeo Casabona⁹² apunta: “la sujeción del facultativo a la *lex artis* no implica necesariamente la utilización de las reglas del arte médico generalmente aceptadas, aunque sean las que casi siempre se observan, pues en primer lugar puede ser difícil delimitar esas reglas seguidas por la mayoría, ya que no siempre existe un reconocimiento general o predominante”. Sobre ello se estima que es importante hacer una consideración: si un paciente sufre una enfermedad que, por el estado actual de la ciencia, es posible curar, la ejecución del tratamiento se apegará a los principios científicos aceptados y reconocidos por la ciencia médica y del cual se tiene el antecedente de haber sido apli-

⁸⁷ Romeo Casabona CM: *op. cit.*, pp. 160, 161.

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ Acosta RV: *De la responsabilidad civil médica*. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 380.

⁹⁰ Se considerarán el equipo, el lugar, el personal, etc.

⁹¹ Barreiro JA: *La imprudencia punible en la actividad médico–quirúrgica*, *op. cit.*, p. 25.

⁹² Romeo Casabona CM: *op. cit.*, p. 163.

cado en seres humanos con resultados favorables. Pero si se trata de un paciente con una enfermedad para cuya sanación la ciencia médica no ha encontrado un tratamiento adecuado, se podrá aplicar un nuevo recurso terapéutico, siempre que sea justificado, se obtenga el consentimiento informado del paciente y exista la posibilidad fundada de salvarle la vida.⁹³ En este caso se enfrenta una innovación de tratamiento, por lo que se podrán seguir procedimientos distintos a los tradicionales, con lo cual toma importancia la “libertad de terapia” y se sustenta la afirmación de Romeo Casabona.⁹⁴

En este sentido, es imprescindible referirnos a lo que se ha denominado la *lex artis ad hoc*.

Se ha definido a la *lex artis* como un conjunto de reglas, técnicas y procedimientos generales⁹⁵ que se aplican para la valoración y regulación de la práctica médica. No obstante, tal concepto se refiere a criterios universales de actuación, por lo que es necesario una segunda acepción para los que pueden y deben considerarse correctos en una situación particular, lo que se traduce en la *lex artis ad hoc*.

Martínez–Calcerrada⁹⁶ la define como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida.

Además, las pautas o estándares de la actuación del personal sanitario están sujetas a la constante evolución de las ciencias de la salud, por lo que el contenido de la *lex artis* es dinámico.

Por una parte, el contenido de la *lex artis* y de la *lex artis ad hoc* sólo puede ser construido por la propia medicina.

De ahí que para establecer los criterios generales y prudenciales se requiere un consenso y la práctica reiterada en el ejercicio de esa ciencia. Como ejemplo de lo anterior se han elaborado las guías clínicas y los protocolos de actuación, por mencionar algunos, que son recursos que aportan una gran cantidad de material para la valoración de los casos.

Estos principios se actualizan constantemente de acuerdo con las nuevas necesidades. Asimismo, fuera de esos supuestos, la *lex artis* se puede generar también

⁹³ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley General de Salud.

⁹⁴ Este tema será abordado posteriormente.

⁹⁵ En la cual, según se ha dicho, Romeo Casabona menciona que habrá que atender el caso concreto.

⁹⁶ Citado por Fernández Entralgo: Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales. España, 2004;3:195.

a partir de la literatura magistral, la bibliohemerografía indexada, los criterios de la autoridad sanitaria y los criterios de comisiones y comités competentes.⁹⁷

Citando a Martínez Calcerrada, Casa Madrid reprodujo algunos elementos metodológicos que aquel autor propuso al sistematizar el estudio de la *lex artis ad hoc* y que son necesarios para el análisis de casos:⁹⁸

- a. La referencia a las reglas de medición de conducta, al tenor de baremos⁹⁹ que integran la *lex artis ad hoc*.
- b. Necesidad de la valoración de la conducta médica al tenor de las reglas de la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.
- c. Necesidad de valoración de la técnica y el arte personal del autor del acto médico.
- d. Existencia de módulos de integración axiológica:
 - Circunstancias del autor.
 - Objeto de la atención.
 - Factores endógenos de la intervención y sus consecuencias.
- e. Necesidad de valorar la concreción de acto médico *ad hoc*.

Como se puede apreciar, la *lex artis ad hoc* permite que, mediante los principios generales establecidos por la *lex artis*, se puedan analizar los casos particulares atendiendo a diversas circunstancias —modo, tiempo y lugar— que influyen directa o indirectamente en el desarrollo de la actuación médica. Luego entonces, una vez más puede afirmarse la posibilidad y necesidad de que mediante la incorporación de criterios éticos y bioéticos se puedan analizar y regular los actos del personal sanitario.

⁹⁷ Como son los hospitalarios de bioética, de ética en investigación, de mortalidad materna, etc.

⁹⁸ Octavio Casa Madrid Mata en: Normalización *lex artis ad hoc* y deontología en el derecho sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Octubre de 2005. <http://www.aeds.org/Congreso12/PONENCIASCOMUNICACIONES%20LIBRES/comunicaciones%20XII/Octavio%20Casa.pdf>.

⁹⁹ Es una tabla de cuentas hechas; esto significa que un autor que realiza un número determinado de cálculos matemáticos de cierta naturaleza los vuelca en un formato tabular para facilitarle la tarea de realizar esos cálculos al público en general o a un público específico. Actualmente es útil en la medicina legal, la cual, entre otros asuntos, se encarga de evaluar los daños físicos en las personas que puedan repercutir en su rendimiento laboral, pero como tal ración puede ser con criterios no objetivos ni sistemáticos, en virtud de que son emitidos al *leal saber y entender* del perito, se recurre a la elaboración de tablas o baremos de las incapacidades físicas.

OBLIGACIONES MÉDICAS

Para determinar las obligaciones médicas es necesario revisar en general la clasificación de las obligaciones que la doctrina¹⁰⁰ ha formulado en atención al objeto de las mismas: obligaciones de medios, de resultado y de seguridad.

Obligaciones de medios

En este tipo de obligaciones el deudor se compromete a adoptar las medidas prudentes y diligentes para lograr un resultado, pero no se obliga en sí a lograrlo. Es decir, el objeto de la relación jurídica se traduce en las medidas adecuadas para llegar a un fin.

En el caso de la práctica médica, el facultativo se obliga a conducirse con la mayor diligencia, empleando los medios disponibles y actuando conforme a la *lex artis*, para lograr la mejoría del paciente, pero no se compromete a asegurarla, pues este resultado no sólo depende de que el médico actúe con diligencia o no, sino que concurren diversas circunstancias: estado de avance de la enfermedad, respuesta propia del organismo del paciente, imposibilidad de sanación, etc.

Al respecto, se estima que es útil citar lo afirmado por Charles Villar:¹⁰¹ “la obligación de dar cuidados atentos, concienzudos, y reserva de circunstancias excepcionales conforme a las lecciones adquiridas por la ciencia”.

En este sentido, los autores Mazeaud y Tunc¹⁰² señalan que en este tipo de obligaciones el resultado debe permanecer ajeno al objeto de la obligación, el cual, como se ha dicho, se refiere a conducirse con diligencia.

Merced a lo expuesto, generalmente el médico asume este tipo de obligaciones, pues el resultado —salud del paciente— puede escapar del control del médico, debido a circunstancias de modo, tiempo y lugar.¹⁰³

Por lo tanto, en los casos en que la obligación del médico es de medios, y para determinar su cumplimiento, no ha de valorarse solamente el resultado, sino analizar cada una de las etapas del tratamiento médico y precisar así sus deberes, pues las obligaciones de medios serán distintas en cada una de esas etapas y en cada caso particular, por lo que la valoración del desarrollo de la prestación de dicho servicio será cuidadosa y mediante un juicio *ex ante*.

¹⁰⁰ Entre ellos Demogue. V. Acosta Ramírez: *De la responsabilidad civil del médico*. P. 236.

¹⁰¹ Acosta RV: *De la responsabilidad civil del médico*, op. cit., p. 237.

¹⁰² *Ibidem*, p. 236.

¹⁰³ Se puede pensar en un médico que atiende a un paciente con cáncer en fase avanzada, caso en que el facultativo ha de proporcionarle los cuidados y el tratamiento que si bien no mejoran al paciente, al menos no lo empeoran, pero no puede comprometerse a curarlo, pues la enfermedad es incurable.

No sólo porque el resultado —la salud del paciente— no se logró se ha de pretender acusar al médico de *malpraxis*, pues aun cumpliendo con todas sus obligaciones y actuando conforme a los principios de su ciencia no puede lograr la salud por las razones ya expuestas; puede suceder, aunque no con frecuencia, que el paciente se cure no obstante el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte del médico, supuesto en el que, por lo general, el enfermo no lo denunciaría.

Al efecto, la Ley General de Salud establece que la actividad curativa de la atención médica¹⁰⁴ tiene como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar un tratamiento oportuno.

Como es notorio, esta disposición obliga al médico a emplear los medios necesarios y adecuados para la resolución del problema clínico y no precisamente al resultado —la salud—, pues ordena la elaboración de un diagnóstico y la prestación de un tratamiento oportuno.

En estos términos, algunas de las obligaciones de medios del médico incluyen aplicar las medidas de sostén terapéutico de acuerdo con el diagnóstico emitido, solicitar la interconsulta a especialistas en caso necesario, emplear los medios disponibles que se requieran, revisar la evolución del paciente y observar los principios establecidos por su ciencia.

Obligaciones de resultados

En las obligaciones de resultados el deudor se compromete a lograr un resultado determinado, es decir, a cumplir en su totalidad el objetivo pretendido por el acreedor.

En la atención médica el facultativo se obliga a cumplir el resultado, atendiendo a la naturaleza del tratamiento; veamos por qué.

Si el médico estima que es posible llegar al resultado y así se obliga, deberá cumplirlo, pues en ello estriba el objeto de la relación jurídica. El caso más frecuente es el de los tratamientos estéticos, en los cuales se ha de diferenciar entre los tratamientos reparadores y los puramente vanidosos,¹⁰⁵ pues por la naturaleza de los mismos el médico puede prometer alcanzar el resultado; no sucede lo mismo con otros tratamientos en los que la salud no es susceptible de un control total

¹⁰⁴ Según se ha visto, el artículo 33 enumera sus tres actividades: preventiva, curativa y de rehabilitación.

¹⁰⁵ Los reparadores son aquellos en los que se pretende corregir deformidades congénitas o las producidas por traumatismos y que en cierto momento puedan ocasionar alteraciones fisiológicas: labio leporino, desviación de tabique nasal, desarrollo incompleto de la oreja, etc. Los puramente vanidosos no tienen, en estricto sentido, un fin curativo, pues sólo se pretende un *embellecimiento* del aspecto físico: cirugía de nariz aguileña, reducción de los labios, desaparición de arrugas faciales, etc.

por parte del médico, por lo que hay que recordar un principio general del derecho: *nadie está obligado a lo imposible*.

En tal supuesto, si el médico asegura el resultado del tratamiento, deberá lograrlo, por ejemplo, desaparecer las arrugas faciales causadas por la edad y disminuir el volumen de grasa abdominal; pues de lo contrario, el paciente podrá demandar el cumplimiento de la obligación, la cual consiste en lograr el fin del tratamiento.

Siguiendo el criterio de Acosta Ramírez,¹⁰⁶ el médico informará claramente al paciente en qué consiste el resultado, ya que podría suceder que éste tenga una concepción distinta a la del médico, lo que originaría un serio conflicto de apreciación.

Otro caso de obligación del personal sanitario es el resultado de los exámenes de laboratorio y gabinete. Estos establecimientos deben proporcionar un resultado veraz de los estudios practicados, dado que ello es el motivo por el cual son solicitados sus servicios. Como ejemplo está el médico que envía una muestra de sangre al laboratorio para determinar el nivel de glucosa; el laboratorio se obliga a dar un resultado preciso, pues el médico se basará en él para confirmar o descartar un diagnóstico y así iniciar un tratamiento. Lo mismo sucede cuando se solicita un estudio de ultrasonido, en el cual el médico especialista —es decir, el imagenólogo— dará un resultado y una interpretación correctos del procedimiento.

Respecto a este tipo de obligaciones, Mazeaud y Tunc¹⁰⁷ afirman que el cumplimiento de una obligación de resultado impone cierta diligencia; en este sentido, la diligencia es sólo una parte de la obligación.

Obligaciones de seguridad

Las obligaciones de seguridad se refieren a que el obligado debe evitar que el acreedor sufra algún accidente.

En la actividad médica dichas obligaciones equivalen a que el personal sanitario se comprometa a adoptar los cuidados necesarios para evitar que el paciente sufra algún incidente.

Así, tratándose de pacientes hospitalizados, los responsables del establecimiento garantizarán que cuentan con todas las medidas de prevención de accidentes, como colocar un barandal en la cama para que el paciente no se caiga, además de evitar que el paciente se ocasione algún daño, por ejemplo, retirarse bruscamente el suero y tomar medicamentos sin indicación.

¹⁰⁶ Acosta RV: *De la responsabilidad civil del médico*. Op. cit., p. 241.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 236.

Incluso, de ser necesario y de acuerdo con el caso particular, es posible que algunos pacientes —como los psiquiátricos— sean sujetos a la cama para evitar que vayan a huir del hospital, se golpeen o se causen algún otro daño.

En términos generales, las obligaciones de seguridad incluyen mantener el equipo médico en buen estado,¹⁰⁸ vigilar que los medicamentos y demás insumos para la salud no tengan la fecha de caducidad vencida y que exista un abasto de ellos, y contar con los medios necesarios según el servicio que se presta,¹⁰⁹ garantizando que así se evitan los riesgos previsibles.

Ahora bien, en el artículo 9 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica se le impone al prestador de este servicio la obligación de observar los principios científicos y éticos de la ciencia médica en el desarrollo de su tarea:

“La atención médica se deberá llevar a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica”.

Esta disposición, de carácter consuetudinario, además de establecer la *lex artis*, consolida la libertad prescriptiva o de terapia del médico, pues evita la imposición de criterios fijos en el desarrollo de la prestación de la atención médica, permitiendo que el médico actúe “libremente” observando las reglas científicas y éticas de su profesión.

El médico tiene la obligación de emitir un diagnóstico y un pronóstico, además de que sus juicios deben ser correctos con base en los medios de que dispone.

De acuerdo con lo afirmado por Casa Madrid Mata, al valorar si la actividad médica se apegó a las reglas científicas habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos.

1. La ejecución del acto médico se deberá ajustar a la técnica recomendada en la bibliografía disponible, conforme a las indicaciones de ese procedimiento y valorando el riesgo–beneficio en relación con las contraindicaciones existentes.
2. Si la prestación de la atención médica la lleva a cabo un equipo de trabajo, cada uno de sus integrantes deberán cumplir con las tareas encomendadas, observando los principios de división del trabajo y de confianza.¹¹⁰
3. El jefe del equipo de trabajo, que es el responsable de las actividades que el grupo desarrolle, tiene la obligación de supervisar si cada uno de los integrantes del equipo cumple adecuadamente con las tareas asignadas.

¹⁰⁸ Por ejemplo, que el equipo de rayos X esté en buen estado y que el desfibrilador se encuentre listo para ser utilizado.

¹⁰⁹ Por ejemplo, un sanatorio donde se atienden partos debe contar con servicio de transfusión, incubadora, aspirador de secreciones, etc.

¹¹⁰ Estos principios se revisarán posteriormente en el apartado de Propuestas de solución a los problemas de tráfico.

4. Las instrucciones y órdenes dadas en el equipo de trabajo deberán ser precisas, evitando cualquier hecho que pudiese conducir a un error o que impida una claridad en el mensaje.
5. Al tener una obligación de medios y no de resultados, el médico deberá proporcionar al paciente las medidas de sostén terapéutico, es decir, las suficientes y adecuadas para la resolución del problema clínico en estudio.
6. El médico también tiene el deber de elaborar reportes obligatorios, como valoración de los resultados de los estudios de laboratorio o gabinete, datos estadísticos que exige la autoridad sanitaria, notificación de ciertas enfermedades transmisibles y elaboración de distintas notas médicas.¹¹¹
7. En la aplicación de medios auxiliares de diagnóstico, del tratamiento en sí y de cualquier procedimiento en el paciente se deberá valorar el riesgo–beneficio, en relación con las consecuencias que cualquiera de ellos tenga en la salud del paciente.

Para la justipreciación del apego a los principios éticos —aquellos universal y consuetudinariamente aceptados por la medicina—, según el criterio del jurista mexicano Casa Madrid, se considerará:

- El *animus* del personal. Es decir, que la voluntad o la intención del profesional persiga un fin salutar. En ocasiones será imposible recuperar la salud, pero se buscará mejorar las condiciones del paciente, o al menos mantenerlo estable sin llegar al llamado ensañamiento terapéutico.¹¹²
- La información suficiente. Al respecto, el artículo 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica obliga al médico a proporcionar información completa al paciente o a quien legalmente esté autorizado sobre el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento y la evolución correspondientes. Asimismo, el artículo 30 del mismo texto jurídico establece que si el paciente o su familiar, tutor o representante legal lo solicitan, el responsable del establecimiento está obligado a proporcionar el resumen clínico sobre el diagnóstico, el tratamiento, el pronóstico y la evolución del padecimiento que ameritó el internamiento.

Sin embargo, existen situaciones excepcionales en que informar al paciente sobre su padecimiento le causará un mayor daño que si no se le comenta nada. En este caso se le proporcionará al familiar, tutor o representante legal.

- El consentimiento informado, es decir, que el paciente manifieste su aceptación a la aplicación del tratamiento médico–quirúrgico, una vez que ha sido

¹¹¹ Serán analizadas en el capítulo del expediente clínico.

¹¹² Este tema se tratará en las conclusiones de este trabajo.

enterado del contenido de éste, incluyendo los riesgos y beneficios del mismo.

- Los riesgos y daños innecesarios o que puedan exponer al paciente. El médico valorará el riesgo–beneficio descartando toda actividad que entrañe un mayor riesgo que beneficio para el enfermo. Por desgracia, en la práctica médica es frecuente que se le ordenen al paciente estudios o procedimientos de alto riesgo, cuyo fin no es precisamente la búsqueda de su salud, sino que tiene una finalidad lucrativa, pues la realización de esos estudios redundará en una ganancia pecuniaria para el médico.¹¹³

Merced a lo anterior, la actividad médica siempre estará en beneficio del paciente. Por lo tanto, se evitará cualquier abuso hacia el enfermo, es decir, no se “utilizará” para fines distintos a la ontología del acto médico.

LEX ARTIS Y EJERCICIO ILÍCITO

Según se ha anotado, la *lex artis* se refiere al conjunto de reglas del arte médico. El cumplimiento de ellas resulta obligatorio, pues en la prestación de la atención médica el profesionista observará los principios científicos y éticos que su ciencia ha aceptado y reconocido como válidos para el ejercicio de la misma, además de las disposiciones jurídicas que lo rigen.¹¹⁴

Sin embargo, ese ejercicio no siempre se apega a esas reglas técnicas o a lo establecido por la ley, constituyendo así una *malpraxis* en la atención médica.

Agustín Jorge Barreiro¹¹⁵ hizo una distinción entre la falla a la *lex artis* y la infracción al deber de cuidado. Afirma que la valoración de aquél, por referirse a aspectos técnicos, corresponde al médico, mientras que la justipreciación de la observación del deber de cuidado es competencia del juez, por invadir la esfera jurídica. Sin embargo, se estima que la *lex artis* contiene, invariablemente, un deber de cuidado. A mayor abundamiento, la interpretación correcta de la *lex artis* contiene un número indeterminado, según el caso, de obligaciones de medios, es decir, de medidas diagnósticas y terapéuticas que aseguren una oportuna y adecuada atención médica, lo cual, sin duda, implica un deber de cuidado. Por ello, el criterio de Jorge Barreiro no necesariamente tiene que ser válido.

Romeo Casabona opina que el fallo técnico de la medicina indica “un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de

¹¹³ Es frecuente que los laboratorios o los gabinetes den al médico una comisión por cada estudio realizado y que ellos hayan ordenado.

¹¹⁴ Atendiendo a lo previsto en el artículo 9º del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

¹¹⁵ Barreiro JA, *La imprudencia punible en la actividad médico–quirúrgica*, cit. 44 y ss.

la actuación del médico”.¹¹⁶ Por su parte, Engisch afirma que este error consiste “tanto en un hacer como en un omitir en la realización de una intervención no indicada, pero igualmente en su no realización, existiendo indicación en defectos antes, durante y después de la práctica de la operación”.¹¹⁷

El fallo técnico se puede deber a la infracción al deber de cuidado, por ejemplo, si un médico no adopta las medidas adecuadas para prevenir un riesgo en la cirugía, medidas que consuetudinariamente la ciencia ha reconocido, ocasionará una falta en el cuidado, pues no estará procurando evitar un riesgo previsible¹¹⁸ y estará actuando, en consecuencia, en contra de lo dispuesto por la *lex artis*.

Al efecto, Quintano Ripollés,¹¹⁹ parafraseando a Mezger, estima que la falta de técnica, que es un aspecto científico, no entraña *eo ipso* a la culpa, sino que es precisamente lo jurídico; así, lo decisivo en derecho no es tanto el error en sí, como la causa del error. Sin embargo, hay que recordar que la *lex artis* no se refiere a una determinada escuela, sino a principios generales aceptados y reconocidos, respetándose la libertad prescriptiva o de terapia. Se puede pensar en un médico que en fase de investigación sigue los principios aún no reconocidos por la generalidad, pero que tienen un contenido benéfico o adecuado para el paciente, precisamente en el caso concreto; no por ello viola el deber de cuidado, pues éste le ordena observar todos los medios disponibles y adecuados para que resulte eficaz su actividad.

Coincidiendo con el maestro español Romeo Casabona,¹²⁰ la existencia del fallo técnico puede constituir un indicio —siempre que el fallo sea perjudicial para el paciente—, el cual será útil para la comprobación del daño.

Ciertamente, el juez valorará la infracción al deber de cuidado, pues corresponde al ámbito jurídico; pero si el fallo en la *lex artis* ocasiona esa falta, el tribunal considerará ese elemento en su valoración, aunque para ello deberá auxiliarse de la apreciación pericial. En estos términos, el perito dictaminará las obligaciones de medios y el cumplimiento de cada una de ellas.

Así, la *malpraxis* del médico, penetrando en la esfera jurídica, puede traducirse en conductas de dolo,¹²¹ negligencia e impericia.¹²²

¹¹⁶ Romeo Casabona CM: *El médico y el derecho penal. op. cit.*, p. 233.

¹¹⁷ K. Engisch: *Die rechtliche Bedeutung der ärztliche Operation, op. cit.*, p. 1339. Esta operación no necesariamente debe ser quirúrgica, pues abarca también otro tipo de procedimientos médicos.

¹¹⁸ C. M. Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 234. Casabona afirma que una vez comprobado el fallo técnico y, en consecuencia, el daño, es necesario averiguar si ha concurrido la infracción al deber de cuidado.

¹¹⁹ Quintano RA: *Derecho penal de la culpa*. Barcelona, Boch, 1958;505,510.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 235.

Dolo

Según el Diccionario Jurídico Mexicano,¹²³ y de manera genérica, la palabra dolo entraña la intención deliberada de causar un daño de manera injusta: “la acción encaminada a lograr ese fin ha de ser violatoria del deber jurídico de ajustar nuestra conducta a las normas de rectitud y la buena fe que informan la virtud secular de la justicia”. Aplicado a la actividad médica, el dolo consiste en la conducta tendiente a causar un daño al paciente, ya sea por acción o por omisión. Es decir, el médico tiene el conocimiento de que la ejecución de su conducta, activa u omisiva, le ocasionará un daño al paciente y aun así la ejecuta. Pensemos en el médico que abandona intencionalmente y sin justa causa al paciente que requería necesariamente la prestación del servicio, o bien lo somete a procedimientos que entrañan un alto riesgo para la salud o la vida, o a procedimientos no justificados, que le ocasionan un daño al paciente, a sabiendas de que no era necesario exponerlo a ese riesgo superior; también está el caso del médico que deliberadamente deja de aplicarle al paciente las medidas de sostén terapéutico. Tales suposiciones constituyen una conducta dolosa. Por lo tanto, para que exista dolo se deberá tener el conocimiento de que la conducta ocasionará un daño y la intención de ocasionarlo.

Impericia

Se entiende por impericia la falta inexcusable de conocimientos o de experiencia para desarrollar determinada actividad. Aplicada a la actividad médico-quirúrgica, consiste en la falta de conocimientos o de práctica sobre ciertos procedimientos que el médico tiene la obligación de saber. Eduardo Novoa¹²⁴ sostiene que la impericia consiste en “la falta de aptitud para una determinada función o para cierta especial actividad voluntaria que se acomete, de las cuales resultará el efecto no querido; generalmente se presenta en relación con profesiones cuyo

¹²¹ En el derecho penal, dolo significa el propósito o intención de cometer un delito, es decir, se sabe o conoce lo que realmente se ejecuta. Para el derecho civil, el dolo se considera vicio de la voluntad y elemento de la responsabilidad civil; en el primer aspecto se refiere a cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; en su segunda acepción se distingue por la intención de causar, sin derecho, un daño a otro.

¹²² Penalmente, negligencia e impericia se entienden como culpa. Para el derecho civil, la negligencia, considerada un elemento de la culpa contractual, consiste en no observar los medios disponibles para evitar un daño, aun si no existe la intención de dañar.

¹²³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: *Diccionario jurídico mexicano*. Op. cit., t. II, p.1204.

¹²⁴ Novoa ME: *Curso de derecho penal chileno*. Tomo I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1960:545.

inadecuado ejercicio puede traer males a los bienes jurídicos”. Esta conducta puede ocurrir por acción o por omisión. Es decir, el médico no tiene la intención de dañar, pero por ignorancia, consistente en extralimitarse de su capacidad profesional, se produce. Así, está el facultativo que somete a un paciente a un tratamiento que ocasiona reacciones adversas o colaterales, mismas que por naturaleza propia de ese tratamiento podían manifestarse, pero que el médico, por sus conocimientos insuficientes o inexperiencia en el caso, las ignoraba. En este sentido, la impericia se caracterizará por la ignorancia inexcusable, que puede deberse a la falta de práctica en el desarrollo de cierto procedimiento, el cual, según su formación académica, debe saber.

Negligencia

Se entiende por negligencia la omisión de un deber de cuidado. Acosta Ramírez¹²⁵ opina que “consiste en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de la atención y de la diligencia debida, una pereza volitiva”. Al respecto, López Bolado¹²⁶ afirma que la negligencia es un dejar de hacer, “un hacer menos”, no guardar la precaución necesaria o tener indiferencia por el acto que se realiza.

De ello se desprende que la negligencia es una actitud de descuido. Al respecto, Acosta Ramírez¹²⁷ dice que la característica de ella es el desprecio del cuidado. Además, en la negligencia, el autor del daño prevé los posibles riesgos pero no asume una postura para evitarlos, pues confía en que no se producirán,¹²⁸ o no tiene conocimiento de su existencia y no por ignorancia, sino por no haber analizado diligentemente el caso.

Es decir, el médico será negligente cuando su conducta —acción u omisión—, viole los deberes de cuidado, al no tomar una postura adecuada para no infringirlos. Así, a pesar de tener los conocimientos y experiencia suficientes, el médico actúa con descuido y confía excesivamente en que el daño por esta falta no se producirá, por lo que su proceder se traduce en una conducta “ligera” y de indiferencia inexcusable al cuidado, es decir, no actúa con diligencia.

Esta conducta es la que cotidianamente se le reprocha al médico. En este sentido, incurre en negligencia el facultativo que deja de observar los principios establecidos por su ciencia para desarrollar cierto procedimiento; la falta de observancia se debe a un descuido u olvido inexcusable. Para ejemplificar la

¹²⁵ Acosta RV: *De la responsabilidad civil médica*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, p. 387.

¹²⁶ López BJ: *Los médicos y el Código Penal*. Op. cit., p.94.

¹²⁷ *Ídem*.

¹²⁸ Lorenzetti LR: *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, p. 217.

negligencia, supongamos que un cirujano olvida gasas o pinzas en el cuerpo del paciente.

La justipreciación jurídico-sanitaria sobre si se incurrió en cualquiera de las conductas anteriores se hará mediante un juicio *ex ante*, en el que se atenderá el caso concreto, es decir, tomando en cuenta las condiciones en que se actúe: circunstancias de tiempo y lugar, urgencia médica, etc.

Así, si el médico deja de observar ciertas exigencias del cuidado, en razón de, por ejemplo, la urgencia médica, la carencia de material y el lugar inapropiado, y habiendo valorado el riesgo-beneficio,¹²⁹ justificándose con el estado de necesidad, podrá legitimar su actuar.

Ahora se revisan algunos casos prácticos de estas conductas.¹³⁰

a. Diagnóstico:

- Dolo. En esta etapa el médico incurrirá en dolo cuando, deliberadamente y a sabiendas del resultado que se producirá, someta al paciente a procedimientos auxiliares de diagnóstico que impliquen un grave riesgo para la salud o la vida, teniendo el conocimiento de que no son los adecuados para el caso en estudio.
- Impericia. Si el médico con conocimientos y experiencia escasos, no obstante que debía tenerlos, emite un diagnóstico erróneo —pues se trataba de un embarazo ectópico y no de una apendicitis— debido a que no tenía la suficiente práctica en la exploración física de estos problemas clínicos, ni en la anamnesis, pues no sabía que ciertos datos reportados por el paciente indicaban la presencia de un embarazo y no de un proceso inflamatorio.
- Negligencia. Incurrirá en negligencia el médico que aparentemente para confirmar su sospecha diagnóstica le indique al paciente una serie de exámenes de laboratorio, haciendo caso omiso, inexcusablemente, de los resultados de éstos y emitiendo así un diagnóstico erróneo; por ejemplo, el paciente acude a consulta por un fuerte dolor de cabeza y el médico le indica una tomografía de cráneo, pero como no hace caso, injustificadamente, del resultado del estudio emite el diagnóstico erróneo de cefalea por estrés, cuando lo que en realidad tenía el paciente era un tumor, que el médico ni siquiera vio.

b. Tratamiento:

- Dolo. Someter deliberadamente al paciente a una intervención quirúrgica no necesaria, y por lo tanto no justificada, sabiendo que este procedimiento implica un grave riesgo para la salud o la vida y que no es medio

¹²⁹ Es decir, que sea mayor el beneficio para el paciente que el riesgo existente.

¹³⁰ Se siguió, con cierta adecuación, la sistemática planteada por Vicente Acosta Ramírez, En: *De la responsabilidad civil médica. Op. cit.*

idóneo para buscar la cura de la enfermedad, o bien someterlo a tratamientos costosos, que igualmente el médico sabe que no son los adecuados y que pueden generarle un daño al paciente.¹³¹

- Impericia.¹³² Se puede observar en un par de médicos recién egresados de la universidad, que cuentan con su título profesional que los acredita como “médicos cirujanos” y en su historial de materias cuentan con el curso de un semestre de práctica en ginecología; supuestamente tenían conocimientos básicos de la operación cesárea y se atrevieron a practicarla, pero durante el desarrollo de la intervención surgieron eventualidades que no esperaban, pues no tenían el conocimiento suficiente; además, no supieron cómo actuar ante esos accidentes, por lo que fue necesaria la intervención de un médico especialista que les ayudó a afrontar el problema.
- Negligencia. Aplicar un tratamiento de penicilina sin preguntarle al paciente si es alérgico a ella representa un descuido imperdonable, dado que el paciente sufre un estado de choque por la reacción alérgica. Otro caso lo constituye el médico que le aplica un tratamiento medicamentoso a un menor de edad, con dosis mayores a las correspondientes; el niño presenta una reacción adversa que el médico sabía que podía surgir, pero no tomó las medidas necesarias para evitarlas, pues confió excesivamente en que no ocurrirían.

IATROGENIAS Y IATROPATOGENIAS

Por su contenido etimológico, se entiende que iatrogenia es aquello originado por el médico, mientras que la iatropatogenia significa la enfermedad producida por ese profesional.

López Bolado¹³³ considera que la iatrogenia es todo lo que se origina de manera directa o indirecta por la actividad del médico, incluyendo secuelas de tipo colateral y adversas para el paciente, que abarcan incluso las originadas por una malpraxis. Para Alfredo Achával,¹³⁴ la patología iatrogénica es “una lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto y sin culpa, produce el médico”.

Gracias a esta última definición se entiende que la iatrogenia es la alteración originada en el paciente por un ejercicio lícito del médico. Es decir, la aplicación

¹³¹ Supuestos que se pueden presentar en el ejercicio de la medicina privada con el fin de obtener un lucro.

¹³² De este caso se tuvo conocimiento pasado cierto tiempo de haber ocurrido, por razones laborales; sin embargo, los familiares nunca interpusieron una demanda.

¹³³ López BJ: *Los médicos y el código penal. Op. cit.*, p. 34.

¹³⁴ Achával A: *Responsabilidad civil del médico. Op. cit.*, p. 103.

de un tratamiento o la práctica de ciertos estudios pueden causar un daño o una reacción colateral al paciente —que siempre será menor al que se hubiese causado por la falta de actuación del médico—, no obstante que hay ausencia de dolo o culpa. En este sentido, la iatrogenia se producirá por la naturaleza misma del procedimiento indicado por el médico, efecto que será ajeno a su voluntad, pues las alteraciones que se presenten son implícitas a ese procedimiento.

Estas alteraciones tienen lugar debido al contenido variable de la medicina y a las características propias de cada organismo, pues resulta difícil determinar que un mismo tratamiento tenga igual efecto en distintas personas.

Por lo tanto, las alteraciones iatrogénicas se originan por el riesgo permitido en la atención médica, aunque el profesionista haya actuado lícitamente.

Algunos doctrinarios¹³⁵ consideran que la iatrogenia implica lo ocasionado por un ejercicio ilícito de la profesión médica. Al efecto, es necesario distinguir entre iatrogenia y iatropatogenia. El primer caso ya se explicó, mientras que el segundo se refiere precisamente a las alteraciones o secuelas que ocasiona el médico por un ejercicio indebido. Por ello, cuando se habla de iatropatogenia se debe distinguir entre las alteraciones implícitas en muchos tratamientos o procedimientos médicos, ajenas al facultativo, y las producidas por dolo, imprudencia, negligencia o impericia.

Merced a ello, es necesario hacer la distinción de los dos supuestos, pues no se pueden englobar en un sólo término. En la iatrogenia el médico actúa lícitamente, mientras que en la iatropatogenia el ejercicio no es legítimo.

Como ejemplo de la primera están las quimioterapias, pues si bien son las adecuadas para el tratamiento del cáncer, le ocasionan al paciente algunos trastornos, como alopecia¹³⁶ reversible, la cual constituye un daño menor al que podría ocasionarse si el médico no interviene.

En cambio, en la segunda se contemplan los daños o alteraciones que el médico origina por una conducta ilícita, por ejemplo, la reacción postransfusional atribuible a la incompatibilidad, pues la enfermera se equivocó de paciente y le transfundió una unidad de distinto grupo sanguíneo; o bien no proporcionarle al paciente las medidas de sostén terapéutico.

Si en la aplicación de un tratamiento o el desarrollo de ciertos procedimientos, atendiendo los deberes de cuidado y las exigencias de la *lex artis*, el médico ocasiona un daño o alteración al paciente, no podrá ser acusado por esos efectos, justificando que esa actividad era la mejor o única disponible para el tratamiento del paciente. Sin embargo, el Código Civil contempla la responsabilidad objetiva, precepto que debía suprimirse o ser inoperante para la actividad médica, pues cotidianamente se utilizan, con actuar lícito, sustancias por sí mismas peligrosas

¹³⁵ Entre ellos J. López Bolado, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁶ Es decir, caída del cabello.

que pueden originar un daño por razones intrínsecas y no por culpa del médico, por ejemplo, la aplicación de una vacuna o una transfusión.

Como acertadamente afirma Achával,¹³⁷ la iatrogenia es un caso fortuito, pues no es previsible, y si se prevé, no se puede evitar.

En la iatropatogenia sí se puede acusar al médico, pues ésta resulta de un ejercicio ilícito, sea con intención y conocimiento del daño o por indiferencia al cuidado, ignorancia u omisión inexcusables.

ATENCIÓN MÉDICA ELECTIVA

Según se ha establecido conforme a la clasificación adaptada de la realizada por la Corte de Apelaciones de Florencia,¹³⁸ la cual se estima ilustrativa para efectos del derecho mexicano, la atención médica electiva no es urgente ni necesaria,¹³⁹ pero sí conveniente, pues ayudará al paciente a corregir ciertas alteraciones patológicas. Es posible mencionar los tratamientos o intervenciones que, si bien persiguen un fin salutífero, además de ser convenientes para el paciente, buscan mejorar su estado actual, sin ser imprescindibles para su vida. En esta atención médica, el consentimiento cobra mayor importancia, pues al excluirse de la urgente y de la necesaria este acto operaría como la justificante *ad hoc*.

Asimismo, no se deberá descartar la valoración del riesgo–beneficio, pues siempre el médico buscará que su actividad sea en provecho del individuo y no, por el contrario, una causa de daño.

Una situación importante es la del sometimiento a revisiones periódicas para comprobar el estado de salud, a lo cual deberá concurrir el consentimiento del paciente, siempre que haya sido revisado por el facultativo y éste determine la utilidad de los exámenes.¹⁴⁰

Otro aspecto interesante es el tratamiento profiláctico.¹⁴¹ El médico le explica al paciente la conveniencia de aplicarle medidas terapéuticas preventivas, pues su estado de salud requiere que se le apliquen debido a la presencia actual de un mal; dicha aplicación puede evitar que en un futuro sufra un proceso morboso. En este supuesto no sólo se considerarían las vacunas,¹⁴² sino también los tratamientos que sean útiles para prevenir una posible enfermedad, por ejemplo, la extirpación del apéndice para evitar que en cierto momento se inflame y exista un peligro grave en la salud del paciente.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 108.

¹³⁸ *Vid.* el apartado de “Tratamiento” en este mismo capítulo.

¹³⁹ Necesaria en un *stricto sensu*, es decir, no es imprescindible.

¹⁴⁰ Como son radiografías, exámenes de sangre y de orina, etc.

¹⁴¹ Es decir, preventivo.

¹⁴² Sin embargo, en cuanto a las vacunas es importante aclarar que, en tratándose de proteger la salud pública, se pueden llegar a aplicar de manera forzosa.

En esta actividad destaca también la planificación familiar. Esto quiere decir que una persona puede someterse a un tratamiento anticonceptivo, pues no es necesario para salvaguardar su vida o su salud, pero sí puede ser conveniente para un mejor disfrute de la misma.

Existen procedimientos anticonceptivos artificiales o naturales, transitorios o permanentes. Para la aplicación de cualquiera de ellos ha de mediar el consentimiento informado del paciente; sin embargo, para los permanentes —como la salpingoclasia y la vasectomía— será necesario que dicha voluntad conste por escrito.

Obligar a una persona o actuar sin su consentimiento para someterla a procedimientos de esterilización conlleva un castigo severo. Al efecto, el capítulo VI del Título Tercero de la Ley General de Salud dispone que los servicios de planificación familiar serán un medio para el ejercicio de la garantía constitucional que el individuo tiene sobre la libertad de decidir el número de hijos que quiera.

El hecho de que no se juzguen urgentes o necesarios dichos tratamientos o intervenciones no constituye que no sean útiles o beneficiosos para el paciente, pues no hay que olvidar que se trata de una atención médica que, en un amplio sentido, siempre buscará un fin salúfero.

ATENCIÓN MÉDICA ESTÉTICA

Recordemos que la atención médica siempre persigue un fin salúfero; sin embargo, en la modalidad que ahora se trata, en estricto sentido, más que la salud se busca un embellecimiento del cuerpo o una mejora de la apariencia física. En algunos casos no sólo se embellece a la persona, sino que también se corrigen deformaciones.

En ambos casos es relevante el consentimiento, pues el paciente ha de manifestar su voluntad de someterse a este tratamiento. El médico está obligado a proporcionarle toda la información relativa al procedimiento que se le aplicará, incluyendo los posibles riesgos del mismo.

Los tratamientos o intervenciones cuyo fin sea subsanar ciertas deformaciones humanas,¹⁴³ como acertadamente afirma Romeo Casabona,¹⁴⁴ son afines a los tratamientos curativos, en tanto tratan de conseguir una recuperación funcional o el mejoramiento en el aspecto del paciente, lo cual resulta benéfico para el equilibrio psíquico del individuo.

Un aspecto que es conveniente mencionar es el de los tratamientos que prometen disminuir el peso de la persona y mantenerla esbelta. Sobre ello, se considera

¹⁴³ Por ejemplo, el labio leporino, una cicatriz en la cara ocasionada por una quemadura, secuelas de algún traumatismo o de alguna intervención, etc.

¹⁴⁴ Romeo Casabona CM: *El médico y el derecho penal*. Op. cit., p. 174.

que el médico debe informar verazmente al paciente sobre los resultados que es posible obtener y los riesgos implícitos del tratamiento, sin que se le engañe ofreciéndole resultados espectaculares, pues de lo contrario la voluntad del paciente estaría afectada de algún vicio del consentimiento como el error o la mala fe.

Del mismo modo se procederá para los casos en los que el único fin perseguido sea mejorar el aspecto físico del paciente.

Al igual que en todas las modalidades de la atención médica, el profesionista valorará el riesgo–beneficio, pues si bien el paciente otorga su consentimiento para la intervención o aplicación del tratamiento, siempre se buscará lo más benéfico para el individuo.

Aquí cobran importancia los tatuajes, pues la persona deberá expresar su voluntad para la realización de ellos, debido a la alteración permanente en el cuerpo. Esta práctica no se puede considerar curativa, pues el fin perseguido es totalmente distinto a ésta. En la ejecución de estos tratamientos o intervenciones estéticas, no por no ser indispensable para la salud o la vida del paciente, el médico debe observar las exigencias del deber de cuidado, pues es una modalidad de la atención médica en que, si así lo convienen el médico y el paciente, el primero se obliga a dar los resultados prometidos, lo cual origina que el profesionista actúe con la mayor diligencia en el desarrollo de su labor.

La valoración jurídica–sanitaria de esta actividad se hará mediante un juicio *ex ante*, tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que se efectuó y si se acordó en asegurar los resultados.

ATENCIÓN MÉDICA DE URGENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, “se entiende por urgencia todo problema médico–quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata”.

Ante tal supuesto, los establecimientos públicos o privados que presten servicio de internamiento de pacientes están obligados a prestar atención médica inmediata a toda persona que la requiera cuando la urgencia ocurra en la cercanía a ellos.¹⁴⁵

Al efecto, el artículo 87 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena a los servicios de urgencia

¹⁴⁵ Artículo 71 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. En caso de incumplimiento a esta disposición, la autoridad sanitaria podrá imponer la sanción administrativa correspondiente; además, puede incurrirse en el delito señalado en el artículo 469 de la Ley General de Salud; ambos casos son tratados más adelante.

hospitalarios contar con el personal y el equipo idóneos, funcionar las veinticuatro horas y contar permanentemente con un médico responsable de la guardia.

Tratándose de establecimientos en los que para la prestación de sus servicios se requiera alguna condición,¹⁴⁶ el médico que reciba al paciente adoptará las medidas que aseguren su valoración médica y la atención completa de la urgencia,¹⁴⁷ y evaluará así la posibilidad de transferirlo a otra unidad hospitalaria.¹⁴⁸ Respecto al consentimiento para someterse al tratamiento médico-quirúrgico, en un principio deberá otorgarlo el paciente; en caso de incapacidad transitoria o permanente o una urgencia se podrá obtener del familiar más cercano en vínculo que lo acompañe, su tutor o su representante legal. De no ser posible lo anterior, se ejecutará el tratamiento correspondiente, previo acuerdo de por lo menos dos médicos del hospital, circunstancia que deberá constar en el expediente clínico. Para la validez del consentimiento otorgado por el familiar es necesario que esté informado del procedimiento al que será sometido el paciente, tener más de dieciocho años de edad y no padecer incapacidad mental.

A mayor abundamiento, la atención médica de urgencia está considerada como una garantía de la víctima de un delito, pues el artículo 20 constitucional ordena: “En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a ...que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera”.¹⁴⁹

Al respecto, el artículo 373 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo ordena que la atención médica de quienes hayan sufrido lesiones debido a un delito se hará de preferencia en hospitales públicos, excepción hecha de los casos en que el establecimiento más cercano sea un hospital privado. Si la persona no debe estar en calidad de detenida, podrá atenderse en el hospital de su preferencia, pero siempre que un médico se haga responsable de su atención e informe a la autoridad competente acerca de la evolución del paciente y de las lesiones sufridas.

Asimismo, el artículo 377 dispone que, si un lesionado requiere atención médica urgente, cualquier persona podrá auxiliarlo y aun trasladarlo al hospital más cercano sin esperar la intervención de la autoridad, debiendo informar inmediata-

¹⁴⁶ Instituciones de seguridad social.

¹⁴⁷ El tratamiento de la urgencia puede durar desde unas horas hasta varios días, v. gr., si un paciente requiere atención en la unidad de cuidados intensivos o que se le realice una intervención quirúrgica, etc.

¹⁴⁸ Artículo 73 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

¹⁴⁹ Es importante aclarar que por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de noviembre de 2008, el artículo 20 establece ahora: Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.

mente a ésta el nombre del lesionado, el lugar preciso donde se encontraba, las circunstancias en que se hallaba, el medio de traslado, la naturaleza de las lesiones y sus causas probables, y el lugar donde es atendido.

En este campo es importante destacar como aspecto relevante la medicina transfusional, si bien es cierto que todas las transfusiones se aplicarán siempre que se hayan realizado las pruebas de compatibilidad.¹⁵⁰ Estas pruebas, según ordena la Norma Oficial Mexicana para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos, se efectuarán en tres fases.¹⁵¹ La urgencia transfusional, justificada por el médico tratante, no exime de la responsabilidad de practicar estas pruebas; sin embargo, se podrán realizar solamente en la primera fase, asumiendo la responsabilidad el médico encargado de la atención del paciente, en relación a las prioridades establecidas en el artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

La urgencia médica no exime al profesionista de valorar el riesgo–beneficio, pues evitará causarle al paciente un daño mayor en relación con el sufrido.

Su valoración jurídica se hará considerando el momento y las circunstancias en que se encontraba el médico al prestar la atención, pues en diversas ocasiones se atiende en lugares donde no se cuenta con el equipo suficiente.

No obstante, si la urgencia es atendida en un hospital, según se ha dicho, éste deberá tener el servicio de urgencia con personal y equipo idóneo. Al efecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica establece la sanción administrativa, consistente en multa o clausura al establecimiento que carezca de personal suficiente e idóneo o de equipo, material o local adecuados de acuerdo con el servicio prestado.

Un establecimiento de atención médica que niega sus servicios ante una notoria urgencia, poniendo en peligro la integridad física o la vida de una persona, será clausurado definitivamente.¹⁵²

El artículo 469 de la Ley General de Salud tipifica la siguiente conducta: “Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y una multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, ade-

¹⁵⁰ Estas pruebas se refieren a exámenes de laboratorio que se practican para comprobar que la sangre del donante y del receptor son compatibles.

¹⁵¹ Fase salina, albúmina y prueba de Coombs.

¹⁵² Art. 255 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

más, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial”.

En la urgencia médica a veces se prescinde de requisitos legales para la intervención del profesional, por ejemplo, el consentimiento, pues se busca preservar el valor fundamental, que es la vida, dado que el daño que pueda producirse por no obtener el consentimiento siempre será menor a aquel que origine la muerte del paciente.

Por tanto, se insiste en que la justipreciación sanitaria de la atención prestada de urgencia necesariamente habrá de referirse a las circunstancias en que se encontraba el profesional al momento de prestar la atención, es decir, mediante un juicio *ex ante*.

En esta situación resulta operable, como excluyente de responsabilidad penal, el estado de necesidad, pues se trata de salvaguardar un bien jurídico tutelado de un peligro real o inminente, sin que haya sido provocado dolosamente por el agente, lesionando un bien de menor o igual valor.

INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

En términos del Título Quinto de la Ley General de Salud, este procedimiento comprende el desarrollo de acciones tendientes al mejoramiento de las tareas para proteger, promover y restaurar la salud individual y colectiva.

Para su estudio se ha dividido en experimentación “no terapéutica” y experimentación “terapéutica”.

Jorge Barreiro, citando a Mantovani,¹⁵³ distingue a la experimentación “no terapéutica” o “pura” de la actividad curativa en estricto sentido mediante las siguientes características:

- a. La actividad curativa se efectúa en interés directo del propio paciente; la experimentación pura persigue un objetivo “distinto” al del paciente, pues busca un interés científico, es decir, verificar hipótesis para adquirir nuevos conocimientos en la materia. Sin embargo, como afirma el mismo Mantovani, todo tratamiento médico es experimental en ciertos aspectos; la práctica de la medicina tiene siempre en sí misma un componentes de experimentación.¹⁵⁴
- b. En la actividad experimental, por el estado actual de la ciencia médica, aún no son conocidos en su totalidad los resultados o posibles efectos del tratamiento (positivos o negativos) en estudio; en la actividad curativa se puede

¹⁵³ Barreiro JA: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Op. cit., p. 20, 21.

¹⁵⁴ Mantovani F: *I trapianti e la sperimentazioni umana*. Cedam, Padova, 1974:10.

considerar positivo un tratamiento, en tanto se acredite su idoneidad terapéutica.

- c. En la experimentación pura se pueden incluir personas enfermas o sanas, mientras que en la actividad curativa se trata, en *stricto sensu*, a personas enfermas.¹⁵⁵

A la experimentación terapéutica la distingue y caracteriza por:¹⁵⁶

- a. Igual que la actividad curativa, se efectúa en interés directo de la salud del paciente, no obstante que se sume la finalidad de investigación científica.
- b. En la experimentación los resultados y efectos del tratamiento empleado se desconocen o son inciertos.
- c. Tanto en esta experimentación como en la actividad curativa propiamente dicha, los medios o el tratamiento se aplican a una persona enferma.

Por lo tanto, la experimentación terapéutica se sitúa en un estado intermedio entre la pura y la actividad curativa, pues persigue un fin de interés directo en la salud del paciente a la vez de adquirir nuevos conocimientos científicos en la materia.

Al respecto, el artículo 100 de la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de investigación para la salud ordena que en la investigación médica en seres humanos se deben observar los siguientes requisitos:

- a. Se debe ajustar a los principios científicos y éticos que la justifiquen, en especial a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos en la ciencia médica.
- b. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se persiga no pueda obtenerse por otro método idóneo.
- c. Se fundamentará en la experimentación previa practicada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos.
- d. Se ejecutará sólo si existe una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación.
- e. Se deberá obtener el consentimiento por escrito de quien va a ser sujeto de la investigación, o en caso de incapacidad, de su representante legal, una vez que haya sido informado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias, positivas o negativas, para su salud.
- f. Sólo podrá efectuarse por profesionales de la salud en instituciones médicas, mismas que contarán con los recursos humanos y materiales que garanticen seguridad al sujeto de investigación.
- g. Contará con el dictamen favorable de las comisiones de investigación y de ética, que al efecto se integren en la unidad hospitalaria.

¹⁵⁵ Aclaro el *stricto sensu*, pues no hay que olvidar el tratamiento profiláctico.

¹⁵⁶ Barreiro JA: *op. cit.*, p.21.

- h.** El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realiza la investigación.

Asimismo, en el artículo 17 del Reglamento citado se clasifica a la investigación de acuerdo con el riesgo que entraña, definiéndolo como la probabilidad de que el sujeto de investigación sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía del estudio:

- a.** Investigación con riesgo: se emplean técnicas y métodos de investigación documental retrospectivos y aquellos en que no se realiza ninguna intervención intencionada en las variables fisiológicas, psicológicas o sociales del individuo sujeto de investigación, como cuestionarios, encuestas, etc.
- b.** Investigación con riesgo mínimo: estudios prospectivos que emplean el registro de datos a través de procedimientos comunes en exámenes físicos o psicológicos de diagnóstico o tratamiento rutinarios, como electrocardiograma, obtención de la placenta durante el parto, investigación con medicamentos de uso común y pruebas de agudeza auditiva.
- c.** Investigación con riesgo mayor al mínimo: las probabilidades de afectar al individuo son significativas; algunos procedimientos son los estudios radiológicos y con microondas, y estudios que incluyen procedimientos quirúrgicos.

La Asociación Médica Mundial ha formulado recomendaciones para orientar a los facultativos en los trabajos de investigación biomédica con seres humanos, las cuales constituyen la Declaración de Helsinki, adaptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial de Helsinki, Finlandia, de 1964 y revisada por la 29ª Asamblea Médica Mundial de Tokio, Japón, en 1975. Esta declaración distingue la investigación biomédica clínica o terapéutica de la no terapéutica.

En este instrumento se afirma que la finalidad de la investigación biomédica con seres humanos debe ser el procedimiento de los métodos de diagnóstico, terapéuticos y profilácticos, y el conocimiento de la etiología y patogenia de la enfermedad.

De lo ordenado en el artículo 100 de la Ley General de Salud se desprende que para ejecutar la experimentación en seres humanos ha de valorarse el riesgo—beneficio. Sin embargo, al ser la medicina una ciencia experimental, existe el riesgo permitido, es decir, el que lícitamente puede asumir el profesionista, por lo que será necesario que se justifique realmente el procedimiento, pues la misma disposición jurídica ordena que éste constituya el medio idóneo para obtener el conocimiento pretendido.

También hay que observar los principios éticos, ya que la vida—valor supremo—, la integridad y la dignidad humana han de ser respetadas. Si bien se buscan

nuevos conocimientos científicos para optimizar la atención médica, siempre se cuidará que el ser humano no se someta a riesgos innecesarios o se le ocasione un daño mayor en proporción al beneficio que pudiese obtener.

A mayor abundamiento, y con el propósito de salvaguardar ese valor fundamental, el artículo 103 de la Ley General de Salud dispone que se podrán utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico en el tratamiento del paciente, siempre que ello constituya una posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento, y siempre que se obtenga el consentimiento de él o en su caso del familiar más cercano en vínculo, o de su representante legal.

Por lo tanto, se debe observar que el principio legitimador de esta actividad es, en general, el consentimiento, sin prescindir, según se ha dicho, de la valoración del riesgo–beneficio.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE TRÁFICO

La actividad médica generalmente es desarrollada por un equipo de trabajo, por lo que resulta difícil determinar la responsabilidad en que incurre cada miembro de éste. Tratando de solucionar esa problemática, se han reconocido dos principios que, si bien tienen íntima relación, son distintos: “la división de trabajo” y el “principio de confianza”.

División del trabajo

Se refiere a una actividad colectiva en la que varias personas colaboran para conseguir un objetivo en común.¹⁵⁷

Wilhelm¹⁵⁸ señala que las cuestiones a dilucidar incluyen cómo es la contribución de cada miembro del equipo en el desarrollo y el cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo. Para delimitar la responsabilidad de los miembros de éste, no sólo se han de establecer reglas generales, sino atender al caso en particular, valorando:

- Clase y urgencia del procedimiento desarrollado.
- Modalidad de la división de trabajo.

¹⁵⁷ Barreiro JA: *La imprudencia punible en la actividad médico–quirúrgica*. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁸ Citado por Barreiro JA: *op. cit.*, p. 115.

- Estado de formación y fiabilidad de los colaboradores.

La división de trabajo le permite a cada elemento del equipo desarrollar, con cierta autonomía, las funciones que le correspondan. Así, en una intervención quirúrgica el cirujano se encargará de hacer las incisiones, aplicar la técnica quirúrgica, etc., uno de los ayudantes facilitará el instrumental que aquél solicite y el anestesiólogo vigilará el estado del paciente en relación con las sustancias aplicadas.

Este principio abarca dos modalidades de distribución del trabajo: la vertical, que se refiere a las relaciones jerárquicas del personal sanitario (médico–enfermera), y la horizontal, que se refiere a las relaciones en régimen de igualdad (médico cirujano–médico anestesiólogo).

El primer caso, y de acuerdo con Wilhelm,¹⁵⁹ se caracteriza por:

- a. El orden jerárquico de distribución de deberes, como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos.
- b. La relación de dependencia de los subordinados con el contexto de supra–subordinación.
- c. La delegación que afecta no sólo la actividad del colaborador subordinado, sino también lo que puede suponer el desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas.

En la división de trabajo horizontal existe una relación de igualdad, por lo que cada elemento ha de desarrollar las funciones de su competencia.

Por tanto, la división del trabajo estriba en dejar al médico discrecionalidad para el cumplimiento cualificado de sus funciones.

Principio de confianza

Aplicado a la actividad médico–quirúrgica, se refiere a que el director del equipo médico puede confiar en que sus colaboradores han de actuar diligentemente, en tanto en el caso concreto no surjan circunstancias especiales, reconocibles, que hagan pensar lo contrario.¹⁶⁰

Para Wilhelm,¹⁶¹ el principio de confianza cobra importancia en cuanto evita la sobrecarga de trabajo del médico jefe del equipo, hace posible una mayor concentración en su cometido y proporciona la mayor seguridad en la eficacia del trabajo en equipo.

¹⁵⁹ Citado por Barreiro JA: *op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁰ Barreiro JA: *op. cit.*, p. 119.

¹⁶¹ *Ídem.*

Así, el jefe del equipo ha de distribuir acertadamente el trabajo, de acuerdo con la preparación de cada miembro. Pues, según afirma Romeo Casabona,¹⁶² al médico se le podrá acusar de no observar el deber de cuidado cuando haya facilitado la conducta irregular de sus colaboradores por falta de organización. En estos términos, el médico puede confiar en que los participantes actuarán diligentemente en la ejecución de los cometidos transferidos a ellos cuando se hallan correspondientemente preparados y adiestrados y son supervisados, en general, dentro de límites razonables.

La confianza puede originar que el médico incurra en inobservancia al deber de cuidado, en tanto, aun conociendo la insuficiente preparación de sus colaboradores, les delega tareas específicas. Por tanto, si confía a otros médicos la valoración de algunos datos para emitir el diagnóstico o la prescripción terapéutica, debe observar que ellos tengan los conocimientos necesarios para eso. En este sentido, al confiar en que otros se comportarán adecuadamente, se asume un riesgo permitido, es decir, el que lícitamente puede asumir el sujeto. Así, debe poder confiar en la participación de terceras personas (trabajadores de la salud), pues, como bien señala Stratenwerht,¹⁶³ un médico que se ocupase de todo quizá no se exponga al reproche por falta de diligencia, pero es posible que no sea un buen médico; no olvidemos que en la atención médica, generalmente no es una sola persona la que actúa, sino un grupo de colaboradores.

Merced a ello, al designar labores a los miembros del equipo, tendrá en cuenta la dificultad de lo asignado —no será lo mismo ordenar la aplicación de una inyección que realizar un electrocardiograma—, la preparación real y la experiencia del personal que actuará —sea una enfermera o un médico residente— y los medios disponibles, instrumental en buen estado y pericia en su manejo. Es importante señalar que se debe observar si la tarea encomendada requiere personal con formación especial, pues, según se ha dicho, quien delega funciones a personal incompetente, y de lo cual tenía conocimiento, incurre en falta al deber de cuidado. De lo anterior se desprende que el jefe del equipo ha de conocer la preparación de sus colaboradores. Por desgracia, en la práctica cotidiana se asignan tareas a personal no capacitado; por ejemplo, a un técnico o auxiliar se le encomienda realizar un electrocardiograma y a un médico interno de pregrado¹⁶⁴ se le pide valorar a un recién nacido inmediatamente después del parto.

Los estudiantes de medicina se pueden encargar de algunas funciones, siempre y cuando actúen bajo la vigilancia del médico responsable.¹⁶⁵

¹⁶² Romeo Casabona CM: *El médico y el derecho penal*. Op. cit., p. 250.

¹⁶³ Stratenwerht G: Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. En: *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1961:388.

¹⁶⁴ El médico interno de pregrado es un estudiante de medicina que, con carta de pasante, cursa un año teórico-práctico en un hospital.

¹⁶⁵ El mismo parecer tiene Romeo Casabona CM: op. cit., p. 250.

Por consiguiente, es importante que el jefe del equipo supervise la labor de los participantes, pues el principio de confianza no es aplicable si el sujeto actúa contrariamente a las exigencias del deber de cuidado. Tampoco es operable si el médico delega funciones que sólo él debía efectuar.

Para evitar confusiones y fallas en la comunicación con los elementos del equipo se emitirán instrucciones precisas y francas, haciéndolas constar en el expediente clínico del paciente.¹⁶⁶ El jefe del equipo es originalmente responsable de la actividad, en tanto no se pueda individualizar esa responsabilidad.

La distribución del trabajo y el principio de confianza permiten que el personal sanitario cumpla con mayor eficacia las funciones que le competen.

EXPEDIENTE CLÍNICO

El apartado 4.4 de la Norma Oficial Mexicana NOM–168–SSA1–1998, Del expediente clínico, define que éste es “el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias”.

El expediente tiene carácter legal y confidencial; es propiedad de la institución y del prestador de servicios médicos. Además, de acuerdo con lo afirmado por Casa Madrid Mata, constituye una prueba documental preconstituida de carácter científico para acreditar la atención médica del paciente. No obstante, en términos de la Norma Oficial Mexicana de mérito,¹⁶⁷ la información contenida en el expediente podrá ser dada a conocer a terceros mediante orden de las autoridades judiciales, administrativas y sanitarias, o de las comisiones nacional o estatales de arbitraje médico, para el ejercicio de sus atribuciones.

Asimismo, todo expediente clínico debe contener los siguientes datos generales:¹⁶⁸

- Tipo, nombre y domicilio del establecimiento y, en su caso, nombre de la institución a la que pertenece.
- En su caso, la razón y denominación social del propietario o concesionario.
- Nombre, sexo, edad y domicilio del usuario.

Antes de analizar la forma de integración del expediente clínico es importante revisar las generalidades de sus notas:

¹⁶⁶ *Ibidem.* p. 251.

¹⁶⁷ Apartado 5.6.

¹⁶⁸ En cumplimiento al apartado 5.2 de la Norma Oficial Mexicana NOM–168–SSA1–1998.

- a. Deberá contener nombre completo del paciente, edad, sexo y, en su caso, número de cama o expediente.
- b. Contendrá también fecha, hora y nombre completo y firma de quien las elabora.
- c. Se expresará en lenguaje técnico médico, sin abreviaturas, con letra legible, sin enmendaduras ni tachaduras y en buen estado.

Las notas médicas, elaboradas por el facultativo encargado de la atención del paciente, deben ser descriptivas e interpretativas de su evolución. Al respecto, Casa Madrid Mata señala la importancia de precisar el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento y el plan a seguir, así como las modificaciones de cualquiera de ellos, y en su caso asentar los resultados, elaborando estas notas cuantas veces sea necesario. Al efecto, las clasifica en:

- a. **Objetivas:** cuando los datos son reportados por la evidencia médica.
- b. **Subjetivas:** cuando se establecen apreciaciones y determinaciones especiales, es decir, interpretaciones según el criterio médico.

Ahora bien, atendiendo a los servicios prestados, el expediente clínico se integrará de la siguiente forma:

1. Consulta externa (general y especializada). Constará de historia clínica, nota de evolución, nota de interconsulta y nota de referencia/traslado.

a. Historia clínica. Debe elaborarla el médico; se integra por el interrogatorio y la exploración física; estos datos se registran en el siguiente orden: Para el interrogatorio:

- Ficha de identificación.
- Antecedentes heredofamiliares personales patológicos y no patológicos.
- Padecimiento actual.
- Interrogatorio por aparatos y sistemas.

Para la exploración física:

- *Habitus* exterior.
- Signos vitales.¹⁶⁹
- Datos de cabeza, cuello, tórax, abdomen, miembros y genitales.
- Resultados previos y actuales de estudios de laboratorio, gabinete y otros.
- Terapéutica empleada y resultados obtenidos.
- Diagnósticos o problemas clínicos.

Respecto a este documento, Alfredo Achával¹⁷⁰ señala que han de recabarse todos los datos posibles para “conocer integralmente” al paciente.

¹⁶⁹ Pulso, temperatura, tensión arterial y frecuencias cardíaca y respiratoria.

Generalmente, y si el estado del paciente lo permite, éste aporta la información requerida; en caso de no ser posible lo anterior, se pedirá la información a un familiar, dejando constancia de ello en el expediente. El mismo autor¹⁷¹ menciona la conveniencia de pedirle a quien proporciona la información que firme al calce del documento; así el médico, en caso necesario, podrá acreditar que esos datos son los aportados por el informante.

Es de suma importancia la anamnesis, pues para una óptima atención¹⁷² el médico tiene el derecho y el deber de interrogar; de acuerdo con esto, Achával¹⁷³ afirma que es una “circunstancia que no es conocida por la mayoría de los pacientes que preferirían un médico ‘con bola de cristal’, lo mágico o espectacular de adivinar que les lleva a preguntar ¿cómo lo sabe, doctor?”

- b. Nota de evolución. Será elaborada por el médico tratante cada vez que preste el servicio al paciente ambulatorio,¹⁷³ de acuerdo con el estado clínico del paciente. Registrará la evolución y actualización del cuadro clínico, los signos vitales, los resultados de los estudios de los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, los diagnósticos y el tratamiento e indicaciones médicas.¹⁷⁴
- c. Nota de interconsulta. La solicitud de la interconsulta la elaborará el médico tratante cuando se requiera, asentándola en el expediente. Esta nota la realizará el médico consultado, haciendo constar lo siguiente:
 - Criterios diagnósticos.
 - Plan de estudios.
 - Sugerencias diagnósticas y de tratamiento.
 - Fecha y hora en que se otorga el servicio.
 - Signos vitales.
 - Motivos de la consulta.
 - Resumen del interrogatorio, la exploración física y el estado mental, en su caso.
 - Diagnósticos y problemas clínicos.
 - Resultados de estudios de laboratorio y gabinete.
 - Tratamiento.
 - Pronóstico.
- d. Nota de referencia/traslado. De ser necesaria esta nota, la elaborará el médico tratante, debiendo anexar copia del resumen con el que se envía

¹⁷⁰ Achával A: *La responsabilidad civil del médico*. Op. cit. 185, 186.

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² Op. cit.

¹⁷³ Es decir, el paciente no está hospitalizado.

¹⁷⁴ En el caso de medicamentos se señalarán al menos la dosis, la vía y la periodicidad.

al paciente. Se hará constar el establecimiento que envía y el establecimiento receptor, así como el resumen clínico, el cual contendrá el motivo de envío, la impresión diagnóstica y, en su caso, la terapéutica empleada.

2. Urgencias. Como se mencionó en el capítulo respectivo,¹⁷⁵ se entiende por urgencia todo problema médico quirúrgico agudo que ponga en peligro la vida, un órgano o una función, y que requiera atención inmediata. Las notas médicas en urgencias se integrarán por notas iniciales, de evolución y de referencia/traslado.

a. Nota inicial. Será elaborada por el médico tratante y contendrá lo siguiente:

- Fecha y hora en que se otorga el servicio.
- Signos vitales.
- Motivos de la consulta.
- Resumen del interrogatorio, la exploración física y el estado mental, en su caso.
- Diagnósticos y problemas clínicos.
- Resultados de estudios de laboratorio y gabinete.
- Tratamientos.
- Pronóstico.

b. Nota de evolución. Deberá ser elaborada por el médico, de acuerdo con el estado clínico del paciente. Se asentarán la evolución y actualización del cuadro clínico, los signos vitales, los resultados de los estudios de los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, los diagnósticos y el tratamiento e indicaciones médicas.¹⁷⁶ En el supuesto de que el paciente requiera interconsulta, el médico asentaré su solicitud y la nota la elaborará el médico consultado.

c. Nota de referencia/traslado. Esta nota la elaborará el médico, haciendo constar el establecimiento que envía y el establecimiento receptor, así como el resumen clínico, el cual contendrá el motivo de envío, la impresión diagnóstica y, en su caso, la terapéutica empleada.

3. Hospitalización. El expediente de hospitalización estará integrado por nota de ingreso, historia clínica, de evolución, de referencia/traslado, preoperatoria; preanestésica, de vigilancia y registro anestésico, posoperatoria y de egreso.

a. Nota de ingreso. La elaborará el médico que ingresa al paciente, registrando, como mínimo, los siguientes datos:

- Signos vitales.
- Resumen del interrogatorio, la exploración física y el estado mental, en su caso.

¹⁷⁵ *Vid.* "Atención médica de urgencia" en este mismo capítulo.

¹⁷⁶ En el caso de medicamentos se señalarán al menos la dosis, la vía y la periodicidad.

- Resultados de estudios de laboratorio y gabinete
 - Tratamiento.
 - Pronóstico.
- b.** Historia clínica. Deberá elaborarla el médico encargado de la atención del paciente; estará integrada por el interrogatorio y la exploración física:
- Para el interrogatorio:
- Ficha de identificación.
 - Antecedentes heredofamiliares personales patológicos y no patológicos.
 - Padecimiento actual.
 - Aparatos y sistemas.
 - Síntomas generales.
 - Resultados de estudios de laboratorio y gabinete previos.
 - Terapéutica empleada y resultados obtenidos.
 - Antecedentes personales y familiares.
- Para la exploración física:
- *Habitus* exterior.
 - Signos vitales.
 - Datos de cabeza, cuello, tórax, abdomen, miembros y genitales.
 - Resultados previos y actuales de estudios de laboratorio, gabinete y otros.
 - Terapéutica empleada y resultados obtenidos.
 - Diagnósticos o problemas clínicos.
- c.** Nota de evolución. La elaborará el médico tratante cuando menos una vez por día, conteniendo lo siguiente:
- Evolución y actualización del cuadro clínico.
 - Signos vitales.
 - Resultados de los estudios de laboratorio y gabinete.
 - Los diagnósticos, el tratamiento y las indicaciones médicas.¹⁷⁷
- d.** Nota de referencia/traslado. En el supuesto de que sea necesario trasladar al paciente a otra unidad hospitalaria, el médico encargado de la atención registrará en el expediente los siguientes datos:
- El establecimiento que envía y el establecimiento receptor.
 - El resumen clínico, el cual contendrá el motivo de envío, la impresión diagnóstica y, en su caso, la terapéutica empleada.
- e.** Nota preoperatoria. Será elaborada por el cirujano que efectuará la intervención quirúrgica; en ella se hará constar, como mínimo, lo siguiente:
- Fecha de cirugía.
 - Diagnóstico.
 - Plan quirúrgico.

¹⁷⁷ En el caso de medicamentos se señalarán al menos la dosis, la vía y la periodicidad.

- Tipo de intervención quirúrgica.
 - Riesgo quirúrgico.
 - Cuidados y plan terapéutico posoperatorios.
 - Pronóstico.
- f. Nota preanestésica, vigilancia y registro anestésico. Esta nota es elaborada por el médico anesthesiologist; en ella deberá:¹⁷⁸
- Documentar los signos vitales. Al utilizar ventilación mecánica tendrá que emplearse una alarma para detectar la desconexión.
 - Registrar el inicio del procedimiento anestésico.
 - Registrar el inicio del procedimiento quirúrgico.
 - Registrar las dosis de los medicamentos o agentes usados y los tiempos en que fueron administrados.
 - Anotar la técnica utilizada.
 - Tipo y cantidades de líquidos intravenosos administrados, incluyendo sangre y sus derivados.¹⁷⁹
 - Registrar las contingencias.
 - Anotar la duración del procedimiento quirúrgico.
 - Anotar la duración de la anestesia.
 - Registrar el estado del paciente al concluir la anestesia.
 - Durante el periodo posanestésico, el médico anotará los siguientes datos:
 - Una tabla de signos vitales y de nivel de conciencia.
 - Los insumos administrados y sus dosis.
 - Cualquier evento inusual, perianestésico y quirúrgico deberá consignarse en el expediente.
- g. Nota posoperatoria. Una vez practicada la intervención quirúrgica el cirujano elaborará una nota en que registre, además del diagnóstico preoperatorio y la intervención planeada, la técnica quirúrgica utilizada, la operación practicada, sus hallazgos y el reporte de gases y compresas. En su caso, registrará los estudios de laboratorio y gabinete practicados durante la cirugía, así como los incidentes y accidentes que se hubiesen presentado. Anotará también la cuantificación de sangrado, el nombre de los ayudantes, instrumentistas, anesthesiologist y circulante, el diagnóstico posoperatorio, el estado posquirúrgico del paciente, el pronóstico y el plan terapéutico inmediato y el envío de piezas o biopsias quirúrgicas para examen macroscópico e histopatológico.

¹⁷⁸ Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, Para la práctica de la anestesiología.

¹⁷⁹ Se tendrá que observar lo dispuesto por el apartado 17.11 de la Norma Oficial Mexicana NOM-003-SSA2-1993, Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.

h. Nota de egreso. Al egreso del paciente de la unidad hospitalaria el médico tratante registrará en el expediente la fecha de ingreso/egreso, el motivo de egreso —mejoría, defunción, alta voluntaria, etc.—, los diagnósticos finales, el resumen de la evolución, el manejo durante la estancia hospitalaria y el estado actual del paciente y su tratamiento; en su caso, registrará los problemas clínicos pendientes y su plan de manejo, las recomendaciones para vigilancia ambulatoria, la atención a factores de riesgo —tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones— y el pronóstico. Tratándose de defunción, las causas probables de muerte y si fue solicitado y practicado el estudio de necropsia hospitalaria.

Respecto al alta voluntaria, el artículo 79 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica establece que de solicitar ésta, aun en contra de recomendación médica, el paciente, o en su caso, un familiar, su tutor o su representante legal, firmará un documento en que se describan las razones del egreso, suscribiéndolo dos testigos idóneos, mismo que relevará de responsabilidad al establecimiento, siempre que éste no haya motivado el alta en perjuicio del paciente. La Norma Oficial Mexicana del expediente clínico¹⁸⁰ define esta nota como el documento por medio del cual el paciente, familiar más cercano, tutor o representante jurídico solicita el egreso, con pleno conocimiento de las consecuencias que dicho acto pudiera originar.¹⁸¹ Esta nota será elaborada por un médico a partir del egreso, incluyendo la responsiva médica del profesional que se encargará del tratamiento, y constará de:¹⁸²

- Nombre y dirección del establecimiento.
- Fecha y hora del alta.
- En su caso, nombre completo, edad, parentesco y firma de quien solicita el alta.
- Resumen clínico.
- Medidas recomendadas para la protección de la salud del paciente y para la atención de factores de riesgo.
- En su caso, nombre completo y firma del médico que otorgue la responsiva.
- Nombre completo y firma del médico que emite la hoja.
- Nombre completo y firma de los testigos.

4. Reportes del personal profesional, técnico y auxiliar:

¹⁸⁰ NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico, apartado 10.1.2.

¹⁸¹ *Ibidem*, apartado 10.1.2.1.

¹⁸² Apartado 10.1.2.2 de la norma referida.

- a. Notas de enfermería: deben ser elaboradas por el personal de turno, de acuerdo con las normas del establecimiento y las órdenes del médico tratante. Contendrá como mínimo los siguientes datos:
 - *Habitus* exterior.
 - Gráfica de signos vitales.
 - Administración de medicamentos, fecha, hora, cantidad y vía.
 - Procedimientos realizados.
 - Observaciones.
 - b. De los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento: en caso de haberse solicitado estudios de laboratorio y gabinete se registrará en el expediente lo siguiente:
 - Fecha y hora del estudio.
 - Identificación del solicitante.
 - Estudio solicitado.
 - Problema clínico en estudio.
 - Resultados del estudio.
 - Incidentes, si los hubo.
 - Identificación del personal que realiza el estudio.
 - Nombre completo y firma del personal que informa.
5. Otros documentos y registros: según la complejidad del establecimiento, se podrán integrar al expediente clínico otros documentos. Los más frecuentes incluyen autorizaciones del usuario,¹⁸³ actividades de trabajo social¹⁸⁴ y notificaciones al Ministerio Público. Ahora se revisarán las que enuncia la ya citada Norma Oficial Mexicana, Del expediente clínico.¹⁸⁵
- a. Carta de consentimiento bajo información: este documento se refiere a la autorización que otorga el paciente, o en su caso el familiar o representante legal, para que se le practiquen los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios para la atención médica.¹⁸⁶ Deberá contener al menos lo siguiente:
 - En su caso, nombre de la institución a la que pertenezca el establecimiento.
 - Nombre, razón o denominación social del establecimiento.
 - Título del documento.
 - Lugar y fecha en que se emite.
 - Acto autorizado.

¹⁸³ Por ejemplo, autorización para someterse a una cirugía.

¹⁸⁴ Por ejemplo, estudio socioeconómico.

¹⁸⁵ Apartado 10 de la citada Norma.

¹⁸⁶ No obstante, sobre esto abundaremos en el capítulo correspondiente a la disposición del cuerpo humano.

- Señalamiento de los riesgos y beneficios esperados del acto médico autorizado.
- Autorización al personal de salud para la atención de contingencias y urgencias derivadas del acto autorizado, atendiendo al principio de libertad prescriptiva.
- Nombre completo y firma de los testigos.

De acuerdo con la misma Norma Oficial Mexicana, Del expediente clínico¹⁸⁷ y acorde a la doctrina del derecho sanitario, los eventos mínimos que requieren del consentimiento bajo información son:

- Ingreso hospitalario.
 - Procedimientos de cirugía mayor.
 - Procedimientos que requieren anestesia general.
 - Salpingoclasia y vasectomía.
 - Trasplantes.
 - Investigación clínica en seres humanos.
 - Necropsia hospitalaria.
 - Procedimientos diagnósticos y terapéuticos considerados por el médico como de alto riesgo.
 - Cualquier procedimiento que entrañe mutilación.
- b. Notificación al Ministerio Público:** en los supuestos en que las lesiones o la muerte presuntamente se encuentren vinculadas con la comisión de un hecho ilícito, el hospital deberá dar aviso al Ministerio Público.¹⁸⁸ Esta nota contendrá:
- Nombre, razón o denominación social del establecimiento notificador.
 - Fecha de elaboración.
 - Identificación del paciente.
 - Acto notificado.
 - Reporte de lesiones del paciente, en su caso.
 - Agencia del Ministerio Público a la que se notifica.
 - Nombre completo y firma del médico que realiza la notificación.

Los establecimientos para el internamiento de pacientes deben conservar los expedientes clínicos durante un periodo mínimo de cinco años, según ordenan el artículo 32 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica y el apartado 5.3 de la Norma Oficial Mexicana en cita.

Se insiste en que el expediente clínico es un medio de prueba útil para el médico, pues en ese conjunto de documentos se registra el desarrollo de la atención médica prestada.

¹⁸⁷ Apartado 10.1.1.2.

¹⁸⁸ Según dispone el artículo 92 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Elementos para una teoría sistemática

A manera de conclusión, se presentan sistemáticamente algunas de las actividades más trascendentes no sólo del personal de salud, sino también de quienes en determinado momento participan en el desarrollo de la prestación de la atención médica; asimismo, se proponen algunos criterios de solución no sólo para un ejercicio estrictamente jurídico, sino también para la aplicación correcta de la *lex artis* y de la ética médica, en tanto son fuente del derecho sanitario. En estos términos, se ha seguido la teoría general del negocio jurídico, considerando que, independientemente de la fuente de las obligaciones, existe una relación jurídica médico–paciente. Es decir, se trata de elementos sistemáticos para resolver cualquier acto biomédico, siendo siempre su eje de análisis desde la óptica del derecho sanitario, no obstante la aplicación de disposiciones civiles o penales.

ACTOS DEL MÉDICO

Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley General de Salud, la atención médica es “el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”. Al efecto, el artículo 33 dispone sus cuatro actividades:

- a. Preventivas.

- b. Curativas.
- c. De rehabilitación.
- d. De cuidados paliativos.

Según se ha comentado,¹ la atención médica no sólo se refiere a las actividades tendientes a curar enfermedades, sino también a las relativas a su prevención. Recordemos la definición de Jiménez de Asúa: “toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de una persona, o mejorar su aspecto físico, con el empleo de medios adecuados”.²

Tratándose de la actividad curativa, el objeto de la atención es efectuar un diagnóstico temprano de los problemas clínicos y establecer un tratamiento oportuno para la resolución de los mismos.

En la anterior definición se identifica que, en general, el médico tiene obligaciones de medios y no de resultados.

Así,³ en las obligaciones del primer tipo, el médico se compromete a actuar diligentemente para lograr el resultado sin que se garantice el cumplimiento de éste, pues por su naturaleza es un hecho en el que pueden influir circunstancias ajenas al médico; es decir, el médico no puede asegurar el resultado, pero garantizará el empleo adecuado de todos los medios disponibles para el cumplimiento del fin. Sin embargo, existen situaciones en las que el personal sanitario, en especial el médico, tiene el deber de lograr el resultado. Entre los casos más frecuentes están las pruebas de laboratorio y los tratamientos estéticos —estos últimos sólo si el médico lo conviene.

Respecto al primer tipo de obligaciones —de medios—, el deber del médico radicará en proporcionarle al paciente las medidas de sostén terapéuticas, es decir, las suficientes y adecuadas para lograr el resultado, actuando con la mayor diligencia. Si no se cumple el resultado, no necesariamente será por el empleo inadecuado de los medios, pues en el caso de la atención médica se insiste en el resultado, o sea, la curación total de la enfermedad es un hecho que no sólo depende de la diligencia del facultativo, sino de diversas circunstancias. Sin embargo, la falta de diligencia sí es reprochable, pues es la obligación adquirida por el médico.

En las obligaciones de resultado, y de acuerdo con los dos casos anotados, los laboratorios sí tienen el deber de asegurar el resultado, pues el médico acude a ellos para confirmar o descartar un diagnóstico o tratamiento,⁴ por lo que han de emitir un resultado acertado, tomando en cuenta los medios disponibles.

¹ *Vid.* el capítulo 4, “Atención médica”.

² Jiménez de Asúa L: *Tratado de derecho penal*. Tomo IV, *op. cit.*, p. 657.

³ *Vid.* el capítulo 4, “Obligaciones médicas”.

⁴ Por ejemplo, el médico que solicita la determinación de hematócrito para confirmar su sospecha diagnóstica de anemia y así aplicar el tratamiento adecuado.

Respecto a la atención médica estética, han de diferenciarse los tratamientos *reparadores* de los esencialmente *vanidosos*. En el primer caso el tratamiento tiene la finalidad de corregir deformaciones humanas —congénitas o las causadas por algún accidente—, para superar limitantes funcionales.

El tratamiento esencialmente vanidoso sólo pretende el *embellecimiento* de la persona, sin que sea por indicación terapéutica, por ejemplo, cirugía de nariz aguileña e implante de cabello.

En ambos casos, y si el médico así lo conviene con el paciente, el profesionalista puede asumir una obligación de resultados, pues el paciente acepta el tratamiento con la condición de que va a mejorar su aspecto físico.

Otro tipo de obligaciones son las de seguridad. Según se ha dicho, éstas se refieren a que el personal sanitario se compromete a adoptar los cuidados necesarios para evitar que el paciente sufra algún accidente.

Así, el médico vigilará por todos los medios que se evite cualquier accidente para el paciente; por ejemplo, si hay riesgo de que el paciente caiga de la cama, se deberá colocar un barandal. De acuerdo con la enfermedad y el estado anímico del paciente, el médico tratante podrá solicitar una interconsulta psiquiátrica o de cualquier otra especialidad.

Sin embargo, no sólo el médico responde por estos deberes, sino que también la dirección del hospital está obligada. En este sentido, el establecimiento debe garantizar que cuenta con el personal y equipo idóneos de acuerdo con el servicio que presta, es decir, contar con recursos humanos capacitados, asegurar abastecimiento de insumos, mantener el equipo en buen estado, contar con una infraestructura apropiada e instalaciones higiénicas, etc. Al efecto, el artículo 26 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica señala que los establecimientos que proporcionen ese servicio deberán contar con los recursos humanos, físicos y tecnológicos señalados por las disposiciones aplicables; asimismo, el artículo 95 ordena que los hospitales deberán contar con una dotación de medicamentos las veinticuatro horas del día durante todo el año.

Obtención del consentimiento

Para la aplicación del tratamiento médico–quirúrgico, y siempre que no medie urgencia,⁵ se deberá obtener el consentimiento del paciente. Al efecto, el médico tiene la obligación de brindarle al paciente toda la información relativa a dicho tratamiento y a todos los procedimientos que se le han de practicar para su atención médica.

⁵ En términos del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Esta manifestación de la voluntad constará por escrito, con la firma del paciente o en su caso el familiar o representante legal, y dos testigos idóneos.

De acuerdo con las reglas del derecho civil, esta voluntad permisiva deberá ser obtenida sin los vicios aplicables: dolo, mala fe, error y violencia.⁶

En el supuesto de urgencia médica, y si aún no se ha obtenido el consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se aplicará el tratamiento médico–quirúrgico, registrando esta circunstancia en el expediente clínico del paciente.

Deber de emitir un diagnóstico y proporcionar un tratamiento

Una vez que revisa íntegramente al paciente y emplea los recursos clínicos disponibles, el médico debe emitir un diagnóstico de acuerdo con el padecimiento en estudio.

Para formular el juicio diagnóstico el médico puede emplear los medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento —análisis clínicos, radiografías, etc.—, los cuales tienen un fin confirmatorio. El médico no debe prescindir del estudio semiológico pues, según se ha dicho, el diagnóstico emitido sólo por medios auxiliares puede no ser real en virtud de la evolución del padecimiento, dado que en diversas ocasiones transcurre un tiempo considerable entre la realización del estudio de esos medios y la entrega de los resultados.

Los resultados deben ser valorados por el médico tratante o en su caso solicitar la interconsulta correspondiente, lo cual hará constar en el expediente clínico; asimismo, el médico deberá registrar el diagnóstico emitido.

Como ya se trató en el capítulo correspondiente, el médico indicará un tratamiento oportuno en relación con el diagnóstico emitido. Desde la perspectiva jurídico–sanitaria, el tratamiento reunirá los siguientes requisitos:⁷

- a. Necesario: el tratamiento será oportuno y beneficioso para el paciente, de acuerdo con el tipo de atención que se preste: puede ser urgente, estético, profiláctico o conveniente.
- b. Idóneo: se refiere a que el tratamiento será el adecuado según las indicaciones y contraindicaciones reportadas en la literatura médica.
- c. Preferencia: no obstante que se haya elegido el tratamiento idóneo, puede suceder que éste resulte insuficiente, ineficaz o incluso nocivo para la condición propia del paciente. Ante ello, y según la libertad prescriptiva o de terapia,⁸ el médico podrá elegir otra medida terapéutica adecuada, siempre que se apegue a los principios científicos y éticos de la medicina.⁹

⁶ Sobre ellos se trata en “Los actos del paciente”.

⁷ Vid. el capítulo 4, “Tratamiento”.

Si no es posible superar la enfermedad, se podrán aplicar medidas terapéuticas útiles para no empeorar el estado de salud del paciente o bien conservar su vida, sin llegar al extremo del ensañamiento terapéutico.¹⁰

Al igual que el diagnóstico, el tratamiento también será anotado en el expediente clínico del paciente.

Una vez que se emite el diagnóstico y se indica el tratamiento el médico tiene la obligación de vigilar la evolución del paciente. Para ello deberá realizar lo que en la práctica médica se denomina “pase de visita”, es decir, revisar constantemente al paciente a fin de valorar precisamente esa evolución; de igual forma, elaborará las notas correspondientes en el expediente clínico.

Información para el paciente

Según lo ordena el artículo 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, el médico, y en general los profesionales de la salud,¹¹ deberán proporcionarle al paciente, o en su caso al familiar, tutor o representante legal, la información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondientes. Esta información deberá ser inteligible para el usuario, por lo que se evitará el uso de tecnicismos innecesarios. Además, se le deberá informar sobre los posibles riesgos por el manejo terapéutico, así como acerca de las reacciones adversas que se pudiesen presentar.

Asimismo, y de conformidad con el artículo 30 del mismo Reglamento, si el paciente, o quien legalmente esté autorizado, solicita el resumen clínico sobre el diagnóstico, tratamiento, pronóstico y evolución respectivos, el médico se lo deberá proporcionar.

En el mismo sentido, el artículo 51 Bis 1 de la Ley General de Salud preceptúa el derecho del paciente a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación necesaria respecto a su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen.

⁸ Es decir, aquella de la que goza el médico para no prescribir de acuerdo con criterios fijos, pero deberá observar siempre los principios científicos y éticos de la medicina.

⁹ Se puede pensar en un paciente que sufre una infección y de primera elección se le administra penicilina, pero resulta que es alérgico a ella, por lo que se le indicará otro antibiótico.

¹⁰ Sobre el ensañamiento terapéutico se abundará más adelante.

¹¹ Siempre que estén autorizados al efecto.

Elaboración del expediente clínico

Según se ha anotado, el expediente clínico es el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias.¹² Este expediente es propiedad de la institución y tiene carácter confidencial.

En términos generales, el médico tratante es el encargado de la elaboración del expediente, pues es el responsable de la atención del paciente. Sin embargo, otros profesionales de la salud tienen esta obligación, como son las enfermeras, quienes registrarán los signos vitales y el estado general del paciente, la administración de medicamentos, la aplicación de sueros y los alimentos ingeridos, entre otros datos.

En relación con la confidencialidad del expediente clínico, se estima que es importante mencionar que no se actúa en contra de este principio si se da información o se facilita el mismo al personal involucrado en la atención del paciente y, precisamente, con el fin de otorgar adecuadamente el servicio.¹³

Las notas que integran este expediente deberán ser escritas sin abreviaturas o epónimos y con letra legible; asimismo, serán firmadas por el médico tratante y, en su caso, por el personal de enfermería.

Otro documento jurídico-sanitario de gran trascendencia es la receta médica, la cual contiene la prescripción de uno o varios medicamentos, simples o compuestos, en cualquier forma farmacéutica, suscrita por médicos cirujanos, homeópatas, odontólogos, pasantes de alguna de estas carreras en servicio social, enfermeras y parteras, todos ellos autorizados para ejercer su profesión.¹⁴ Las indicaciones plasmadas en la receta médica deberán ser con letra legible, a fin de que el farmacéutico encargado de surtirla o el mismo paciente eviten cualquier interpretación errónea, sea en el nombre del medicamento, la dosis, la vía de administración, etc.

Las recetas médicas deben contener el nombre del médico, de la institución que le hubiere expedido el título profesional, el número de cédula profesional emitida por la autoridad competente, el domicilio del establecimiento (consultorio u hospital) y la fecha de expedición; además, deberán incluir la firma de quien las expida. Tratándose de médicos especialistas, se deberá agregar el número de registro de especialidad emitido por la autoridad competente.¹⁵

¹² *Vid.* el capítulo 4, "Expediente clínico".

¹³ Un ejemplo es que el médico le proporcione el expediente a la enfermera para que revise las indicaciones o se le facilite al médico que haya realizado la interconsulta.

¹⁴ *Vid.* el artículo 50 del Reglamento de Insumos para la Salud.

¹⁵ Artículo 64 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Reportes obligatorios

En términos del artículo 136 de la Ley General de Salud, el médico tiene la obligación de notificar a la autoridad sanitaria la presencia de las siguientes enfermedades: fiebre amarilla, peste, cólera, poliomielitis, meningitis meningocócica, tifo epidémico, fiebre recurrente transmitida por piojo, influenza viral, paludismo, sarampión, tos ferina y difteria, así como la presencia del virus de la inmunodeficiencia humana.

Además, el artículo 107 de la Ley General de Salud ordena que los profesionistas que presten servicios de salud tienen la obligación de llevar las estadísticas indicadas por la Secretaría de Salud y proporcionarle a las autoridades sanitarias la información que sea requerida.

Asimismo, si se presume que las lesiones del paciente, o en su caso la muerte, están vinculadas con la comisión de algún ilícito, inmediatamente se le deberá comunicar a la autoridad competente.¹⁶

Derecho a ejercer la profesión

Según la garantía consolidada en el artículo 5 constitucional, toda persona tiene derecho a dedicarse a la profesión que más le acomode, siempre que sea lícita. Este precepto también dispone que una ley reglamentaria, en cada entidad federativa, determinará cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, así como los requisitos para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Al efecto, y para el Estado de Hidalgo, rige la Ley del Ejercicio Profesional para el Estado de Hidalgo, publicada en el periódico oficial del estado el 31 de diciembre de 2001.

En este sentido, el médico que posea título profesional legalmente expedido tiene el derecho de ejercer libremente su profesión, siempre que sea en forma lícita. Para ello observará lo dispuesto por las legislaciones sanitaria y educativa. A fin de evitar el intrusismo, es decir, que personas sin título profesional o no autorizadas ejerzan o pretendan ejercer esta profesión, en especial prestar atención médica. El artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena que los profesionales de las disciplinas para la salud, que ejerzan en forma independiente pongan a la vista del público su título profesional y todo documento que los acredite.

Asimismo, el artículo 27 de ese Reglamento dispone que quienes no posean título profesional legalmente expedido y registrado, y se hagan llamar o anunciar añadiendo a su nombre las palabras doctor, médico cirujano o cualquier otro signo o conjunto de términos que hagan suponer que ejerce como profesionista de

¹⁶ Es decir, el Ministerio Público.

las disciplinas para la salud, serán sancionados conforme a lo establecido por el propio Reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto por la demás legislación aplicable.¹⁷

ACTOS DEL PACIENTE

A continuación se revisarán algunos de los actos más trascendentes del paciente.

El consentimiento para la aplicación del tratamiento médico–quirúrgico

Una de las teorías legitimadoras del acto biomédico es la del consentimiento. En el derecho sanitario mexicano, por regla general,¹⁸ para la aplicación de tratamiento médico–quirúrgico el paciente debe manifestar su voluntad de aceptación. Al efecto, el artículo 80 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena que al ingresar un paciente en un hospital, y siempre que su estado de salud lo permita, deberá otorgar la autorización escrita y firmada para que le sean practicados, con fines de diagnóstico o tratamiento, los procedimientos médico–quirúrgicos necesarios para su padecimiento, previa información sobre los mismos. Si algún otro procedimiento entraña un alto riesgo para su salud o su vida, se deberá recabar nuevamente su consentimiento. Según se ha afirmado, en el supuesto de urgencia, y ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del paciente o de la persona legitimada, el médico tratante puede iniciar el procedimiento médico–quirúrgico que estime necesario, asentando tal situación en el expediente clínico.

Según ha quedado asentado en los actos del médico, esta voluntad, en tanto acto jurídico, ha de manifestarse libre de los vicios del consentimiento: dolo, error, mala fe y violencia.

El dolo¹⁹ se refiere a cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a un error o mantenerlo en él. La mala fe es la disimulación del error, una vez conocido. Por error se entiende una falsa apreciación de la realidad. Por último está la violencia, la cual puede revestir dos formas: la violencia física y la moral; en la primera se ejerce una coacción material sobre la entidad corporal de la persona; la segunda se refiere a las amenazas u hostigamiento de tipo psicológico.

En este sentido, el paciente otorgará su consentimiento una vez que se le haya brindado información completa y clara sobre los procedimientos que se le practi-

¹⁷ Por ejemplo, la legislación penal que tipifica el delito de usurpación de profesiones.

¹⁸ Existen excepciones, como la urgencia médica o los tratamientos forzosos.

¹⁹ Desde el punto de vista de vicio del consentimiento.

carán. La extensión de esta voluntad abarcará los actos sobre los que se le informó, no obstante las situaciones de urgencia, en las que el médico podrá realizar, para atender esa urgencia, procedimientos distintos de los que le advirtió al paciente. Esto se extiende al equipo encargado de su atención: médico tratante, cirujano, anestesiólogo, enfermeras, etc.

El consentimiento será válido para las actuaciones del médico que sean ajustadas a la *lex artis*, quedando excluido cualquier ejercicio ilícito de la medicina.

Obligación de proporcionar información

El paciente tiene el deber de proporcionar la información que le solicite el médico para su atención. Dicha información debe ser veraz y completa, dado que es de suma importancia para que el médico determine el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento. Sin embargo, en diversas ocasiones el paciente no otorga una información adecuada, lo cual puede trascender negativamente en la prestación de la atención médica; no obstante, ello no excluye que el médico emplee distintos medios para inquirir en los mayores detalles y propicie la disponibilidad del paciente.

Merced a lo anterior, el paciente deberá indicarle al médico cómo inició su padecimiento, si antes lo había sufrido, si algún familiar estuvo en la misma circunstancia y si ha ingerido algún medicamento; en general, toda la información útil y que sea requerida por el facultativo para la atención médica, pues, como se anotó, hay que determinar cómo “la enfermedad se incorpora a la biografía de esa persona y la reacción que significa el mecanismo de acción de agresión y defensa”.²⁰

Observación de las prescripciones médicas

No obstante que, en virtud del principio de autonomía, el paciente tiene el derecho de aceptar libremente los procedimientos médicos,²¹ es conveniente que una vez manifestado su consentimiento para la aplicación de ellos, ya sea con fines de diagnóstico o de tratamiento, cumpla con las indicaciones médicas, pues lo contrario puede repercutir negativamente en su atención médica.

En varias ocasiones el paciente se niega a continuar con ciertos procedimientos que el médico le indica, argumentando distintos motivos, apatía al tratamiento, ideas religiosas, etc.

Según se ha dicho, el médico debe revisar la evolución del paciente, pues así se cerciorará de que ha respetado el tratamiento; en caso de negativa a seguirlo,

²⁰ Achával A: *Responsabilidad civil del médico*. Abeledo-Perrot, p. 80.

²¹ De conformidad con el artículo 51 Bis 2 de la Ley General de Salud.

se debe determinar la causa, misma que puede ser justa —molestias— o infundada, cuando ello atenta contra el orden público —apatía.

Entre los procedimientos más comunes a los que el paciente se niega se incluyen las inyecciones, la aplicación de soluciones por vía intravenosa, el consumo de pastillas o tabletas desagradables, las biopsias, las radiografías con medio de contraste, las dietas, los ayunos, las transfusiones sanguíneas y la prohibición de visitas, entre otros.

En ocasiones el paciente manifiesta su negativa por falta de información o quizá temor al procedimiento diagnóstico o terapéutico. Sin embargo, hay que recordar que el médico tiene el deber de proporcionar información completa sobre el estado de salud y la atención médica del paciente.

Cualquier negativa para continuar con el tratamiento médico-quirúrgico se hará constar en el expediente clínico. Sobre el particular, es importante mencionar que la mayoría de las veces que el paciente se niega a seguir el tratamiento argumenta el derecho que tiene a disponer de su cuerpo e incluso de su vida. En primer lugar hay que recordar que la persona tiene derecho a la vida o, mejor dicho, a la conservación de la vida, pero no tiene derecho sobre la vida; además, el límite para disponer del propio cuerpo lo constituyen la ley y el orden público. Así, si por la negativa al tratamiento se pone en peligro grave la vida o la integridad corporal, podría resultar insuficiente el derecho que argumenta el paciente, pues la vida y la integridad física están tutelados por el derecho público, por lo que no son bienes disponibles. Si por lo anterior se presume la comisión de un ilícito, el médico tiene la obligación de hacerlo del conocimiento de la autoridad competente.

Por otra parte, en cuanto a los medicamentos que el propio paciente pueda administrarse, hay que observar las indicaciones plasmadas en la receta médica: dosis, vía de administración, periodicidad, etc.

No obstante la obligación de observar las prescripciones médicas, el paciente puede negarse a seguirlas siempre que tenga razón fundada y suficiente para ello, por ejemplo, medicamentos caducos, duda sobre si el material desechable es nuevo, medicamentos distintos a los indicados, etc., lo cual hará del conocimiento del médico o del responsable del establecimiento.

Derecho a una segunda opinión

Siempre que su estado de salud lo permita el paciente tiene derecho a obtener una segunda opinión sobre su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, sin que por ello se cause menoscabo en la prestación de la atención médica.

El artículo 51 de la Ley General de Salud dispone que los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a obtener esa prestación oportunamente y con calidad idónea, así como a recibir atención profesional y éticamente responsable por

parte del personal sanitario; merced a ello, en el artículo 51 Bis 2 se dispone que los usuarios de los servicios públicos de salud contarán con las facilidades para obtener una segunda opinión. Asimismo, esta facultad se consolida en principios universales, como es la Declaración de Lisboa.²² En el mismo tenor se ha pronunciado la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en la Carta de los Derechos de los Pacientes.

Derecho a la información

Según se ha apuntado,²³ y de conformidad con los artículos 51 Bis 1 de la Ley General de Salud y 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, el paciente, o en su caso el familiar, tutor o representante legal, tiene derecho a la información sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y evolución correspondientes.

Esta información debe ser completa y clara, es decir, inteligible para el paciente, por lo que el médico debe evitar utilizar terminología técnica incomprensible para el enfermo.

Además, el artículo 30 del mismo Reglamento faculta al paciente, o bien al familiar, tutor o representante legal, para solicitar el resumen clínico sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y evolución de que se trate, el cual será expedido por el médico tratante.

Así se consolida el derecho del paciente a la información acerca de los procedimientos médico-quirúrgicos que se le han de practicar, sea con fines de diagnóstico o de tratamiento, y acerca de su padecimiento. Asimismo, se le informará sobre los posibles riesgos que impliquen tales procedimientos y los efectos adversos que se puedan presentar.

Deber de pagar honorarios

Esta obligación se deriva del contrato celebrado entre el paciente y el médico para la prestación de la atención médica.

Este contrato se perfecciona con la aceptación de las partes, es decir, el paciente acepta recibir la atención y el médico proporcionarla.

Al efecto, el artículo 2597 del Código Civil para el Estado de Hidalgo establece que las personas que celebren este tipo de contratos podrán fijar, de común acuerdo, la retribución por la prestación del servicio.

Asimismo, el numeral 2598 del mismo código señala que en el supuesto en que las partes no hubieren convenido el monto de los honorarios, se atenderán a las

²² *Vid.* Apéndice I.

²³ *Vid.* en este capítulo "Actos del médico".

circunstancias del lugar, la importancia del asunto, las condiciones económicas de quien reciba el servicio y la reputación profesional del prestador.

Por último, el artículo 2604 establece que el profesionista tiene derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio, salvo convenio en contrario.

ACTOS DEL HOSPITAL

Definición y clasificación de hospitales

No sólo son importantes los actos del paciente y del médico, sino también los de la institución de salud. Aquí se revisarán brevemente algunos de ellos.

Para efectos del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica,²⁴ el establecimiento considerado para este servicio es aquel sitio público, social o privado, fijo o móvil, cualquiera que sea su denominación, que preste servicios de atención médica, ya sea ambulatoria o para internamiento de pacientes.

Para mayor abundamiento, el artículo 69 del mismo Reglamento define al hospital como todo establecimiento público, social o privado, cualquiera que sea su denominación, que tenga como finalidad la atención de enfermos que se internen para su diagnóstico, tratamiento o rehabilitación. Ahora bien, los consultorios, de conformidad con el artículo 56 del mismo ordenamiento, son todo establecimiento público, social o privado, independiente o ligado a un servicio hospitalario, que tenga como fin prestar atención médica a pacientes ambulatorios. En relación con la población que atienden, el artículo 34 de la Ley General de Salud clasifica a los establecimientos en:

- a.** Servicios públicos a la población en general: son los que se prestan en servicios públicos de salud a los habitantes del país que así lo requieran. La remuneración por este servicio se denomina cuota de recuperación, la cual se basará en los principios de solidaridad social y se estimará en relación con las condiciones socioeconómicas del usuario. Se podrá prescindir de esta cuota cuando la economía del paciente no sea suficiente para cubrirla.
- b.** Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o con los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios. Estos establecimientos prestarán sus servicios a quienes hayan pagado las cuotas de segu-

²⁴ Artículo 7 fracción III.

ridad social respectivas, por ejemplo, IMSS, ISSSTE e ISSFAM, o bien que presten a otro grupo, por ejemplo IMSS–Solidaridad.

- c. Servicios privados y sociales: sea cual fuere la forma en que se contraten. Los privados son prestados por las personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, y sujetos a los ordenamientos legales, civiles y mercantiles; las tarifas serán fijadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, previa opinión de la Secretaría de Salud. Los sociales se refieren a los servicios prestados por grupos u organizaciones sociales a sus miembros y a los familiares de los mismos.

De conformidad con el artículo 198 de la Ley General de Salud, los establecimientos que realicen actos quirúrgicos u obstétricos requieren licencia sanitaria.²⁵

Además, estos establecimientos requieren otras licencias si cuentan con banco de órganos y tejidos, laboratorio clínico, gabinete de diagnóstico, servicio de transfusión, etc.

Respecto a la infraestructura hospitalaria, son aplicables las disposiciones en materia de ingeniería sanitaria y las de protección al ambiente.

De lo dispuesto por los artículos 21 y 26 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica se desprende que los establecimientos que proporcionen este servicio deberán tener personal suficiente e idóneo, así como los recursos físicos y tecnológicos necesarios, de acuerdo con la complejidad de las actividades que desarrollen.

En este sentido, según lo ordenado por el artículo 22 del mismo reglamento, dichos establecimientos no podrán contratar los servicios de personal de las disciplinas para la salud que no esté debidamente autorizado para ejercer su profesión. Merced a ello, el responsable de la institución tendrá un archivo actualizado en el que conste la documentación del personal de salud. Sin embargo, sí se podrán realizar prácticas, sin que ello ocasione menoscabo en la prestación del servicio, del personal que se encuentre en etapa de formación profesional —médicos internos de pregrado, médicos residentes y pasantes de enfermería.

A fin de identificarlos como personal que labora en el hospital, los trabajadores podrán portar en un lugar visible una credencial en la que se incluya, además de la denominación del establecimiento, su nombre, fotografía, el puesto que desempeña y su horario; este documento será suscrito por el responsable del establecimiento.

²⁵ Este artículo fue reformado el 7 de mayo de 1997.

Obligación de proporcionar insumos para la salud

El responsable del establecimiento tiene la obligación de supervisar que se cuente con los insumos necesarios para la prestación de la atención médica.

Esto no sólo se refiere a los medicamentos o al material de curación,²⁶ sino a todos los recursos útiles, como son los medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento y el material necesario para su uso.²⁷ Para ello se atenderá a la complejidad del servicio prestado.

Si por la carencia de algún insumo se ocasiona un menoscabo en la atención médica, y además existía la obligación de tener ese recurso, la responsabilidad que se desprenda podrá atribuírsele al establecimiento.

Al efecto es aplicable el ya citado artículo 26 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Por tanto, si por la falta de recursos no es posible atender adecuadamente al paciente, se le trasladará a otra unidad hospitalaria que asegure su atención. El traslado estará a cargo de la unidad que envía; en caso de que no se pueda, se utilizarán los recursos de la unidad receptora.

Conservación del expediente clínico

Los hospitales públicos, sociales o privados están obligados a proporcionarle al personal de salud lo necesario para la elaboración e integración de los expedientes clínicos.²⁸ En términos del apartado 5.3 de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico, este conjunto de documentos son propiedad de la institución o del prestador del servicio.

Sin embargo, y de conformidad con el apartado 5.6²⁹ de la misma Norma Oficial Mexicana, han de facilitar el expediente a la autoridad judicial, sanitaria o administrativa cuando ésta lo requiera para actos relacionados con el prestador o el usuario de los servicios de salud, conforme a las disposiciones aplicables. Estos establecimientos deberán conservar los expedientes clínicos durante un periodo mínimo de cinco años.³⁰

²⁶ Gasas, suturas, vendas, jabón, etc.

²⁷ Reactivos para pruebas de laboratorio y material para radiografías.

²⁸ El expediente clínico es el conjunto de documentos escritos, gráficos, imagenológicos o de cualquier otra índole en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias.

²⁹ Lo cual ya fue tratado en el capítulo anterior.

³⁰ Así lo ordenan el artículo 32 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica y el apartado 5.3 de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico.

También es importante señalar que la documentación y la papelería del establecimiento deberá contener: tipo de establecimiento, nombre y la institución a la que pertenece, domicilio y número de licencia sanitaria.³¹

Prestación de la atención médica de urgencia

Según se ha comentado, una urgencia es todo problema médico–quirúrgico agudo que ponga en peligro la vida, un órgano o una función, y que requiera atención inmediata.³²

En este sentido, el artículo 71 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica obliga a los establecimientos públicos, sociales o privados que tengan el servicio de internamiento de pacientes a prestar la atención médica a toda persona cuando la urgencia suceda en la cercanía a ellos.

Los servicios de urgencias de cada hospital deben contar con los recursos suficientes e idóneos, funcionar las veinticuatro horas del día, todo el año, y tener de forma permanente un médico de guardia responsable del servicio.

En caso de que por falta de recursos no se pueda atender adecuadamente al paciente y sea necesario su traslado a otra unidad, el responsable del servicio de urgencias garantizará que se adopten las medidas de sostén terapéutico para el paciente, es decir, las que aseguren la valoración médica y el tratamiento inmediato de la eventualidad, o bien la estabilización de las condiciones del paciente.

Integración de comités y comisiones

La integración de comités y comisiones está en función de las actividades que se desarrollen dentro del hospital.

Así, si en el establecimiento se efectúan actos de disposición de órganos y tejidos, en particular trasplantes, se deberá constituir un comité integrado por médicos especialistas en la materia y en forma multidisciplinaria, que funcione bajo la responsabilidad de la institución, con la previa autorización de la Secretaría de Salud.

De conformidad con el artículo 34 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, dicho comité deberá tener las siguientes atribuciones:

³¹ Según lo dispuesto por el artículo 37 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

³² Artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

- Verificar que los trasplantes se realicen de conformidad con los requisitos establecidos por la Ley General de Salud, sus reglamentos y las normas técnicas y oficiales mexicanas aplicables.
- Supervisar que dichos procedimientos terapéuticos se realicen con la máxima seguridad y de acuerdo con los principios éticos médicos.
- Realizar la selección de donantes originarios y receptores de trasplantes.
- Proporcionar la información relacionada con el trasplante que requieran los receptores, los donantes y los familiares.
- Fomentar la actualización del personal que participe en los trasplantes.

Si en la unidad hospitalaria se desarrollan procedimientos de investigación para la salud, en particular en investigación en seres humanos, además de observar las disposiciones legales aplicables se han de integrar comités de investigación, de ética y de bioseguridad, los cuales funcionarán bajo la responsabilidad del titular del hospital.

En términos generales, las comisiones tienen las siguientes finalidades:³³

- Proporcionar asesoría a los titulares responsables de la institución que apoye la decisión sobre la autorización para el desarrollo de investigaciones.
- Auxiliar a los investigadores para la realización óptima de sus estudios.
- Vigilar la aplicación del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud y demás disposiciones legales aplicables.

Revisemos, aunque brevemente, las funciones esenciales de cada comisión.

1. Comisión de investigación: estará integrada por un mínimo de tres científicos con experiencia en la materia, de preferencia que sean miembros de la misma institución. Esta comisión evaluará la calidad técnica y el mérito científico de la investigación propuesta, formulando la opinión correspondiente.
2. Comisión de ética: se constituirá cuando se realice investigación en seres humanos. Estará integrada por un equipo multidisciplinario. Se recomienda que al menos uno de los miembros pertenezca a la institución de salud; los profesionales de la medicina que formen parte de esta comisión deberán tener la capacidad para representar los valores morales, culturales y sociales de los grupos de investigación. Esta comisión emitirá su opinión técnica sobre los aspectos éticos de las investigaciones propuestas, con base en la revisión de los riesgos, los beneficios y la carta de consentimiento informado,

³³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

entre otros, contenidos en el protocolo de investigación, para garantizar el bienestar y los derechos de los pacientes sujetos de investigación.³⁴

3. Comisión de bioseguridad: esta comisión se integrará en las instituciones en que la investigación involucre la utilización de dispositivos generadores de radiaciones ionizantes y electromagnéticas, isótopos radiactivos, micro-organismos patógenos, ácidos nucleicos recombinantes u otros procedimientos análogos que puedan representar un peligro para la salud. Estará constituida por científicos de amplia experiencia en la materia, pertenezcan o no a la institución, que puedan asegurar que la investigación se ha de desarrollar con las medidas adecuadas de bioseguridad. Tiene entre sus atribuciones la de emitir la opinión técnica respecto a la bioseguridad de las investigaciones propuestas, mediante la revisión de las instalaciones, los materiales y los métodos involucrados, a fin de garantizar el resguardo de la integridad físico-biológica del personal ocupacionalmente expuesto, así como de las personas sujetas a la investigación, la comunidad y el medio ambiente.

Los miembros de cualquiera de los tres comités ejercerán sus funciones durante tres años, con la opción de ser ratificados por otro periodo igual.

Asimismo, podrán conformarse comités hospitalarios de bioética con el fin de auxiliar al médico tratante en la toma de decisiones que impliquen dilemas bioéticos. Incluso la Ley General de Salud³⁵ establece que estos comités pueden decidir sobre la aplicación de procedimientos médico-quirúrgicos o tratamientos necesarios en pacientes en situación terminal cuando no exista una persona legitimada para otorgar el consentimiento. Por último, el artículo 316 señala que en los establecimientos en los que se realicen actos de disposición de sangre humana, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas se debe contar con un Comité de Medicina Transfusional.

Informes y estadísticas a la autoridad sanitaria

De conformidad con el artículo 107 de la Ley General de Salud, los establecimientos que presten servicios de salud llevarán las estadísticas señaladas por la Secretaría de Salud, mismas que serán entregadas a la autoridad sanitaria correspondiente. Asimismo, si realizan algún tipo de actividad específica, rendirán un informe al respecto; por ejemplo, si se efectúan actos de disposición de órganos o tejidos se debe entregar un informe al Registro Nacional de Trasplantes, o bien estadísticas en materia de enfermedades transmisibles.

³⁴ Artículo 109 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

³⁵ Lo cual se aborda más adelante, en "Abusos al paciente y ensañamiento terapéutico".

ACTOS DE TERCEROS

Aquí se revisan brevemente algunos de los actos de personas que, sin ser el paciente, el médico o el hospital, en determinado momento trascienden en la atención médica.

Autorización para la aplicación del tratamiento médico–quirúrgico

De conformidad con el artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, si por la incapacidad, transitoria o permanente, o bien por tratarse de una urgencia es imposible obtener el consentimiento del paciente para la aplicación del tratamiento médico–quirúrgico necesarios para su problema clínico, podrá otorgarlo el familiar más cercano en vínculo que lo acompañe, o el tutor o representante legal, siempre que previamente haya sido informado, además del contenido de la autorización y de los procedimientos que han de practicarse. Dicha autorización será suscrita ante la presencia de dos testigos idóneos.

Reportes obligatorios

Según ordena el artículo 138 de la Ley General de Salud, los jefes, los encargados del laboratorio, los directores de unidades médicas, escuelas, fábricas, talleres, asilos, los jefes de oficinas, establecimientos comerciales o de cualquier otra índole, y en general, toda persona que por circunstancias ordinarias o accidentales tenga conocimiento de alguno de los casos de enfermedades de notificación obligatoria, deberán informarlo a la autoridad sanitaria correspondiente.

Respecto a ello, y en el caso particular del VIH/SIDA, la Norma Oficial Mexicana NOM–010–SSA2–1993, Para la prevención y control de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana, dispone que la obligación de notificar a la autoridad sanitaria la presencia de este virus le corresponde al médico tratante y no al personal de laboratorio. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía de las normas, según el modelo de la pirámide de Hans Kelsen, es de observarse lo dispuesto por la Ley General de Salud.

Ahora bien, las autoridades no sanitarias cooperarán en la acción para combatir las enfermedades transmisibles.

Solicitud de atención médica

De conformidad con lo ordenado por el artículo 55 de la Ley General de Salud, las personas físicas o instituciones públicas o privadas que tengan conocimiento

de accidentes o de que algún paciente requiera la prestación de atención médica urgente procurarán que éste sea trasladado al establecimiento de salud más cercano para recibir la atención inmediata, aunque posteriormente sea necesario su traslado a otra institución.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, toda persona puede solicitar a la autoridad sanitaria correspondiente el internamiento de personas enfermas, cuando éstas se encuentren impedidas para solicitarlo ellas mismas.

En relación con esto, los agentes del Ministerio Público que reciban informes o denuncias sobre personas que requieran servicios de atención médica de urgencia deberán disponer que las mismas sean trasladadas de inmediato al establecimiento de salud más cercano.

Farmacéuticos

La actividad de las personas encargadas de las farmacias es de gran trascendencia, pues son las responsables de surtir las recetas médicas.

En estos términos, los farmacéuticos se limitarán a expender lo indicado por el médico en la receta, sin opinar respecto a cambio alguno de los medicamentos señalados si no tiene la capacidad necesaria.

Al efecto, la fracción I del artículo 44 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica dispone que los responsables de droguerías, farmacias y boticas no podrán prestar esta atención si no tienen la documentación que los acredite como profesionales de la medicina.

Además, el artículo 31 del Reglamento de Insumos para la Salud ordena que la venta o suministro de la prescripción médica contenida en la receta deberá ajustarse a lo indicado, quedando prohibida cualquier sustitución, a menos que lo autorice quien prescribió.

Es importante mencionar la prohibición de vender medicamentos o algún otro insumo para la salud en puestos semifijos, móviles o ambulantes.³⁶

De igual forma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley General de Salud, no se podrán vender o suministrar medicamentos con fecha de caducidad vencida.

Por otra parte, si en la farmacia se venden sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el responsable de la misma deberá llevar un registro en el libro que al efecto expida la Secretaría de Salud.

³⁶ *Vid.* Artículo 226 de la Ley General de Salud.

Encargados de laboratorio y gabinete

Los encargados de estos establecimientos³⁷ realizarán el estudio solicitado por el médico utilizando el material y el equipo adecuados, los cuales evitarán emplear si no cumplen con las condiciones requeridas.

En términos generales, los responsables de estas unidades tienen las siguientes obligaciones:³⁸

- Informar por escrito a la Secretaría de Salud los casos de enfermedades transmisibles de notificación obligatoria, sea con diagnóstico probable o de certeza, además de cualquier sospecha de intoxicación por agentes químicos, físicos o bacteriológicos.
- Vigilar que los resultados de los estudios tengan la firma autógrafa del personal autorizado.
- Vigilar que las muestras de los productos biológicos, el material y el equipo contaminado o potencialmente contaminado sean esterilizados y descontaminados antes de ser desechados o reutilizados, según las normas que al efecto determinen las autoridades competentes.
- Vigilar y mantener el buen funcionamiento de la recepción y toma de muestras que el laboratorio o gabinete tenga establecido fuera del local.
- Comunicar a la Secretaría de Salud el horario de asistencia al establecimiento, que no podrá ser menor de tres horas, así como cualquier cambio del mismo.
- Comunicar por escrito a la Secretaría de Salud la fecha de cesación de sus funciones como responsable, ya sea con carácter temporal, que exceda de quince días, o con carácter definitivo; en este último caso devolverá la autorización de responsable a las autoridades sanitarias, en un plazo no mayor de quince días, para su cancelación.

El funcionamiento y la ingeniería sanitaria de estos establecimientos se sujetarán a las normas que al efecto expida la Secretaría de Salud.

Asimismo, y en cuanto al tipo de obligaciones, como regla general estos laboratorios y gabinetes han de asegurar resultados en relación con el servicio prestado y de acuerdo con los medios disponibles. Es decir, si un médico solicita al laboratorio determinado estudio de sangre, este último se obliga a proporcionar un resultado y no sólo a emplear los medios necesarios para tal fin. Sin embargo, hay que tener en cuenta los medios disponibles, dado que en caso de la detección del VIH no se puede asegurar que el resultado sea totalmente veraz, ya que existe

³⁷ Establecimientos que constituyen los medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.

³⁸ Artículo 144 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

el llamado periodo de ventana, es decir, aquel en que aun utilizando los mejores reactivos no es posible detectar la presencia del virus.

Denuncia de irregularidades en los servicios de salud

El artículo 60 de la Ley General de Salud concede acción popular para denunciar ante las autoridades sanitarias todo hecho, acto u omisión que represente un riesgo para la salud de la población. Para dar curso a esa denuncia bastará que la persona señale los datos que permitan localizar la causa del riesgo.

El numeral 54 de dicha Ley dispone que las autoridades sanitarias competentes y las propias instituciones de salud establezcan procedimientos de orientación y asesoría para los usuarios sobre el uso de los servicios de salud que requieran, así como mecanismos para que los usuarios o solicitantes presenten sus quejas, reclamaciones y sugerencias respecto de la prestación de tales servicios. En el supuesto de las poblaciones o comunidades indígenas las autoridades sanitarias brindarán asesoría y orientación en idioma español y en la lengua o lenguas en uso en la región o comunidad. Asimismo,³⁹ se ordena que las quejas que los usuarios presenten por la atención médica recibida sean resueltas y atendidas de manera oportuna y eficaz por el prestador del servicio o por la institución de salud que tenga tal fin en el ámbito de su competencia.

En este sentido, los artículos 52 y 53 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica disponen que ha de señalarse la irregularidad, el nombre y el domicilio del establecimiento en que se presume la comisión, o del personal de salud a quien se le impute, así como nombre y domicilio del denunciante. Al efecto, la autoridad sanitaria realizará las diligencias necesarias para comprobar la información de la denuncia, procurando que este hecho no genere perjuicios al denunciante.

REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO PARA LA ATENCIÓN MÉDICA

En primer término, hay que recordar qué se entiende por consentimiento. Mezger lo considera como un abandono real o presunto de intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disposición de un bien jurídico.⁴⁰ Es decir, el titular del bien jurídico permite su utilización por parte de otra persona; se trata de una voluntad permisiva.

En esta definición es necesario distinguir entre bienes disponibles y no disponibles. Estos últimos están tutelados por el derecho público, es decir, que si son

³⁹ Artículo 51 Bis 3.

⁴⁰ López BJ: *Los médicos y el código penal. Op. cit.*, p. 64.

lesionados no sólo se afecta al titular, sino también al orden público. El más importante es la vida.

Los disponibles se refieren a los bienes de interés privado, es decir, la disposición de ellos por parte del titular⁴¹ no trasciende al orden público.

La manifestación de esta voluntad puede ser expresa o tácita. Al efecto, el artículo 1787 del Código Civil para el estado de Hidalgo señala que el consentimiento será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Será tácito cuando resulte de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, salvo los casos en que por mandato legal o convenio deba manifestarse expresamente. De acuerdo con la definición de Mezger, se debe determinar quién tiene la facultad de disponer de los bienes.

El mismo Código Civil, en su artículo 24, establece que la persona mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, excepto en las limitantes que la ley señale.

Sin embargo, los menores de edad y quienes se encuentren en estado de interdicción, ambos considerados incapaces, pueden ejercitar sus derechos por medio de representantes.⁴²

En tanto se trata de un acto jurídico, este consentimiento, para que sea válido, ha de manifestarse libre de vicios. Son vicios el dolo, el error, la mala fe y la violencia.

De acuerdo con las reglas del derecho civil, el dolo se refiere a cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a quien manifieste el consentimiento. Por error se entiende la falsa apreciación de la realidad. La mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Por último, hay violencia cuando se emplean fuerza física o amenazas que importen perder la vida, la honra, la salud o una parte considerable de los bienes de quien ha de declarar el consentimiento, el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta en segundo grado.

Ahora bien, en el ámbito de la atención médica el derecho que el paciente tiene a disponer de su cuerpo⁴³ se consolida en los ya citados artículos 80 y 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, los cuales señalan que al paciente, siempre que su estado de salud lo permita, se le deberá solicitar su consentimiento para practicarle, con fines de diagnóstico o de tratamiento, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios para su padecimiento.

⁴¹ Aclaración hecha de que existen limitantes para disponer de estos bienes.

⁴² En relación con ello, y tratándose de la disposición del cuerpo humano, el artículo 326 de la Ley General de Salud señala que no será válido el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces mentales o por quienes no puedan expresarlo libremente.

⁴³ Este derecho tiene como limitantes la ley, el orden público y las buenas costumbres.

En caso de que por incapacidad, transitoria o permanente, o por el estado de urgencia no sea posible obtener la autorización del paciente, podrá otorgarla el familiar más cercano en vínculo que lo acompañe, o en su caso el tutor o el representante legal. Sin embargo, en los supuestos de incapacidad del paciente o ausencia de las personas mencionadas se podrán efectuar los procedimientos previa valoración del caso, haciendo constar esta circunstancia en el expediente clínico.⁴⁴ Salvo estos dos supuestos, siempre ha de obtenerse el consentimiento del paciente.

Según el mismo artículo 80, no obstante que se haya solicitado la autorización del paciente a su ingreso al hospital, se ha de volver a recabar si el nuevo procedimiento que ha de aplicarse entraña un alto riesgo para la salud.

Así, si al paciente se le ha de realizar una nueva cirugía o se le administrarán medicamentos con importantes efectos colaterales —quimioterapias o esteroides—, o bien se le han de practicar estudios de recursos paraclínicos —punción lumbar, resonancia magnética o biopsias—, se deberá recabar su consentimiento siempre que sea posible y no medie urgencia.

De conformidad con el artículo 82 del Reglamento de la Ley General de Salud, el documento en el que conste la autorización tendrá las siguientes características:

- Nombre de la institución a la que pertenece el hospital.
- Nombre, razón social o denominación del hospital.
- Título del documento.
- Lugar y fecha.
- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.
- Nombre y firma de los testigos.

Un caso frecuente en la práctica médica se observa cuando el médico programa a una paciente para determinada cirugía (la cual está debidamente justificada), por ejemplo, una extracción de apéndice. Sin embargo, durante el desarrollo de la cirugía el médico aprecia una complicación —unos quistes ováricos, que son ajenos tanto al motivo de la cirugía como al actuar del médico— y decide que es necesario extirparlos. Por regla general debería obtenerse el consentimiento, quizá no del paciente, dada la incapacidad transitoria que cursa, pero sí del familiar, tutor o representante legal. No obstante, para obtener el consentimiento se tiene que programar otra cirugía y someter a la paciente a otro riesgo, por lo que el médico estima prudente actuar de una vez.

Ante esta situación, y siempre que exista la justificación terapéutica, el médico podrá ejecutar los actos necesarios en beneficio del paciente, haciendo constar esta situación en el expediente clínico.

⁴⁴ Según dispone el artículo 51 Bis 2 de la Ley General de Salud.

Por el contrario, si la eventualidad puede ser tratada después o bien se puede recabar la autorización del paciente o de las terceras personas mencionadas, el médico deberá actuar así, dejando también constancia en el expediente clínico.

Otro aspecto, que además de ser antijurídico es éticamente reprochable, se observa cuando el médico realiza otros procedimientos no indicados, sea con fines de diagnóstico o terapéuticos, sin el consentimiento del paciente, con la finalidad de obtener un lucro como producto de su actividad.

En el caso de la aplicación de cuidados paliativos⁴⁵ se requiere el consentimiento informado del paciente; asimismo, el artículo 166 Bis 4 de la Ley General de Salud establece la posibilidad de que la persona manifieste anticipadamente su voluntad, para que en el caso de que se encuentre en situación terminal reciba o no el tratamiento o la aplicación de medidas paliativas.

Es importante mencionar los casos en que se realizan o se pretenden realizar salpingoclasias o vasectomías sin el consentimiento del paciente.

El artículo 119 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica ordena que para la realización de procedimientos de esterilización se requiere la autorización expresa y por escrito de los solicitantes, previa información acerca del carácter de la intervención y sus consecuencias.

Para abundar en el tema, la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993 De los servicios de planificación familiar, define que dicho consentimiento es la decisión voluntaria del aceptante para que se le realice un procedimiento anticonceptivo, con pleno conocimiento y comprensión pertinente, y sin presiones.

Por lo tanto, la aceptación de la práctica de estos métodos anticonceptivos permanentes se debe ratificar por escrito, en el cual se describirá el conocimiento del aceptante sobre la irreversibilidad del procedimiento; dicho documento se incluye en el expediente clínico.

Para los procedimientos anticonceptivos permanentes, y también para los temporales, es necesario el consentimiento del paciente.

En el supuesto de que la utilización de estos métodos sea atendiendo a una pura indicación médica, y si no es posible obtener el consentimiento del interesado, se procederá en los términos que se recaba la autorización para el tratamiento médico-quirúrgico.

En resumen, y como regla general, la aplicación de métodos anticonceptivos debe ir precedida de consejería y del consentimiento informado del paciente; la conducta contraria se puede considerar ilícita.

Se estima que es importante retomar el tema de investigación para la salud, no obstante que ya fue tratado en el capítulo correspondiente.

⁴⁵ Regulados en el título octavo bis de la Ley General de Salud.

Según quedó asentado, para la investigación en seres humanos se requiere el consentimiento informado de la persona.

En términos del artículo 21 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, para que se considere existente el consentimiento informado, además de formularse por escrito, ha de reunirse, entre otros, los siguientes requisitos:

- La justificación y los objetivos de la investigación.
- Los procedimientos que se vayan a utilizar y sus propósitos.
- Las molestias y los riesgos esperados.
- Los beneficios que se puedan obtener.
- Los procedimientos alternativos que pudiesen ser ventajosos para el paciente.
- La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a toda duda acerca de los procedimientos relacionados con la investigación.
- La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin responsabilidad de su parte y sin perjuicio para continuar su cuidado y tratamiento.
- La seguridad de que no se identificará al paciente y de que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.
- En caso de daños causados directamente por la investigación, y cuando así lo amerite, se dispondrá de tratamiento médico y de la indemnización que legalmente corresponda por parte de la institución de salud.

El investigador principal debe elaborar este documento, el cual debe contener su firma, la del paciente o su representante legal, y la de dos testigos idóneos. Si el paciente no sabe firmar, imprimirá su huella digital y firmará otra persona que él designe. Este consentimiento será revisado y en su caso aprobado por la comisión de ética de la institución de salud.

En el supuesto de que el paciente sujeto de la investigación sea menor de edad o incapacitado, el consentimiento será otorgado, con fines de representación, por quienes ejerzan la patria potestad o por el representante legal. Si la patria potestad la ejercieran dos personas, ambas manifestarán el consentimiento. Sin embargo, si las condiciones del menor o del incapacitado lo permiten, se obtendrá también su aceptación para participar en la investigación después de informarle lo que se le va a realizar.

Ahora bien, en el tratamiento de un paciente el médico puede utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico cuando exista una posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que éste, o el familiar más cercano en vínculo que lo acompañe o el representante legal, manifieste su consentimiento.

En términos generales, sólo se podrá prescindir del consentimiento cuando sea imposible obtenerlo por incapacidad o por la situación de urgencia, o en los supuestos en que la obtención del consentimiento retarde la aplicación de los procedimientos diagnósticos o terapéuticos, y ello ocasione un daño al paciente. Otro aspecto importante es la práctica de esta investigación en grupos subordinados. El artículo 57 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud considera que dichos grupos están integrados por estudiantes, trabajadores de laboratorios y hospitales, miembros de las fuerzas armadas, internos de reclusorios o centros de readaptación social y otros grupos especiales de población en los que el consentimiento informado puede estar influido por alguna autoridad.

En este caso, uno o más miembros de la población capaz de representar los valores morales, culturales y sociales del grupo deberá participar en la comisión ética de la institución a fin de vigilar:⁴⁶

- Que la participación o el rechazo de los miembros que van a intervenir en la investigación no afecte su situación escolar, laboral, militar o la relacionada con el proceso judicial al que estuvieren sujetos y las condiciones de cumplimiento de la sentencia.
- Que los resultados de la investigación no sean utilizados en perjuicio de los individuos participantes.
- Que la institución proporcione atención médica y los patrocinadores se responsabilicen del tratamiento médico y de los daños ocasionados, así como de la indemnización que legalmente corresponda por las consecuencias nocivas de la investigación.

Asimismo, en los supuestos de investigación sobre fertilización asistida, que sólo ha de ejecutarse como una solución a los problemas de esterilidad que no puedan corregirse de otra forma, se requiere del consentimiento informado de la pareja.

En resumen, siempre que se realice investigación para la salud en seres humanos se deberá obtener el consentimiento informado del paciente o de quien legalmente pueda otorgarlo, salvo los casos ya señalados.

En caso contrario, además de las medidas de seguridad y sanciones administrativas establecidas en la legislación sanitaria, se puede incurrir en la comisión de los delitos que describen los artículos 465 y 466 de la Ley General de Salud; el primero preceptúa que a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos sin sujetarse a lo previsto por las disposiciones aplicables se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión del ejercicio profesional de uno a tres años y multa equivalente de cien

⁴⁶ Artículo 58 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

a dos mil días de salario mínimo general vigente. Si la investigación se realiza en menores de edad, incapacitados, ancianos, personas privadas de la libertad y en general en quienes por cualquier circunstancia no puedan resistirse, la pena aumentará un tanto más.

Según el artículo 466, se aplicará prisión de uno a tres años a quien sin consentimiento de una mujer, o aun con su consentimiento si ésta fuera menor o incapacitada, realice en ella inseminación artificial sin que se produzca el embarazo; de resultar éste, la pena se aumenta a prisión de dos a ocho años. En relación con esto, el Código Penal para el estado de Hidalgo impone prisión de dos a seis años y multa de 10 a 70 días; si el procedimiento se ejecutara con violencia, la pena aumenta una mitad más.

ABUSOS AL PACIENTE Y ENSAÑAMIENTO TERAPÉUTICO

Entre los problemas más graves en la práctica médica se encuentran los abusos al paciente, motivados en la mayoría de las veces por la posición de ventaja en la que se encuentra el médico, lo cual además de ser antijurídico es éticamente reprochable.

Hay que recordar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley General de Salud, el paciente tiene derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como un trato respetuoso y digno por parte de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Merced a ello, el personal de salud se abstendrá de ejercer actos que por sí mismos constituyan un atropello para la integridad del paciente.

A manera ilustrativa se revisarán tres ejemplos que, de acuerdo con nuestra opinión, constituyen algunos de los abusos más frecuentes:

- a. Las ocasiones en que el paciente es “utilizado” para realizar en él investigación clínica, sin que al efecto se cumpla con las disposiciones legales aplicables.⁴⁷ Este procedimiento puede comprender la administración de medicamentos, la realización de cirugías, los estudios de laboratorio o gabinete, la aplicación de tratamientos no reconocidos por la ciencia médica, etc.
- b. Cuando en los hospitales–escuela⁴⁸ los estudiantes se valen de participar en el proceso enseñanza–aprendizaje para excederse en “revisar” al paciente o bien practicar en él procedimientos innecesarios; por ejemplo, con el fin de aprender a tomar radiografías someten al paciente a radiaciones inútiles.

⁴⁷ Los requisitos legales se revisaron en el capítulo 4, en “Investigación para la salud”.

- c. Otro abuso frecuente, sobre todo en los hospitales privados, es motivado por la ambición del médico de obtener una “ganancia extra”, que lo lleva a realizar actos injustificados en el paciente. Un ejemplo claro es el abuso de la operación cesárea, cuya realización es de mayor costo que un parto; y no sólo esta operación, sino cualquier otro procedimiento quirúrgico innecesario, que lejos de buscar la salud del paciente persigue un fin lucrativo. Lo mismo ocurre cuando el médico indica exámenes de laboratorio o gabinete sólo porque el establecimiento le dará una participación por cada paciente enviado. Otro ejemplo es el caso de retención del paciente, lo que tiene el fin de alargar su estancia hospitalaria y así elevar el costo del servicio. Por último están las ocasiones en que el médico cita al enfermo a consultas “extras” inútiles para su problema clínico.

Otro aspecto importante es el ensañamiento terapéutico que, por constituir también un abuso, implica una conducta ilícita y antiética. Como bien recuerda Pérez Valera,⁴⁹ en 1950 el médico Jean Robert Debray utilizó la frase “obstinación terapéutica” para definir la “acción médica que utiliza terapias cuyos efectos son más perjudiciales que el mal que se pretende curar, o cuando el empleo de la terapia resulta inútil, ya sea porque la curación se considere imposible o porque el beneficio que se espera es menor que los inconvenientes previsibles”.

En este sentido, hay que precisar cuidadosamente el momento en que el tratamiento deja de ser útil para el paciente, valorando cada caso particular.⁵⁰

El ensañamiento terapéutico no es privativo de los pacientes de edad avanzada, pues abarca los casos en que, sin importar la edad, el padecimiento es irreversible, sea por el estado avanzado en que se encuentra o bien porque los medios disponibles son insuficientes.

El ensañamiento terapéutico es inaceptable desde el punto de vista ético y moral; los procedimientos son ya inútiles para el paciente, dado que su aplicación no genera beneficios. Un aspecto importante de este tema lo constituye la “calidad de vida”, lo cual ha de referirse a la valoración en el caso particular del tratamiento, su costo, los riesgos, los beneficios, la evolución y las probabilidades de éxito.

Por ello se insiste en que el médico debe tener demasiado cuidado para determinar en qué momento la aplicación del tratamiento se convierte en obstinación terapéutica, con base en los principios éticos de su ciencia.⁵¹

⁴⁸ Es decir, los hospitales que cuentan con programas de formación de recursos humanos para la salud.

⁴⁹ Pérez VVM: *Eutanasia ¿piedad? ¿delito?* 2ª ed. México, Jus, 1989:154.

⁵⁰ La suspensión del tratamiento médico ha generado una gran polémica motivada, entre otros aspectos, por su relación con el tema de la eutanasia.

Como ejemplo está el Código Internacional de Ética Médica,⁵² el cual dispone que el médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana, pero también le ordena proporcionar un servicio médico competente, con independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana. Es bien sabido que el ensañamiento terapéutico atenta contra la integridad.

En este punto cobra importancia la llamada libertad prescriptiva o de terapia, pues se ha anotado que, al ser inaceptables los criterios fijos en la atención médica, el facultativo valorará el momento en que se incurre en obstinación terapéutica; no hay que olvidar que cada organismo responde de forma distinta a las medidas terapéuticas.

También se debe tener en cuenta la opinión del paciente o, en su caso, del familiar, tutor o representante legal. Si bien es cierto que para la aplicación del tratamiento médico-quirúrgico es necesario el consentimiento del paciente, no es menos cierto que esa voluntad tiene como limitantes la ley, el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, si el paciente se rehúsa a continuar el tratamiento, deberá observarse, además del motivo, si el resultado no trasciende a esas restricciones.

Es importante mencionar que si una tercera persona es quien otorga la autorización, lo hará considerando lo que en ese momento el paciente hubiere preferido.

Así, si el fin del paciente con una enfermedad incurable es evitar prolongar la agonía y los dolores insoportables, sin caer en la eutanasia, se deberá determinar si los medios extraordinarios y “heroicos” distan de mejorar su salud o elevar la calidad de vida, o sólo lo están perjudican, sin que el tratamiento sea favorable.

En la realidad es sumamente complicado que el médico y el paciente, o la tercera persona autorizada, precisen el momento en que el tratamiento se convierte en obstinación terapéutica.

Merced a lo anterior, y sin atentar contra la libertad prescriptiva, nos atrevemos a mencionar algunos elementos útiles para esta difícil determinación: irreversibilidad del padecimiento, deterioro físico y mental, dolores difíciles de controlar e imposibilidad de un tratamiento capaz de superar la enfermedad, entre otros.

No es un problema sencillo, pues evitar el ensañamiento terapéutico se podría confundir con la aplicación de la eutanasia. Además, si la suspensión del tratamiento es una petición del enfermo, existe el riesgo de un suicidio, mientras que

⁵¹ Según lo ordena el ya citado artículo 9 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

⁵² Adoptado por la III Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Londres, 1949), modificada por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sidney, 1968) y la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983).

si lo determina el médico o el familiar se puede tratar de un homicidio; si es para evitar la obstinación terapéutica dicha suspensión puede ser legitimada.

A fin de tomar una decisión, se pueden aplicar los niveles de terapia y suspensión de la terapia señalados por Pérez Varela:⁵³

1. Tratamiento heroico: en este nivel se aplicará todo tratamiento viable y relevante para el caso particular, incluyendo las medidas terapéuticas heroicas que mantengan vivo al paciente a toda costa.
2. Tratamiento activo: procura aliviar las enfermedades emergentes; continúa con las medidas de sostén ya iniciadas, intentando prolongar la vida siempre que sea razonable.
3. Benevolente crisis de conformidad: se continúa el tratamiento paliativo y de sostén, pero no se tratan activamente las nuevas complicaciones, es decir, se adopta una prudente omisión, permitiendo que la muerte siga su curso.
4. Suspensión de la terapia: se continúa con el tratamiento paliativo y la alimentación, pero se suspende la terapia de sostén, admitiendo la evolución de la enfermedad irreversible.
5. Suspensión total: se retiran todos los medios artificiales —alimentación, oxígeno, antibióticos, etc.—, salvo los analgésicos, con el fin de evitar los sufrimientos propios de una etapa terminal y de mantener al paciente lo más cómodo posible.

De acuerdo con nuestra opinión, los dos últimos niveles —suspensión de la terapia y suspensión total— resultan radicales, pues en ambos se suspende la terapia de sostén; no obstante, es menos nocivo el cuarto nivel que el último, pues en éste, además de suspenderse totalmente la terapia, se interrumpe la alimentación, lo cual no es aceptable y atenta gravemente contra de la dignidad humana.

Después de hacer una valoración del caso en estudio se pueden tomar como referencia los niveles anteriores para determinar el inicio del ensañamiento terapéutico.

Pérez Varela⁵⁴ señala que, a fin de orientar a los médicos, pacientes y familiares para escoger alguno de los niveles, un grupo multidisciplinario de la Universidad de Drew elaboró un estudio en el que obtuvo 12 variables. El mismo autor menciona las siguientes variables como decisivas, asignándoles un porcentaje para mostrar su relevancia al escoger uno de los citados niveles:

- El deterioro de las funciones cognoscitivas hasta 55.7%.
- La expectativa de vida hasta 37%.
- El grado de dolor o sufrimiento hasta 9%.

⁵³ Pérez VV: *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 168.

- El deterioro físico hasta 9%.
- La preferencia del paciente hasta 8%.
- La preferencia del familiar hasta 1%.

Es evidente que el sufrimiento o el dolor y la opinión del paciente o de sus familiares no son tan trascendentes como la pérdida de las funciones cognitivas o la esperanza de vida.

Los niveles uno y dos son aceptables siempre y cuando mantener con vida al paciente no deje de ser benéfico por la irreversibilidad del padecimiento, entre otras causas, o sólo se prolongue la agonía.

Si el tratamiento médico ha dejado de ser útil, porque sus efectos son más nocivos que favorables o porque la enfermedad es imposible de superar, y por ello se debe considerar la suspensión del tratamiento, se estima que, desde un punto de vista ético y jurídico, el nivel más apropiado es el tres —benevolente crisis de conformidad—, pues los niveles cinco y seis, que también consideran dicha suspensión, son más severos al interrumpir la terapia de sostén y la alimentación. Así, en el nivel tres, continúa la aplicación de las medidas de sostén, pero no se indica un tratamiento activo para las complicaciones que surjan, es decir, sin suspender intempestivamente el tratamiento, se asume prudentemente una conducta omisiva, permitiendo que la muerte siga su curso natural.

Según se anota, estos niveles sólo sirven de referencia al médico, al paciente o a sus familiares, ya que se deben evaluar las circunstancias del caso particular —evolución de la enfermedad, riesgos o beneficios del tratamiento, etc.— antes de determinar la interrupción de la terapia.

En recientes reformas a la Ley General de Salud⁵⁵ se adicionó el título octavo bis para regular los cuidados paliativos de los enfermos en situación terminal. De esta guisa, dichas disposiciones tienen por objeto:⁵⁶

- Salvaguardar la dignidad de los enfermos en situación terminal, para garantizar una vida de calidad a través de los cuidados y atenciones médicas necesarios para ello.
- Garantizar una muerte natural en condiciones dignas a los enfermos en situación terminal.
- Establecer y garantizar los derechos del enfermo en situación terminal en relación con su tratamiento.
- Dar a conocer los límites entre el tratamiento curativo y el paliativo.
- Determinar los medios ordinarios y extraordinarios en los tratamientos.
- Establecer los límites entre la defensa de la vida del enfermo en situación terminal y la obstinación terapéutica.

⁵⁵ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 2009.

⁵⁶ En términos del artículo 166 Bis de la Ley General de Salud.

Para mayor abundamiento, se citan las definiciones enumeradas en el artículo 166 Bis 1 de dicho ordenamiento jurídico:

- Enfermedad en estado terminal. Todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentre en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor de seis meses.
- Cuidados básicos. Higiene, alimentación e hidratación, y en su caso el manejo de la vía aérea permeable.
- Cuidados paliativos. Es el cuidado activo y total de las enfermedades que no responden a tratamiento curativo, el control del dolor y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales.
- Enfermo en situación terminal. Es la persona que tiene una enfermedad incurable e irreversible, con un pronóstico de vida inferior a seis meses.
- Obstinación terapéutica. Adopción de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía.
- Medios extraordinarios. Los que constituyen una carga demasiado grave para el enfermo y cuyo perjuicio es mayor que los beneficios; se podrán valorar los medios en comparación con el tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación respecto del resultado que se puede esperar de todo ello.
- Medios ordinarios. Los que son útiles para conservar la vida del enfermo en situación terminal o para curarlo y que no constituyen para él una carga grave o desproporcionada a los beneficios que se pueden obtener.
- Muerte natural. Proceso de fallecimiento natural de un enfermo en situación terminal, contando con asistencia física, psicológica y, en su caso, espiritual.
- Tratamiento del dolor. Todas las medidas proporcionadas por profesionales de la salud, orientadas a reducir los sufrimientos.

En este tenor de ideas, el derecho positivo reconoce expresamente los principios científicos y éticos, con el propósito de evitar daños al paciente. Asimismo, faculta al enfermo en situación terminal a solicitar la aplicación de cuidados paliativos sin que con ello se legitime la eutanasia, pues el artículo 166 Bis 21 la prohíbe, considerándola como un homicidio por piedad o suicidio asistido.

Sin embargo, hay que aclarar que la decisión le corresponde originalmente al paciente y, en tanto acto jurídico, deberá ser emitido por un mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales. Tratándose de menores o incapaces, será a través de los padres, representante legal o tutor, incluso hasta por el juez, en los términos que la ley prevenga; el paciente puede designar a un familiar o persona de su confianza para que, en el supuesto de que por su estado de salud le sea imposible manifestar su consentimiento, lo otorgue en su representación. La decisión

puede ser revocada por el paciente en cualquier momento. Ahora bien, en caso de una urgencia,⁵⁷ y ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del paciente o persona legitimada, el médico tratante puede decidir la aplicación de un procedimiento médico—quirúrgico o tratamiento necesario; en este sentido, prevalecen los principios de beneficencia y no maleficencia con que actúa el médico y opera el consentimiento presunto, persiguiendo la protección de la salud.⁵⁸ La Ley General de Salud —en el artículo 166 Bis 11— permite que tal decisión pueda ser emitida por el comité de bioética del hospital; sin embargo, se estima que el médico está legitimado para actuar en los términos ya expuestos, sin que necesariamente deba consultarlo con dicho comité, pues éste genera criterios que el profesional de la salud puede observar pero que no tienen efectos vinculados en virtud de la libertad prescriptiva.

Para la autorización de la aplicación de cuidados paliativos se debe tener la información completa y veraz, con el propósito de que el paciente —o la persona legitimada— conozca plenamente el significado de esta actividad de la atención médica. Es importante señalar que la aplicación de cuidados paliativos podrá iniciar a partir de que el médico especialista diagnostique la enfermedad en situación terminal.

Cabe destacar que el artículo 166 Bis 4 de la Ley General de Salud⁵⁹ dispone la posibilidad de que el paciente otorgue su voluntad anticipada. Este derecho merece una especial regulación jurídica, pues implica una decisión a futuro y sujeta a condición. Sin embargo, en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal⁶⁰ se señala que los familiares pueden otorgar el documento de voluntad anticipada cuando el paciente se encuentre en estado terminal y esté imposibilitado para manifestarla; se estima que tal disposición es infortunada, pues no se cumple con el requisito de anticipación.

Por otra parte, es necesario abordar los preceptos jurídicos de la Ley General de Salud⁶¹ en torno a la muerte del paciente.

⁵⁷ La cual ya ha sido definida en términos del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

⁵⁸ Que según se ha dicho, es un fin reconocido por el Estado y constituye uno de los actos legitimadores del acto biomédico.

⁵⁹ Que *ad litteram* señala: “toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento.” Para que sea válida la disposición de voluntad referida en el párrafo anterior deberá apegarse a lo dispuesto en la presente ley y demás disposiciones aplicables.

⁶⁰ En el artículo 7, fracción III.

El artículo 343 dispone que la pérdida de la vida ocurre cuando se presentan la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible.

Existe muerte encefálica cuando se verifican los siguientes signos:

- Ausencia completa y permanente de conciencia.
- Ausencia permanente de respiración espontánea.
- Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestada por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.
- Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Además, en términos del artículo 344, se deben corroborar los signos clínicos mediante las siguientes pruebas:

- Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica, corroborado por un médico especialista.
- Cualquier otro estudio de gabinete que demuestre en forma documental la ausencia permanente de flujo encefálico arterial.

Estos datos resultan útiles para delimitar el ensañamiento terapéutico, pues cuando se presenta alguno de los signos anteriores, por ejemplo, la ausencia de reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares, se puede declarar la muerte del paciente; el retiro del respirador artificial momentos después no equivale a la eutanasia ni mucho menos a la privación de la vida, pues la persona ya ha fallecido.

Pudiera suceder que en los casos extremos⁶² se trata de prolongar la vida o la agonía del enfermo para la utilización de sus órganos o tejidos con fines de trasplante, lo cual origina dudas acerca de que esta conducta sea lícita. Se observa que no es ilícita la disposición para fines terapéuticos de órganos y tejidos en los casos extremos, pues, sin prolongar la agonía ni caer en la obstinación terapéutica, dichas partes del cuerpo humano pueden ser utilizadas para salvar otra vida —expresión filantrópica de alto reconocimiento moral.

En relación con lo anterior, el artículo 345 de la Ley General de Salud establece que no existirá impedimento alguno para que, a solicitud y con la autorización del o de la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme a ese orden, se prescindan de los medios artificiales cuando se presente la muerte encefálica compro-

⁶¹ Estos preceptos fueron modificados en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2009.

⁶² Se entiende por “caso extremo” aquel irremediable, en el cual el tratamiento ha dejado de ser útil y la medicina se ve imposibilitada para beneficiar al paciente.

bada y se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere el artículo 343. Es evidente que, si se ha presentado la muerte encefálica, el paciente ha fallecido, por lo que no debe existir inconveniente en “desconectarlo”.

Ahora bien, en términos generales, no sólo el médico, sino también el paciente y sus familiares deben admitir que la vida no es eterna y que la medicina tiene sus límites, pues en los casos extremos e irremediables ha de permitirse el suceso natural de la muerte, ya que evitarlo puede llevar a cometer la prolongación de la agonía, que lejos de beneficiar al paciente constituye el ensañamiento terapéutico.

DOCTRINA DE LA RES IPSA LOQUITUR

Esta doctrina, que significa “los hechos hablan por sí mismos”, ha sido de gran utilidad para la resolución de los problemas suscitados en el ejercicio médico, observando principalmente el tipo de obligaciones asumidas por el personal sanitario y siguiendo la teoría del negocio jurídico, considerando la existencia de la relación jurídica médico-paciente.

Por desgracia, la mayoría de las veces las acusaciones a los médicos se hacen con base en los resultados obtenidos; se dice que es una desgracia porque, aun cuando el médico no se ha obligado a lograr el resultado, si éste no se cumple, no necesariamente se debe atribuir al facultativo, pues concurren diversas circunstancias que escapan de su control.

Hay que recordar que, de acuerdo con la doctrina civil y sanitaria —en especial autores como Demogue—, las obligaciones del médico se pueden clasificar en obligaciones de medios, de resultado y de seguridad.

No se debe valorar la actuación del médico en razón al resultado total del tratamiento, pues además de que la obligación contraída ha sido de medios, el resultado no depende sólo del médico; por ello es necesario que se revise el cumplimiento de sus obligaciones en cada etapa de la atención, pues sólo así podrá determinarse realmente si ha existido una mala praxis.

Mediante un ejemplo se puede pensar en un paciente con diagnóstico de cáncer que fallece a pesar de los cuidados del médico; si a éste se le acusara de un ejercicio ilícito sólo por el resultado infausto, se estaría actuando injustamente, pues se debe revisar si durante la prestación del servicio se condujo con diligencia y cuidado. En el supuesto de que el médico haya actuado correctamente y aun así el paciente falleció, este resultado no se puede atribuir a una mala praxis; en este caso se tendrá que analizar cómo prestó el servicio y cómo evolucionó el paciente en cada etapa, sin que por ello se tenga que ver sólo el resultado final del tratamiento, pues aquí aplica el contenido de esta doctrina: los hechos hablan por sí mismos.

Ahora bien, está el caso en el que el paciente no fallece, sino que se cura; ni él ni los familiares acusarían al médico, pero quizá se tratara del caso en que el médico dejó de cumplir ciertas obligaciones, pero inexplicablemente se logró la curación. En este supuesto, y a la luz de la *res ipsa loquitur*, incluso con la falta de ese cumplimiento, no habría motivo para acusar al médico, pues independientemente de ello se curó el paciente.

Al valorar cada etapa del tratamiento se debe tener en cuenta que las obligaciones del médico pueden variar en cada uno de esos momentos. Pensemos en que el médico emite incorrectamente un diagnóstico; se debe observar si ello obedeció a que hubo una mala praxis o bien no le era exigible, quizá por no tener los medios necesarios o porque el caso en estudio requería un médico especialista. Si el médico ordena un tratamiento, a pesar del diagnóstico incorrecto, habrá que determinar las consecuencias producidas por tal conducta.

Ahora bien, si el médico aprecia que emitió un mal diagnóstico y adopta medidas correctivas, se valorará si hubo efectos por ese diagnóstico y qué beneficios se obtuvieron al emplear esas medidas correctivas.

Como se puede apreciar, es difícil determinar un ejercicio ilícito, pues observamos que no sólo se considerará el resultado del tratamiento, sino también la diligencia y el cuidado con el que haya actuado el médico, además de las circunstancias especiales de modo, tiempo y lugar.

En este sentido, también hay considerar los “resultados” que son notoriamente incongruentes con la finalidad de la atención médica, sin que por ello se pretenda hacer una valoración sólo con base en el resultado del tratamiento.

Alfredo Achával⁶³ propone criterios para aplicar la teoría para la solución de conflictos en la atención médica, en especial para determinar un daño, observando que la medicina es una ciencia inexacta en sus resultados:

- a. No debe ser un accidente.
- b. Debe ser producido por cualquier grado de culpa y debe rechazar la posibilidad, en el caso en estudio, de haber podido ser ocasionado como una alternativa de evolución.
- c. Si bien el medio está bajo exclusivo control de aplicación por parte del médico, no se debe interpretar que produce un único resultado, es decir, debe excluir las auténticas iatrogenias.
- d. En este punto de la acción contribuyente del paciente en el resultado indeseado habrán de tenerse en cuenta las denominadas formas particulares de reaccionar o idiosincrasia, ya que en la razón de urgencias terapéuticas es imprescindible el uso de medios necesarios e insuficientemente estudiados,

⁶³ Achával A: *Responsabilidad civil del médico*. Op. cit., p. 100.

con pleno consentimiento del paciente, pero de consecuencias ignoradas por él y por los médicos.

Ahora bien, conforme a los principios generales del derecho sanitario y de acuerdo con el sistema jurídico, se han propuesto los siguientes criterios para la resolución de controversias médicas:⁶⁴

- a. Libertad de las partes en la relación jurídica médico–paciente. Según se ha dicho, el médico goza de la libertad prescriptiva o de terapia, es decir, a la práctica médica no se le pueden imponer criterios fijos, pues su carácter experimental y evolutivo, además de las características propias del paciente y de la enfermedad, no lo permiten. Ahora bien, el paciente tiene la libertad terapéutica, misma que se refiere a que él tiene derecho a aceptar un tratamiento médico, a una segunda opinión, a la información, etc., siempre que por ello no se vulnere el orden público o la ley.
- b. Igualdad de las partes en la relación jurídica médico–paciente. En esta relación jurídica las partes involucradas se encuentran en un plano de igualdad, pues el mismo respeto y atención merecen el médico y el paciente. Según quedó escrito, en un principio en esta relación existía un paternalismo médico; sin embargo, la misma evolución sociológica produjo la eliminación de esa práctica, logrando así la igualdad de las partes.
- c. No indefensión. En la resolución de las controversias por ningún motivo se dejará en estado de indefensión a alguna de las partes, debiendo siempre brindarles la información necesaria.
- d. Todo procedimiento aclaratorio se debe llevar a efecto de manera contradictoria. Este aspecto, que se relaciona con el inciso anterior, es de gran importancia, pues al resolver una controversia se debe respetar la garantía de audiencia de las partes, recibiendo y valorando las pruebas procedentes que aporten los interesados.
- e. Regulación de facultades a través de terceros imparciales. Se podrá acudir ante terceros imparciales, con el fin de que sean determinadas las facultades y deberes que a cada una de las partes corresponda.
- f. Imparcialidad en el ejercicio profesional. En la prestación de la atención médica el facultativo deberá tratar con igualdad a sus pacientes, siempre con la finalidad de mejorar la salud —nunca de empeorarla— y dejando a un lado los intereses ilícitos.
- g. Principio de protección: *primum non nocere*. Uno de los principios éticos fundamentales de la medicina es, precisamente, el *primum non nocere*, es decir, “primero no dañar”; ello se refiere a que el médico procurará por to-

⁶⁴ El mérito de estos principios le pertenece al maestro Casa Madrid Mata, asesor de este trabajo.

dos los medios no causar daño a su paciente, y si ello no es posible, causar el mínimo; no hay que olvidar que existen efectos colaterales por la aplicación de determinados tratamientos, como las quimioterapias, las cirugías, etc. Un aspecto importante es la valoración del riesgo–beneficio, la cual es de gran utilidad para determinar lo que favorecerá más al paciente.

- h.** Respeto al ejercicio profesional. De conformidad con la garantía consagrada en el artículo 5 constitucional, el médico tiene derecho a ejercer libremente su profesión, siempre que ésta sea lícita. Luego entonces, deberá respetarse ese derecho subjetivo.
- i.** *In dubio* promédico. Otro aspecto importante es que ante la duda en la resolución de la controversia, y siempre que no existan elementos que hagan presumir lo contrario, se ha de favorecer al médico, pues la ontología de su actividad es perseguir un fin salutífero. Esta opinión encuentra sustento en el principio general del derecho.
- j.** Extracomercialidad de la medicina. El ejercicio de la medicina no significa un negocio, es decir, en verdad el médico no tendrá un *animus lucrandi*; por el contrario, siempre buscará beneficiar al paciente, pues se trata de un servicio y no de un acto de comercio. Ciertamente es que como profesionista tiene derecho a los honorarios, pero ello no significa que el médico se convierta en comerciante.
- k.** Restitución o reparación del daño. En el supuesto de que el médico haya causado un daño al paciente y pueda serle atribuido, es decir, se diferencia entre iatrogenia y iatropatogenia, tiene la obligación de responder por lo causado. Son claras las normas del derecho civil⁶⁵ al respecto, pues establecen que quien obrando ilícitamente cause un daño a otro está obligado a repararlo a menos que demuestre que se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. De conformidad con las mismas reglas, la reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios.
- l.** Respeto al secreto profesional. De acuerdo con la bilateralidad de la norma jurídica, el médico tiene el deber y el derecho de guardar el secreto profesional. El incumplimiento a esa obligación se tipifica como delito de revelación de secreto, no obstante que los principios de la ética médica también imponen dicho deber.
- m.** Principio de colaboración científica. También es importante mencionar que el médico debe observar el principio de colaboración científica, pues ello siempre trascenderá en beneficio del paciente, contribuyendo así al contenido de la ontología del acto médico.

⁶⁵ Artículo 1894 del Código Civil para el Estado de Hidalgo.

De esta manera nos hemos permitido formular, como un análisis sistemático, algunos criterios útiles para la valoración de los casos médico-forenses:

- Diagnóstico (obligatorio). Según se ha dicho, el médico tiene el deber de emitir un diagnóstico, imperativo derivado del artículo 8 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, el cual dispone que la atención médica curativa tiene por objeto efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar un tratamiento oportuno de los problemas clínicos.
- Tratamiento (obligatorio). La indicación de un tratamiento acorde al diagnóstico formulado también encuentra sustento en el artículo 8 mencionado en el punto anterior. En el supuesto de que no se haya elaborado el juicio diagnóstico por falta de elementos para ello, se le deberán proporcionar al paciente las medidas de sostén terapéutico.
- Revisión del paciente (obligatorio). No es suficiente que el médico formule un diagnóstico e indique un tratamiento, sino que también tiene la obligación de vigilar la evolución del paciente mediante revisiones periódicas.
- Disponibilidad de medios apropiados. En la justipreciación jurídico-sanitaria, y mediante un juicio *ex ante*, se deben considerar los medios de que disponía el médico al momento de prestar su servicio.
- Empleo adecuado de los medios. Ahora bien, no basta que existieran esos medios, sino que el médico debe emplearlos adecuadamente para resolver el problema clínico. En el supuesto de un empleo inadecuado, es necesario determinar la causa de ello, pues es posible que se deba a una mala praxis o bien a que no le era exigible, ya sea porque no estaba obligado a tener esos conocimientos o por circunstancias de modo, tiempo o lugar.
- Supervisión de actividades del equipo de trabajo. El jefe del equipo médico tiene la obligación de supervisar las actividades de sus colaboradores, pues en caso de alguna irregularidad, en tanto no se individualice la responsabilidad, puede atribuírsele al jefe, no obstante que aun con esa individualización deba responder solidariamente por lo causado.
- Capacidad profesional. Se debe tener en cuenta el estado de formación del médico; si carece de conocimientos, ha de precisarse si estaba obligado a saberlos o no le eran exigibles.
- Circunstancias: modo, tiempo y lugar. En la valoración de los casos médico-forenses no se debe olvidar que en el resultado del tratamiento influyen circunstancias ajenas al control del médico, tales como idiosincrasia del paciente, avance de la enfermedad, incurabilidad de la misma, etc., por lo que se han de tener en cuenta, para evitar acusar injustamente al médico.
- Resultado material. El resultado material es de gran importancia en la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur*, pues no se le debe imputar una mala

praxis al médico sólo por el resultado infausto; antes se debe observar el tipo de obligación contraída por él —de medios o de resultado— valorando así si actuó con diligencia y cuidado, o si se condujo con dolo, negligencia o impericia. Luego entonces, en la justipreciación se examinará el resultado material.

Insistimos, es recomendable que en la valoración de los elementos mencionados se sigan las reglas de la doctrina *res ipsa loquitur*: “los hechos hablan por sí mismos”.

Referencias

1. **Achával A:** *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983:260.
2. **Acosta RM:** *Teoría general del derecho administrativo*. 11ª ed. México, Porrúa, 982.
3. **Acosta RV:** *De la responsabilidad civil médica*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 611.
4. **Balestra F:** *Tratado de derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 509.
5. **Barquin M:** *Historia de la medicina. Su problemática actual*. 6ª ed. México, Méndez Oteo, 1984:400.
6. **Barreiro JA:** *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Colección Ciencias Sociales. España, Tecnos, 175.
7. **Bergoglio de Brouwer KMT, Bertoldi de Fourcade MV:** *Trasplante de órganos entre personas*. Buenos Aires, Hammurabi, 392.
8. **Bockelmann P:** *Strafrecht des Arztes*. Stuttgart, Georg Thieme Verlag, 1968.
9. **Cañedo DL:** *Investigación clínica*. México, Interamericana, 1989:276.
10. **Carnelutti F:** *Derecho procesal civil y derecho procesal penal*. Colección Clásicos del Derecho. México, Pedagógica Iberoamericana, 1994:491.
11. **Casa Madrid MO:** *El derecho a la disposición del cuerpo humano*. México. Edición facsimilar del Instituto Nacional de Pediatría.
12. **Casa Madrid MO:** *Régimen jurídico de la atención médica*. México. Edición facsimilar del Instituto Nacional de Pediatría.
13. **Casa Madrid MO:** *El derecho sanitario mexicano*. Sistemática jurídica y legitimación del acto biomédico. Manual de Ética y Legislación en enfermería. Madrid, Mosby, 1996.
14. **Casa Madrid MO:** *El derecho a la protección de la salud y el estado de justicia*. Obra inédita. México.
15. **Casa Madrid MO:** *Intervención jurídica de las instituciones públicas en México. Maltrato al menor*. México, Interamericana.
16. **Casa Madrid MO:** *La atención médica y el derecho sanitario*. México, JGH Editores, 1999.

17. **Casa Madrid MO:** Normalización *lex artis ad hoc* y deontología en el derecho sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Octubre 2005. <http://www.aeds.org/Congreso12/PONENCIASCOMUNICACIONES%20LIBRES/comunicaciones%20XII/Octavio%20Casa.pdf>.
18. **Casa Madrid MO, Kuthy PJ, Tarasco MM:** *La reglamentación del ejercicio médico. Problemas, alcances y perspectivas*. Medicina y Ética. México. Revista internacional de Bio-ética, Deontología y Ética Médica. 1995;VI(4).
19. **Caso y Romero I:** *Diccionario de derecho privado*. Barcelona, Labor, 941.
20. **Castán TJ:** *Derecho civil español, común y foral*. 10ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1964.
21. **Castán TJ:** *Los derechos de la personalidad*. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Separata del Instituto Editorial Reus, 1952.
22. **Crespi A:** *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*. Palermo, Priulla, 1955.
23. *Código de Hammurabi*. México, Cárdenas (ed. y distribuidor): 1992:319.
24. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Academia Nacional de Medicina: *La responsabilidad del médico y los derechos humanos*. México, CNHD, 1995:123.
25. *Diccionario terminológico de ciencias médicas*. 8ª ed. Barcelona, Salvat, 1963:1304.
26. **Díez DJ:** El derecho a la integridad física. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Separata del Instituto Editorial Reus, 1965.
27. **Domínguez GJA:** *Algunos aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos*. México, Porrúa, 1993:134.
28. **Domínguez MJA:** Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez. En: *Derecho civil*. México, Porrúa. 1990.
29. *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XIX, Bibliográfica Argentina, 902.
30. **Engisch K:** Die Rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation. En: Fischer JV: *Fehler und Gefahren bei Chirurgischen Operation*. 3ª ed. 1954.
31. **Fajardo OG, Ruezga BA:** *Atención primaria en la salud y seguridad social*. Serie Estudios 7. México, Conferencia Interamericana de Seguridad Social, 1994:231.
32. **Fernández EJ:** *Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales*. España, 2004;3:147–231.
33. **Flores y Troncoso FA:** *Historia de la medicina en México*. México, IMSS, 1982.
34. **Gómez LC:** *Teoría general del proceso*. 8ª ed. México, Harla, 1990:429.
35. **Grahlmann HC:** *Heilbehandlung und Heilversuch*. Stuttgart, Enke Verlag, 1977.
36. **Grandini GJ:** *Medicina forense*. Texto, preguntas, respuestas y atlas. México, DEM, 1995: 187.
37. **Gutiérrez y González E:** *El patrimonio*. 5ª ed. México, Porrúa, 1995:1061.
38. **Hayward JA:** *Historia de la medicina*. México, Fondo de Cultura Económica, 1979:321.
39. Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario jurídico mexicano*. 2ª ed. México, UNAM, Porrúa.
40. **Jiménez de Asúa L:** *La ley y el delito*. 11ª ed. Buenos Aires, Sudamericana, 1980:578.
41. **Jiménez de Asúa L:** *Libertad de amar y derecho a morir*. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia. 7ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1984:438.
42. **Jiménez de Asúa L:** *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires, Losada, 815.
43. **Kelsen H:** *Teoría pura del derecho*. 2ª ed. México, Nacional, 1980:215.
44. **Kruif P:** *Los cazadores de microbios*. 7ª ed. México, Época, 365.
45. **Laín EP:** *Historia de la medicina*. España, Salvat, 1981:772.

46. **Laporte L, Guidevauz M:** *Thérapeutique medicamenteuse et responsabilité pénale du médecin*. En RDP, Crim. 1963–1964.
47. **López BJ:** *Los médicos y el código penal*. 2ª ed. Buenos Aires, Universidad, 1987:426.
48. **López BJ et al.:** *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles y penales, médico legales y deontológicas*. 2ª ed. Buenos Aires, Universidad, 1986:369.
49. **López de Lara R:** *Aspecto médico-legal y ético del mal llamado aborto terapéutico*. Tesis, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1961:126.
50. **Lorenzetti RL:** *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires, Rubizal y Culzoni, SCC, 357.
49. **Mantovani F:** *I trapianti e la sperimentazione umana*. Padova, Cedam, 1974.
50. **Margadant FG:** *Introducción a la historia del derecho mexicano*. México, UNAM, 1971: 268.
51. **Mendieta y Núñez L:** *El derecho precolonial*. 6ª ed. México, Porrúa, 1992:165.
52. **Novoa ME:** *Curso de derecho penal chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1960.
53. Oficina Sanitaria Panamericana: *Boletín de Bioética*. 1990;(8):5.
54. **Pérez VVM:** *Eutanasia ¿piedad? ¿delito?* 2ª ed. México, Jus, 1989:310.
55. **Petit E:** *Tratado elemental de derecho romano*. D. José Fernández González (trad.). 8ª ed. México, Porrúa, 1991:717.
56. **Planiol M:** *Tratado elemental de derecho civil*. Tr. José Ma. Cajica. Puebla. Cajica, Tomo I, 567.
57. **Porrúa PF:** *Teoría del Estado*. 15ª ed. México, Porrúa, 1981:525.
58. **Quintano RA:** *Tratado de la parte especial de derecho penal*. 2ª ed. España, Revista Ius Private.
59. **Quiroz CA:** *Medicina forense*. 7ª ed. México, Porrúa, 1993:1123.
60. **Radbruch G:** *Introducción a la filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993:192.
61. **Reyes MJM:** *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Separata del Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969.
62. **Romeo CCM:** *El médico y el derecho penal. La actividad curativa*. Barcelona, Bosch, 1981:439.
63. **San Martín H:** *Salud y enfermedad*. 4ª ed. México, La Prensa Mexicana, 1985:893.
64. **Soberón AG et al.:** *Derecho constitucional a la protección de la salud*. México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1983:176.
65. **Soler S:** *Derecho penal argentino*. 2ª ed. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973;Tomo IV:616.
66. **Stoss C:** *Chirurgische operation und ärztliche Behandlung*. Berlín, 1898.
67. Universidad Nacional Autónoma de México. *Teoría general del Derecho, historia del derecho mexicano y derecho constitucional mexicano. Antologías para los profesores de enseñanza media superior*. México, Porrúa, 1987:259.
68. **Vaillant CJ:** *La civilización azteca*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1990:317.
69. **Vejar LC:** *La deshumanización de la medicina*. México, Libro-Méx, 1959:297.
70. **Wilson JD et al.:** *Harrison. Principios de medicina interna*. Tr. Álvarez Barida et al. 7ª ed. México, Interamericana, 1991.
71. **Witker J:** *La investigación jurídica*. México, McGraw-Hill, 1995:94.

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 5 de febrero de 1917. Última reforma DOF 24 de agosto de 2009.

Ley General de Salud. DOF 7 de febrero de 1984. Última reforma DOF 20 de agosto de 2009.

Ley de Salud para el Estado de Hidalgo. POE 30 de agosto de 2004. Última reforma POE 13 de octubre de 2008.

Código Civil Federal. DOF 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma DOF 13 de abril de 2007.

Código Federal de Procedimientos Penales. DOF 30 de agosto de 1934. Última reforma DOF 20 de agosto de 2009.

Código Penal para el Estado de Hidalgo. POE 9 de junio de 1990. Última reforma POE 21 de abril de 2008.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo. POE 9 de junio de 1990. Última reforma POE 21 de abril de 2008.

Código Civil para el Estado de Hidalgo. POE 8 de octubre de 1940. Última reforma POE 6 de septiembre de 2004.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. DOF 20 de febrero de 1985.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. DOF 14 de mayo de 1986.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. DOF 6 de enero de 1987.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios. DOF 18 de enero de 1988. Última reforma DOF 4 de febrero de 1998.

Reglamento de Insumos para la salud. DOF 4 de febrero de 1998.

Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios. DOF 9 de agosto de 1999.

Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico. DOF 30 de septiembre de 1999. Última reforma DOF 23 de agosto de 2003

Norma Técnica número 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos. Secretaría de Salud. DOF 14 de noviembre de 1988.

Norma Oficial Mexicana NOM-003-SSA2-1993, para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos. Secretaría de Salud. DOF 18 de julio de 1994.

Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la prevención y control de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana. Secretaría de Salud. DOF 17 de enero de 1995. Última reforma DOF 21 de junio de 2000.

Norma Oficial Mexicana NOM-090-SSA1-1994, para la organización y funcionamiento de residencias médicas. Secretaría de Salud. DOF 22 de septiembre de 1994.

