Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario

Comisión Nacional de Arbitraje Médico
Coordinadores
Dr. Carlos Tena Tamayo
Lic. Octavio Casa Madrid Mata

Biblioteca de Derecho Sanitario

10 Años 1996 • 2006 CONAMED

Editorial Alfil

MEDICINA ASERTIVA, ACTO MÉDICO Y DERECHO SANITARIO

Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario

Coordinadores:

Carlos Tena Tamayo

Octavio Casa Madrid Mata

Editorial
Alfil

Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario
Todos los derechos reservados por:
© 2008 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 968–7620–87–0

Dirección editorial:
José Paiz Tejada

Editor:
Dr. Jorge Aldrete Velasco

Revisión editorial:
Irene Paiz

Director de la Biblioteca de Derecho Sanitario:
Lic. Octavio Casa Madrid Mata

Diseño de portada:
Arturo Delgado

Impreso por:
In Ideas Printing Group, S. A. de C. V.
Pitágoras 724, Col. Narvarte
03020 México, D. F.
Abril de 2009.

Autores

Octavio Casa Madrid Mata
Capítulo 4, 5, 11, 13

Salvador Casares Q.
Capítulo 10

Armando Cordera Pastor
Capítulo 16

María del Carmen Dubón Peniche
Capítulo 8

Leticia Escamilla C.
Capítulo 10

Víctor Agustín José Frigieri
Capítulo 6

Rafael Güemes García
Capítulo 11

Juan Manuel Gómez Castañeda
Capítulo 15

Jesús Alberto Guerrero Rojas
Capítulo 13

Francisco J. León Correa
Capítulo 7

Ricardo de Lorenzo y Montero
Capítulo 2

Jaime Lozano Alcázar
Capítulo 16

Víctor Manuel Maldonado Camargo
Capítulo 14

Gabriel Manuell Lee
Capítulo 3

José Agustín Pineda Ventura
Capítulo 15

Agustín Ramírez Ramírez
Capítulo 15

Osvaldo Romo Pizarro
Capítulo 17

Leonardo Rodríguez Quesadas
Capítulo 9

Jorge M. Sánchez González
Capítulo 1, 16

Carlos Tena Tamayo
Capítulo 1

Eugenio Alejandro Torres Pombo
Capítulo 13

Jorge Triana Estrada
Capítulo 12

Contenido

A manera de prólogo ..... **IX**
Octavio Casa Madrid Mata

Presentación ..... **XIII**
Carlos Tena Tamayo

1. **Medicina asertiva** **1**
Carlos Tena Tamayo, Jorge M. Sánchez González

2. **El derecho sanitario y su evolución ante la autonomía de los pacientes** **15**
Ricardo de Lorenzo y Montero

3. **Acto médico** **31**
Gabriel Manuell Lee

4. **El acto médico y el derecho sanitario** **41**
Octavio Casa Madrid Mata

5. **Metodología, *lex artis ad hoc* y su problematicidad** **57**
Octavio Casa Madrid Mata

6. **El médico forense y su evaluación del acto médico** **119**
Víctor Agustín José Frigieri

7. **Métodos de análisis de casos ético–clínicos. La bioética como ayuda en la toma de decisiones clínicas** **127**
Francisco J. León Correa, Diego Gracia

8. **Deber de cuidado** **139**
María del Carmen Dubón Peniche

9. La causalidad **145**
Leonardo Rodríguez Quesadas

10. Metodología para el análisis de casos en orientación y gestión **165**
Leticia Escamilla C., Salvador Casares Q.

11. La *lex artis ad hoc* y su apreciación metodológica (el protocolo CONAMED) **207**
Rafael Güemes García, Octavio Casa Madrid Mata

12. El acto odontológico y su complejidad **247**
Jorge Triana Estrada

13. El peritaje médico institucional **257**
Octavio Casa Madrid Mata,
Eugenio Alejandro Torres Pombo,
Jesús Alberto Guerrero Rojas

14. Laudo y cosa juzgada **277**
Víctor Manuel Maldonado Camargo

15. El amparo contra laudos de la CONAMED **285**
Agustín Ramírez Ramírez, José Agustín Pineda Ventura,
Juan Manuel Gómez Castañeda

16. Medicina basada en la evidencia y la información médica **297**
Jorge M. Sánchez González, Armando Cordera Pastor,
Jaime Lozano Alcázar

17. Marco conceptual del derecho sanitario **321**
Osvaldo Romo Pizarro

Apéndice I. Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario (ensayos metodológicos) **333**

Apéndice II. Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico **337**
Carlos Tena Tamayo

A manera de prólogo

Octavio Casa Madrid Mata
Coordinador de la Biblioteca de Derecho Sanitario

El derecho sanitario, la disciplina jurídica especial encargada del estudio y la normativa de las relaciones jurídicas entre los sistemas de salud y los usuarios de los mismos, según ha sido definida por el consenso iberoamericano (Declaración de Madrid, octubre de 2004), es una de las grandes vías para el desarrollo de la jurisprudencia técnica y la ciencia del derecho.

En efecto, ha sido necesario, a raíz del vertiginoso avance de las ciencias biomédicas, que el derecho enfrente mediante soluciones eficaces y bajo insoslayables parámetros de justicia los nuevos dilemas y aporías inherentes a la atención de la salud (y no sólo en la atención médica: también reclaman especial atención los regímenes jurídicos de la salud pública y la asistencia social).

Desde tal escenario, esta disciplina jurídica especial, interdisciplinaria por definición, ha de aportar en los años venideros un sinnúmero de soluciones normativas,pues uno de sus ámbitos de estudio, sin duda el más importante, es el acto médico.

Es por ello insoslayable el abordaje sistemático, por parte de los tratadistas nacionales, de los innumerables y apasionantes temas de esta rama del derecho y de esta suerte inscribir a México en el concierto de la literatura especializada, tal y como ya ha sucedido en Argentina y España, por citar algunos ejemplos.

Son imprescindibles los estudios objetivos de doctrina, compilación y análisis crítico de la legislación sanitaria nacional, y así también resulta necesaria la propuesta de nuevos criterios que, sumados al derecho vigente, otorguen certeza y seguridad jurídica en el ámbito del derecho a la protección de la salud y la salubridad general de la República.

Merced a lo anterior y gracias al esfuerzo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y la aportación desinteresada de las Asociaciones Iberoamericana, Argentina, Española y Mexicana de Derecho Sanitario con las cuales la institución ha instaurado un serio trabajo de investigación, se han podido integrar en la presente obra: *Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario,* diversos estudios de naturaleza metodológica en los cuales de manera preponderante se recoge la experiencia de la Comisión y se incorporan al ámbito nacional mexicano experiencias internacionales de connotados especialistas.

Estamos seguros de que gracias a los referentes contenidos en la presente obra (que no es simplemente una compilación, sino un texto disponible tanto para el especialista como para el no iniciado) se podrán resolver al menos las más importantes aporías que representa el cabal entendimiento del acto médico.

Es por ello que también se han incorporado referentes metodológicos en Bioética y Medicina Forense, que igualmente inciden en el ámbito *jus* sanitario.

No se trata, por lo tanto, simplemente de estudios de doctrina jurídica, sino de la necesaria confrontación y objetivación de la Medicina y el Derecho Sanitario en términos de la metodología científica, siempre motivo de importantes reflexiones y análisis crítico que no han de ser reducidos al ámbito académico. Es por ello que los estudios que hoy se presentan tienen interés y aplicación prácticos, y si bien queda mucho por delante, estamos seguros de que este esfuerzo habrá de florecer en los próximos años a través de obras que se sumarán a la presente.

Por su parte, Editorial Alfil, la casa editora que de buena fe ha destinado su actividad en materia de divulgación a llenar el vacío en esta importante disciplina a través de la Biblioteca de Derecho Sanitario, presenta en esta ocasión su tercer volumen destinado al análisis del acto médico, en el contexto de la gran estrategia metodológica y ética postulada por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico: *la medicina asertiva.*

Los temas insertos en la presente obra están inspirados en una visión de contexto que no se refiere exclusivamente al ámbito procesal; en efecto, se abordan no sólo conceptos esenciales y referentes de criterio generalmente aceptados a la luz de la legislación en vigor, y merced a su contenido esperamos, asimismo, erradicar de plano la visión penalística que hasta hace pocos años privaba en México respecto del acto médico (un rubro más del *pathos* de la medicina defensiva y la llamada *judicialización médica,* término bastante desafortunado, si bien altamente descriptivo a juicio de quien esto escribe).

De esta suerte, y así lo creemos sinceramente, atendemos al *desideratum* de mostrar uno de los rubros esenciales del escenario jurídico de la medicina en su real contexto, y de esta suerte esperamos haber aportado otro grano de arena en el prometedor y siempre fascinante ámbito de la ciencia del derecho sanitario, que en suma siempre será una forma de buscar la justicia conforme a derecho en

términos del principio general del derecho que informa: *La salud del pueblo es la suprema Ley.*

No quiero terminar estas líneas sin agradecer a todos los colaboradores de la presente obra, y en especial al Dr. Carlos Tena Tamayo, Comisionado Nacional de Arbitraje Médico y coordinador general de este esfuerzo literario; a todos ellos debo el privilegio de su confianza en el apoyo a la coordinación de este trabajo y ahora, al ver el esfuerzo culminado, no tengo sino palabras de gratitud. Sin duda fueron muchas horas de trabajo y de revisión crítica y el texto habla por sí solo.

De igual suerte, agradezco de antemano a nuestros lectores, pues existe un añejo axioma: "no hay libro sin lector", y si bien todavía hay mucho por decir, lo ya escrito es sin duda un avance.

Presentación

Dr. Carlos Tena Tamayo
Comisionado Nacional de Arbitraje Médico

Es para su servidor un hecho de gran trascendencia poder presentar este libro, esencialmente metodológico, en el cual se integran no sólo diversas reflexiones aisladas, pues se plantea un trabajo debidamente vertebrado a lo largo de 10 años de quehacer institucional.

En el presente, el lector encontrará el soporte técnico para el análisis de casos, a la luz de los protocolos institucionales.

Y no sólo esto: podrá observar una nueva visión del acto médico a la luz de las necesidades de nuestro tiempo. En efecto, uno de los grandes problemas que dieron lugar al nacimiento de CONAMED fue la medicina defensiva, uno de los males de nuestro tiempo.

Respecto de la medicina defensiva se han escrito innumerables trabajos; en todos ellos se destaca que se trata de una práctica irregular propiciada esencialmente por la falta de entendimiento del acto médico. De sobra se ha destacado en la literatura especializada que el personal de salud y las instituciones no están siendo suficientemente explícitos al abordar al paciente y su familia, y que ante la irrupción de nuevos descubrimientos, técnicas, procedimientos e insumos, surgen nuevas y más complejas obligaciones de información a cargo del personal médico; luego entonces, el paciente afectado por explicables estados emotivos especiales frecuentemente supone que está siendo víctima de actos exorbitantes, y ante esa explicable labilidad, insistimos, concurre ante las autoridades a fin de obtener en el terreno judicial y administrativo, primero, las explicaciones que no obtuvo en el proceso de atención, y de igual suerte, para reclamar prestaciones

de salud que en no pocos casos sobrepasan las expectativas previstas en la *lex artis medica ad hoc*.

Es necesario señalar que en la mayor parte de los casos el paciente presenta sus reclamaciones atendiendo a parámetros de justicia, es decir, reclama de buena fe (aun cuando no tuviere la razón en juicio), pues considera en su fuero interno que tiene derecho a lo reclamado.

Todo parte, en buena medida, de expectativas distintas a las sustentables en términos de las ciencias médicas, y así también, a causa de una deficiente comprensión, insistimos, del acto médico.

Prueba de ello es la experiencia en 10 años de Arbitraje Médico; en efecto, la gran mayoría de los asuntos quedan resueltos por una gestión inmediata de prestaciones médicas, mediante una explicación técnica o bien por un instrumento conciliatorio.

Una de las constantes en la medicina defensiva es una mayor incidencia en la actividad médica por el profesional del derecho, al patrocinar a los pacientes en juicio (a veces con alegaciones no ortodoxas y reclamaciones injustificadas); en tal escenario observamos en México (si bien no en la medida que en EUA o en Europa) la irrupción de los tristemente célebres perseguidores de ambulancias, que si bien no son un fenómeno generalizado, sí son denunciables.

Para contrarrestar lo anterior, nunca se insistirá lo suficiente en que es imprescindible mejorar la comunicación entre las partes; para ello es necesario que el equipo sanitario, en el ámbito del modelo bioético de autonomía combinada, en los momentos de verdad del proceso de atención médica, explique suficientemente la naturaleza de su actuación y las expectativas razonables que ambos (es decir, no sólo el médico, sino también el paciente) habrán de enfrentar.

Es decir, ya no es posible sostener el caduco modelo paternalista según el cual el profesional de la salud era el *magister dixit,* y por lo tanto, el que tenía la última y definitiva palabra; en efecto, una de las grandes conquistas del siglo XX, por cuanto al Derecho Sanitario se refiere, es que el paciente ha reivindicado derechos mínimos que en el mundo occidental se han traducido a título de irreductibles en la atención (el propio derecho a la protección de la salud ha sido entendido, incluso, a título de un derecho de crédito, y por lo tanto, de mínimos garantizados constitucionalmente).

Así también, la definición de calidad en la atención médica no puede ser entendida sino como el arte de proporcionar al paciente ***los cuidados que necesita, precisamente eso y no menos.***

Es por ello que según el parámetro de la *lex artis medica ad hoc* han quedado insertados a favor del paciente los siguientes derechos: a los medios; razonable seguridad; información médica; otorgar el consentimiento bajo información; el acceso a los medios de atención médica (incluso existe un pronunciamiento expreso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y, en general, a una serie de

prestaciones que van desde la oportunidad en la atención hasta las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la misma; y abarcan, asimismo, el derecho al correcto funcionamiento de instrumental y equipo.

Por otro lado, es necesario señalar que la medicina defensiva es un problema de salubridad general de la República, y si bien en México no se ha llegado a los extremos reportados en la Unión Americana, estudios específicos realizados en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico demuestran que es practicada por un sector de la profesión; y si bien se trata de un porcentaje no generalizado, su sola presencia es un dato que amerita el concurso público a través de una estrategia nacional para evitar su proliferación que, además de no tener en juicio los resultados que algunos pudieran esperar, perjudica finalmente al paciente y su familia. Esto sin contar el deterioro hacia la imagen del profesional de la salud (deterioro en muchos casos injustificado).

En efecto, según los parámetros legales prevalentes en el Derecho Sanitario mexicano, nada asegura a los adeptos de la medicina defensiva el buen resultado en juicio de tales prácticas.

Con estas hipótesis hemos postulado la necesidad de adoptar un esquema de **medicina asertiva** que supone los siguientes elementos:

- **a.** El apego a la *lex artis medica ad hoc*.
- **b.** El apego a la deontología médica.
- **c.** La buena comunicación con el paciente y su familia.
- **d.** Especialmente, la obligación de informar debidamente al paciente.
- **e.** Obtener el consentimiento bajo información (lo cual va mucho más allá de obtener un documento escrito).
- **f.** La prevención del error médico, en especial el error latente, originado por problemas estructurales en la atención médica.

Es por ello que a juicio de quien esto escribe resulta de gran importancia la publicación de obras especializadas en la materia, que además de abordar el nuevo contexto de la **medicina asertiva,** se refieran a una serie de rubros de metodología hasta ahora olvidados en la literatura especializada en nuestro país; en tal escenario, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en colaboración con Editorial Alfil, decidió abordar estos temas esenciales para el Derecho Sanitario y la práctica profesional médica, desde el ángulo metodológico.

Para ello invitamos no solamente a tratadistas nacionales, sino a reconocidas plumas, como la del connotado tratadista español Ricardo de Lorenzo y Montero, Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario, y bajo el ámbito del convenio de colaboración que esta institución a mi cargo ha otorgado con tal Asociación, es muy grato informar que de nueva cuenta es posible ofrecer al público una obra en la cual se integran experiencias de la legislación comparada en el medio europeo.

El jurista Ricardo De Lorenzo, ampliamente conocido por sus trabajos académicos, legislativos, y especialmente en el Foro Español como abogado postulante, se refiere en esta ocasión al ámbito de la autonomía del paciente, uno de los rubros esenciales sobre los cuales el Derecho Sanitario en general y la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en especial deberán incidir en los próximos años.

Así también hemos invitado al connotado jurista Osvaldo Romo Pizarro, Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario, que además es un connotado especialista en el ámbito de la medicina forense. Merced a ello le hemos solicitado que presente una caracterización metodológica de la disciplina, especialmente en el contexto iberoamericano.

Otro tanto sucede con Víctor Frigieri, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Sanitario, quien nos presenta una visión esencialmente ética de la medicina forense.

Esta obra que la institución a mi cargo ha decidido publicar en el marco del décimo aniversario de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico plantea de manera general la metodología del trabajo institucional, y esto obedece no sólo a necesidades del trabajo interno; hoy por hoy es evidente que el trabajo institucional ha incidido no solamente en actividades meramente procesales, sino que se trata de una nueva óptica que se inserta en las ciencias biomédicas, y el Derecho Sanitario habrá de sustituir, y así lo esperamos sinceramente, la desacreditada subcultura litigiosa por amplias oportunidades de comunicación.

Los autores mexicanos que participan en esta obra fueron invitados en razón de dos criterios: el primero, su cercanía al trabajo institucional y el segundo, en razón de estar aportando al derecho sanitario nuevas e importantes reflexiones que esperamos sean de utilidad.

Por este medio y a nombre de la Comisión expreso mi agradecimiento a los autores que participaron en este esfuerzo, especialmente a los doctores Armando Cordera Pastor y Jaime Lozano Alcázar, que aportaron su colaboración en el capítulo sobre la medicina basada en evidencias, uno de los diversos tópicos que abordamos en el presente.

Se podrá observar que los temas de este libro se refieren, por primera vez en el medio literario nacional, a una visión integral de la correcta interpretación del acto médico. Es así como se aborda por primera vez qué es el acto médico en el contexto jurídico–sanitario. Así también es imprescindible hacer notar que por primera vez damos a la luz al gran público diversos aspectos de nuestros protocolos institucionales, pues éstos han incidido no solamente en el trabajo institucional, insistimos, sino que también están siendo adoptados por las autoridades al estudiar los problemas planteados por las partes en el terreno judicial y administrativo (en especial con la gestión pericial institucional).

Por supuesto, en el espacio reservado a esta presentación sería imposible referirme a todos y cada uno de los capítulos; baste señalar que el propósito de la Co-

misión en este libro es barruntar en el plano de los textos especializados el arduo problema metodológico de interpretar correctamente el acto médico, tarea que de ninguna suerte es sencilla y que a lo largo de 10 años ha permitido construir referentes metodológicos generalizables. Sin perjuicio de lo anterior, no existe un caso fácil.

Ciertamente y según se reitera en diversos capítulos, la labor metodológica nunca podrá estimarse definitiva; en efecto, la propia evolución de la medicina seguirá propiciando nuevos retos. Sin embargo, no es estéril ningún esfuerzo que, en suma y según reza el axioma institucional, nos permita ***una sana solución***.

1

Medicina asertiva

Carlos Tena Tamayo, Jorge M. Sánchez González

Asertividad es la expresión y defensa de los derechos
y las opiniones, en forma directa, honesta y apropiada,
sin violentar los derechos de los demás,
basándose en el respeto y la comunicación.
Lange y Jakubowaki, 1976.

Al iniciar el siglo XXI, en su esfuerzo por retomar el humanismo que debe caracterizar a la medicina, diferentes organizaciones médicas del orbe han divulgado una declaración emanada de su consenso, la que denominaron *Carta del profesionalismo médico en el nuevo milenio* y la cual contiene enunciados que expresan como principios fundamentales el bienestar de los pacientes, su autonomía y la justicia social. Éstos a su vez llevan implícitos 10 compromisos profesionales que deben practicar los asociados en los diferentes países; entre ellos destacan mantener actualizada la competencia, una práctica profesional con honestidad y confidencialidad, procurar la distribución justa de los recursos para la salud, el compromiso para mejorar la calidad de la atención, así como el mantenimiento de buenas relaciones con el paciente.

Ello, sin duda, es uno de tantos esfuerzos que han realizado los médicos desde hace mucho tiempo para mejorar su práctica y la relación con sus pacientes, en un ejercicio de autocrítica que se ha basado en la sanción que efectúan en el ejercicio de su autonomía. Y es que en la práctica cotidiana algunos médicos —a veces sin darse cuenta— no los han sabido tratar en la forma que esperan o requieren, en especial atendiendo sus expectativas. Dicha situación, la mayoría de las veces se presenta porque no les fueron enseñadas algunas habilidades esenciales para

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

la buena relación interpersonal y, enfrascados en resolver de la mejor forma el problema de salud —lo que se ha considerado modelo biologista—, han mantenido la actitud paternalista tradicional, que ya no es aceptada por algunos pacientes y sus familiares; por lo tanto, esa relación ha cambiado, no así la incorporación de nuevas fórmulas para adaptar al nuevo contexto las interacciones de manera idónea.

No debe olvidarse que dentro de las relaciones humanas, la relación médico–paciente es una de las más complejas e intensas, ya que tanto paciente como médico dependen mutuamente del saber del otro, de su deseo de sanar y de su compromiso en el proceso terapéutico. Es una interacción entre personas que tiene su origen en el quehacer clínico y constituye el núcleo fundamental de la medicina.

Dicho vínculo ha sido conceptualizado recientemente desde el punto de vista legal como un contrato —generalmente no escrito— sustentado entre personas autónomas, que son libres de iniciar o de romper esta relación en la medida en que el paciente no sea abandonado o desee hacerlo. Sin embargo, hay que entender que esta relación, más que legal se basa en la ética y en la deontología, y que se deriva de uno de los nexos más antiguos que han existido, entre la filosofía y la medicina.

Es precisamente el ámbito legal de la profesión el que se ha visto afectado desde la década de 1960 con la aparición de las demandas, lo que ha propiciado un cambio en la actitud de los médicos, haciéndose a un lado los aspectos humanos y comunicativos de la relación con el paciente, así como las preferencias y valores de los pacientes con respecto a su enfermedad.

Históricamente, muchos modelos han descrito esa relación; el más común y prevalente hoy en día, como ya se mencionó, es el asociado a una actitud paternalista, biologista y reduccionista. Es por ello que, para comprender mejor la actitud del profesional de la salud y clasificarla, se han descrito diferentes modelos desde la perspectiva conductual, para intentar identificar el rol de cada integrante de la relación médico–paciente, incluidos detalles del comportamiento del médico proveedor del servicio, y explicar también cómo los valores del paciente se incorporan en la toma de decisiones terapéuticas sobre su enfermedad. En este sentido, la enseñanza de la medicina ha propiciado un modelo paternalista cuya existencia ya no es aceptada por los pacientes; más aún, matizado por la industria del litigio, la moda de demandar a los médicos y estos últimos a defenderse o prever dicha situación a través de una actitud defensiva, que se exacerba a partir de la década de 1970, tiempo en el que se empieza a generalizar —desde los países industrializados hacia el resto del mundo— una crisis de demandas por responsabilidad médica. A partir de entonces, según algunos autores, la frecuencia de demandas crece 12% en promedio cada año, con un incremento en general del costo económico de la atención que va desde 7.9% anual, dependiendo del país.

Otro factor que no puede desestimarse es la interacción de un tercer componente en esta relación: el sistema de salud al que acude el paciente. Este factor

interactúa al brindar o no recursos diagnósticos al médico, o genera desatención cuando existe una demanda del servicio que excede la capacidad instalada o no se cuenta con procesos y procedimiento apropiados, entre muchos otros, lo que influye en la calidad de la atención brindada y por ende en la confianza. Si bien esto no debería ser un componente fundamental en este vínculo, el modelo de mercado, en donde el intercambio de compra–venta permanece incluido, la visión se ha modificado, p. ej., al solicitar estudios de laboratorio y gabinete que brinden una falsa tranquilidad que suple a la clínica, lo cual ha propiciado una mala práctica ejercida en plétora sin fundamento ético, que tiene como finalidad ganar una controversia en caso de que se presente, esquema que ahora se conoce como *medicina defensiva,* es decir, utilizar en demasía los servicios, la *sobreutilización* de recursos diagnósticos, pero no sólo por los médicos, sino también por algunas instituciones. Es la exuberancia de la *medicalización* con el objeto de fundamentar la defensa de las demandas efectuadas por los pacientes; esto, desde luego, no significa calidad ni un mejor vínculo en la relación médico–paciente, es sólo una protección de orden jurídico, y señal fiel de estar a la defensiva en caso de controversia.

El reto desde el ángulo médico es retornar al estudio integral, objetivo, analítico y crítico que permita identificar a la persona como ser humano íntegro. Basta recordar que la definición de salud de la OMS establece que ésta es el bienestar biopsicosocial y no sólo la ausencia de enfermedad. Es conocer la magnitud del padecimiento del paciente, no sólo de su enfermedad, es decir, conocer al sujeto, no al objeto, es en donde los principios básicos de la bioética se reflejan: beneficencia y no maleficencia, autonomía y justicia.

Por otra parte, el reto económico se encuentra en la disminución de costos. La medicina defensiva aumenta un costo que por sí mismo resulta elevado, teniendo un papel fundamental el hecho de que la relación médico–paciente está basada en la confianza, por lo que el conocer al paciente permite solicitar lo necesario para llegar al diagnóstico y no más que eso. Por ello, se tiene que recuperar esa capacidad de entender la enfermedad como una respuesta global del ser humano, no sólo de un órgano o su función, lo cual debe llevar a darle al paciente una dimensión orientada hacia su interioridad y vivencia de su padecer, contemplando los aspectos psicológicos y sociales. Es decir, se tiene que recuperar la relación médico–paciente por encima de la relación paciente–médico–institución.

Se debe volver a esa entrevista clínica realizada a un amigo, en donde la confidencia y el entendimiento del otro permiten una mejor identificación del problema, y por lo tanto el tratamiento tendrá mejores resultados: no se tenga una relación de tipo formulario–paciente. La historia clínica debe ser el relato de una relación basada en la confianza, no un formato llenado a toda prisa e ilegible, ya que sólo cuando el paciente esté convencido de que el médico lo ha escuchado y comprendido creerá en él, en su capacidad para reintegrarle su salud, y con esto

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

se solventará el problema de la adherencia terapéutica. Se sabe que entre 25 y 50% de los pacientes no cumplen con su tratamiento; sin embargo, varios estudios han demostrado que el fondo de esto es un problema de comunicación en el cual el paciente no escuchó lo que el médico le dijo, si es que lo hizo, porque éste quizá sólo le extendió su receta. Desde luego, aquí también está como trasfondo la falta de confianza del paciente hacia el médico. El médico tiene que utilizar su propia persona para desempeñar el papel de autoridad que le corresponde en esta relación y sin menospreciar al paciente, propiciando que éste confíe en él y coopere en el proceso de recuperación de su salud.

La relación médico–paciente está basada en un vínculo de coparticipación emocional. Ante la intensidad de estas emociones, es entendible —pero no justificable— que el médico se proteja de estas sensaciones bloqueando o evitando todo vínculo afectivo con sus pacientes; pero al hacerlo se pierde la posibilidad de experimentar una de las relaciones interpersonales con mayor sentido. En resumen, es necesario reconocer la dignidad del enfermo, tratarlo en su totalidad, respetar su libertad de elección, fomentar su participación y desde luego ponerse en el lugar del otro (empatía).

Por otra parte, la aparición de distintas formas de apreciar la realidad y la propiamente dicha dinámica social han dado un cambio radical al sistema de valores y convicciones sociales, apareciendo una actitud más crítica, o por lo menos diferente, hacia el equipo de salud, fundamentada en su mejor conciencia en la autodeterminación e individualismo, que es fomentada por el fácil acceso a la información y conocimiento, y por otro lado, la exigencia colectiva de hacer explícitos sus derechos, deberes y obligaciones, no pocas veces mal encauzados, al menos en lo que a la salud y su atención se refiere. Y si a esto se le agrega la poca comprensión o tolerancia a la posibilidad de error que, a pesar de que el médico pone todas sus habilidades y destrezas a favor del paciente, se presenta por el solo hecho de ser un acto ejecutado por un ser humano, indudablemente se abre una gran brecha entre la multicitada relación médico–paciente, y dicha desavenencia se ve acrecentada por la inadecuada actitud del médico con experiencias negativas y escaso entrenamiento en el manejo de sus emociones, no pocas veces propiciada por sus desatenciones generadoras de desconfianza e inductoras de un ciclo vicioso, que desafortunadamente origina más inconformidades y demandas aun cuando la causa sea multifactorial.

Es así como, durante la década de 1960, en Europa y Norteamérica se comenzó a identificar y definir una práctica profesional diferente de la que siempre había practicado el médico. Se trata, como ya se mencionó, de una actitud defensiva ante el paciente, por la experiencia en el creciente número de demandas. Su presencia se justificaba —y lo sigue estando— por el incremento en el número de demandas legales contra los médicos, por resultados desfavorables para los pacientes, los cuales son considerados por ellos como inexcusables en un ambiente

altamente litigioso, en donde el avance científico y tecnológico —desde la perspectiva social— lo puede resolver casi todo.

Los médicos demandados sufrieron el desprestigio y la depresión por lo que ocurría, pero decidieron, muchos de ellos, hacer todo lo posible para que las demandas no se repitieran, pero, en caso de que ocurriera, tuvieran elementos para ganarlas en los tribunales judiciales. El reto era —y desafortunadamente hoy también es— ganarle al paciente las demandas que interpusiera, y para ello habría que ir reuniendo los elementos para salir airosos del pleito establecido por el paciente o su familiar, insatisfechos de la atención recibida y los resultados obtenidos.

A este tipo de actitud del médico se le define hoy como medicina defensiva, la cual se considera no profesional e inadecuada desde el punto de vista ético, profesional, administrativo y jurídico; sin embargo, se ha visto en las últimas décadas cómo esta práctica aberrante de la profesión se ha diseminado por varios continentes y países de América, incluyendo México. Sus consecuencias, además de las éticas, son también económicas y perjudiciales para la buena relación médico–paciente, ya que la medicina defensiva propicia desconfianza y poca comunicación entre ellos.

LA MEDICINA DEFENSIVA

Es por lo antes mencionado que el médico que ejerce la medicina defensiva es un médico inseguro y temeroso de que lo demanden. Considera a sus pacientes como potenciales enemigos. Deja de tener criterios basados en la clínica, incrementa, sin fundamento en la mejor evidencia científica, el número de pruebas diagnósticas posibles, la referencia a otros especialistas, el número de consultas de seguimiento, el detalle de la información brindada y la documentación médica. Es decir, el temor a ser demandado lo obliga a solicitar estudios en forma desproporcionada y, en otros casos, a pedir la opinión de otros colegas, pero no pensando en beneficio del paciente, sino en la posibilidad de compartir responsabilidades en caso de una demanda. Hay quienes han decidido mejor retirarse de la práctica profesional y otros por lo pronto no aceptan atender a pacientes graves, por la posibilidad de que los resultados no sean satisfactorios para el paciente, y por esta razón lleguen a demandarlos. Según un reporte de EUA en 1995, 17.6% de los gastos de la atención médica se relacionan con prácticas de medicina defensiva. Por cada dólar destinado a cubrir las primas de seguros de responsabilidad profesional, 2.70 dólares son gastados como producto de prácticas defensivas, y el temor a las demandas genera gastos mayores de 10 billones de dólares tan sólo en EUA a través de la medicina defensiva. Un reporte realizado en el Reino Unido (1995) mostró que la mayoría de los médicos (63.85%) ejercían prácticas defen-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

sivas (como referir al paciente innecesariamente), realizaban seguimientos no indicados en más de la mitad de las veces (63.4%) e indicaban estudios complementarios no justificados en 59.6% de los casos. En 1997 se realizó un estudio que comparaba los estilos de comunicación entre los médicos de atención primaria que habían sido demandados y los que no. Se encontró que los médicos no demandados tenían visitas más largas, utilizaban mayor número de expresiones que facilitaban la comprensión a los pacientes y proporcionaban mayor orientación, reían y usaban el humor con más frecuencia, con una diferencia estadísticamente significativa en relación a los que sí fueron demandados. La comunicación eficaz médico–paciente se relaciona positivamente con la calidad de la atención, la satisfacción de los pacientes y los médicos, y los resultados de salud. La mala comunicación se relaciona con insatisfacción de los usuarios de los servicios de salud, aun en casos en que la calidad técnica haya sido adecuada.

Un reporte publicado en *The British Medical Journal* concluyó que de los médicos encuestados sobre el tema, 98% aceptaron haber cambiado su práctica por temor a ser demandados, y en el segundo trimestre de 2003 ya documentó la *American Medical Association* una alerta en casi 20 estados de la Unión Americana por la futura escasez de especialistas en áreas de la medicina con alto riesgo de ser demandados, como ginecología y obstetricia o neurocirugía; el médico es ahora más selectivo de sus pacientes por temor a la demanda, y la industria del litigio es cada día más nefasta para esta relación y coadyuva a volverla perversa.

La medicina defensiva deteriora aún más la relación entre médicos y pacientes; además, representa un alto costo para los pacientes y los servicios públicos de salud y tiene una consecuencia económica directa en el médico, al obligarlo a comprar seguros de responsabilidad profesional ante la elevada frecuencia de denuncias en su contra. Sólo en el estado de Texas, en la Unión Americana, se calcula un gasto anual de 700 millones de dólares por el ejercicio de la medicina defensiva. Su plena instalación en países como México sería un desastre para el sistema de salud. En los resultados de una encuesta nacional realizada por la CONAMED en 2003, se revela que 61% de los médicos encuestados tienen alguna práctica defensiva en el ejercicio de la profesión y 15% son claramente defensivos y trabajan con temor de ser demandados. La medicina defensiva se demuestra completamente ineficaz como estrategia de prevención de los reclamos de los pacientes. De hecho, no contribuye a lograr una relación clínica adecuada y agrega nuevos riesgos profesionales, al propiciar actos médicos no indicados e innecesarios.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario hacer propuestas que permitan revertir esta forma de práctica médica. Quizá uno de los intentos para lograrlo haya sido la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en donde, con la opinión de los pares de los médicos, se analizan las demandas y sólo se hace responsable al médico si su actuación fue negligente o imperita y con ello ocasionó

un daño al paciente. Los resultados no son los que importan en la evaluación, sino el cumplimiento de observar la *lex artis medica ad hoc*. Adicionalmente se debe considerar que la comunicación es una habilidad que puede ser desarrollada durante la educación formativa y la educación continuada. En la Conferencia de Salud en Barcelona 2000 se declaró la necesidad de integrar habilidades de comunicación en la enseñanza de pregrado e introducir el enfoque de la medicina centrada en el paciente tanto en las escuelas como en los egresados y especialistas.

Como se aprecia, su estudio es de reciente incorporación en la enseñanza de la medicina. Es una línea de investigación joven; en el año 2001, un análisis bibliométrico identificó en MEDLINE 6 766 artículos sobre "comunicación, entrevista clínica, relación médico–paciente, comunicación médico–enfermo o comunicación médico–paciente". La proporción de ensayos aleatorios fue de 1.4% y los metaanálisis de 0.08%, lo cual es muy escaso e incipiente. Ya se realizan esfuerzos en México a través de la AMFEM (Asociación Mexicana de Facultades y Escuelas de Medicina) para incorporar dichas habilidades comunicativas entre las nueve competencias mínimas que debe manejar el estudiante de medicina de las instituciones afiliadas. La Facultad de Medicina de la UNAM ha iniciado un proceso de capacitación de sus profesores para incorporar dichas capacidades en sus egresados, ejercicio que fue apoyado por la CONAMED. Una situación similar se ha presentado en la Universidad Panamericana.

Sin embargo, para resolver el problema de fondo hay que ir al verdadero origen del problema, y éste radica en el tipo de relación que el médico mantiene con su paciente. Es ahí donde deben encauzarse grandes esfuerzos y voluntades para propiciar los cambios efectivos que permitan revertir la tendencia, para que en el futuro el médico recupere la figura de respeto, confianza y cariño de todos sus pacientes.

MEDICINA ASERTIVA

Asertivo, según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, significa "afirmativo", el que afirma con certeza algo. Sin embargo, hay numerosas definiciones cuando se habla de conducta asertiva y hay quienes plantean la asertividad como la defensa de los derechos. Lange y Jakubowaki plantean que: *"La aserción implica defender los derechos y expresar pensamientos y creencias en forma honesta, directa y apropiada, sin violentar los derechos de los demás. La base de la aserción es la comunicación mutua, dar y recibir respeto."*

Luego entonces, **la asertividad** es un aspecto de la comunicación del individuo que le permite garantizar que sus mensajes sean transmitidos con suficiente

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

claridad, que expresen lo que cree, siente y piensa de manera directa en el momento oportuno, para evitar caer en la falta de interpretación; al mismo tiempo verifica el contenido de los mensajes que recibe, interpretándolos con la misma objetividad referida. La interacción que se da en las relaciones interpersonales puede ser una fuente de satisfacción si existe una comunicación abierta y clara; si la comunicación es confusa, como se ha mencionado en diferentes apartados, puede originar problemas. En la práctica, esto supone el desarrollo de facultades para:

- **a.** Expresar sentimientos y deseos positivos y negativos de una forma eficaz, sin negar o menospreciar los derechos de los demás y sin crear o sentir vergüenza.
- **b.** Discriminar entre la aserción, la agresión y la pasividad.
- **c.** Estar consciente cuando la expresión personal es importante y adecuada.
- **d.** Defenderse, sin agresión ni pasividad, frente a la conducta poco cooperadora, apropiada o razonable de los demás.

Ser asertivo es comunicarse en sociedad con una conducta aceptable que aprueba a una persona en su actuar, acorde con sus intereses, defendiéndolos sin exagerar, y expresando sentimientos honestos, haciendo valer sus derechos personales sin negar los derechos de los demás. Dicha actitud se puede adquirir y entrenar; la ventaja de aprender y practicar comportamientos asertivos es que se hacen llegar a los demás los propios mensajes expresando opiniones, mostrándose considerado, consiguiéndose seguridad y reconocimiento social. Sin duda, el comportamiento asertivo ayuda a mantener una alta autoestima. En todo caso, para aprender asertividad es completamente imprescindible tener bien claro el hecho de que tanto el estilo agresivo como el pasivo por lo general no sirven para conseguir los objetivos deseados.

Como se refiere en la bibliografía, el individuo que se comporta asertivamente suele defenderse bien en sus relaciones interpersonales; es por ello que considera el autoaprendizaje, está satisfecho de su vida social y tiene confianza en sí mismo para cambiar cuando necesite hacerlo, es expresivo, espontáneo, seguro y capaz de influir en otros.

Interpretando a diferentes autores y enfocándolos en el concepto de **medicina asertiva** —propuesta que se hace para combatir la medicina defensiva— en un esfuerzo de síntesis, se trata de mantener ante los pacientes un comportamiento asertivo, considerando que el mensaje básico de la aserción es: "*esto es lo que yo pienso; esto es lo que yo siento; así es como yo veo la situación",* sin afectar o degradar la otredad, en actitud siempre conciliadora y abierta a la negociación.

Profundizando más en el concepto de conducta asertiva en la práctica clínica que combata la medicina defensiva, puede decirse que en toda relación interpersonal debe mediar una respuesta asertiva, que surja de la expresión directa de los

propios sentimientos, necesidades, derechos legítimos u opiniones, sin amenazar o castigar al paciente y sin violentar sus derechos, manteniendo respeto por las diferencias. Han demostrado varios autores que la aserción implica respeto hacia uno mismo y hacia los demás, con libertad. En el terreno personal, sin duda la conducta asertiva suele ser más eficaz para conseguir objetivos que la agresiva o la pasiva, pero no está planeada para que el individuo consiga siempre lo que quiere; tampoco elimina la posibilidad de conflicto, dado que no es el único elemento que debe estar presente, aunque sí es uno de los más importantes.

Por lo tanto, el médico que tiene una comunicación directa, adecuada y franca, que tiene facilidad para comunicarse con toda clase de personas y no presenta temores en su comportamiento, es un médico con comportamiento asertivo. Y es que la asertividad no es un rasgo de la persona, sino que un individuo se comporta asertivamente o no en una variedad de situaciones. Otros aspectos que apoyan la actitud asertiva de la práctica profesional y que son frecuentemente soslayados son resaltados en esta propuesta de practicar una medicina asertiva. La capacidad de ser sincero y compasivo tiene también que ver con la aptitud de dar malas noticias con respeto, prudencia y sinceridad, pero con la compasión plena del ser humano.

Ante la necesidad de dar una respuesta que combata a la medicina defensiva se propone considerar un concepto basado en la conducta asertiva; al llevarla a la praxis los médicos, podrán entonces **practicar una medicina asertiva.** No es difícil su implementación y para ello se requieren sólo cuatro actitudes:

1. **Comunicación apropiada.** Que el médico, al ejercer frente a su paciente, mantenga con éste una comunicación verbal y no verbal adecuada para lograr el fin que los mantiene unidos en ese momento, generando la confianza y empatía propias de la comunicación humana.
2. **Defender sus derechos.** El médico asertivo deberá, en el ejercicio cotidiano de su profesión, conocer y defender sus derechos como médico.
3. **Respetar los derechos de los pacientes.** También deberá en todo momento proteger los derechos de sus pacientes, con apego a los principios éticos de la medicina.
4. **Actuar con seguridad y conocimientos.** El último componente para ejercer la medicina de manera asertiva es que el profesional médico actúe con seguridad, con confianza en sí mismo, porque tiene el bagaje suficiente de conocimientos científicos y técnicos para ajustarse a la *lex artis* médica, manteniendo una actualización continua que le permita la certificación permanente por parte del Consejo de la disciplina o especialidad que ejerza.

Como ya se mencionó, para mantener la conducta asertiva es necesario respetar los derechos de los pacientes y para ello deberá estarse al tanto. En el año 2001 la CONAMED condujo una consulta nacional para rescatar los derechos que los pacientes tienen en México, que están claramente identificados en alguna ley o

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

reglamento de observancia obligatoria en el país y que son desde entonces dados a conocer y considerados en los instrumentos de cotejo para certificación de hospitales. Por lo tanto, se considera de utilidad darlos a conocer junto con la propuesta de la **medicina asertiva.** Los derechos generales de los pacientes en México son:

1. **Recibir atención médica adecuada.** El paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo con las necesidades de su estado de salud y las circunstancias en que se brinda la atención, así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.
2. **Recibir trato digno y respetuoso.** El paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor, y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente; y que aquél se haga extensivo a los familiares o acompañantes.
3. **Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.** El paciente, o en su caso el responsable, tiene derecho a que el médico tratante le brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se le brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente, y que esta información sea siempre veraz y ajustada a la realidad.
4. **Decidir libremente sobre su atención.** El paciente, o en su caso el responsable, tiene derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales.
5. **Otorgar o no su consentimiento para procedimientos de riesgo.** El paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines diagnósticos o terapéuticos a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá informársele en forma amplia y completa en qué consisten, en los beneficios que se esperan, así como las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico. Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación en caso de donación de órganos.
6. **Ser tratado con confidencialidad.** El paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que se derive de un estudio de investigación al cual se haya suje-

tado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.

7. **Contar con facilidades para obtener una segunda opinión.** El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.
8. **Recibir atención médica en caso de urgencia.** Cuando esté en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, ya sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones.
9. **Contar con un expediente clínico.** El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir la normativa aplicable y, cuando lo solicite, a obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo con el fin requerido.
10. **Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida.** El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados. Asimismo, tiene derecho a disponer de vías alternas a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud.

Así también, como se mencionó en la propuesta de la práctica de **medicina asertiva,** es parte complementaria que los médicos exijan el respeto de sus derechos. Dichos derechos, al igual que los de los pacientes, fueron consensuados durante el año 2002 en toda la nación entre las instituciones públicas y privadas, sociedades, colegios, consejos, academias, universidades y médicos líderes de opinión. Al igual que los de los pacientes, se encuentran inmersos en la Constitución, leyes, normas y reglamentos, quedando la explicación de cada uno de los puntos integrantes del decálogo declarados de la siguiente forma:

Carta de los Derechos Generales de los Médicos:

1. El médico tiene derecho a que se respete su juicio clínico (diagnóstico y terapéutico) y su libertad prescriptiva, así como su probable decisión de declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas.
2. El médico tiene derecho a contar con lugares de trabajo e instalaciones que cumplan con medidas de seguridad e higiene, incluidas las que marca la ley, de conformidad con las características del servicio a otorgar.
3. Es un derecho del médico recibir del establecimiento donde presta su servicio: personal idóneo, así como equipo, instrumentos e insumos necesarios, de acuerdo con el servicio a otorgar.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

4. El médico tiene derecho a no emitir juicios concluyentes sobre los resultados esperados de la atención médica.
5. El médico tiene derecho a recibir del paciente y sus familiares trato respetuoso, así como información completa, veraz y oportuna relacionada con el estado de salud. El mismo respeto deberá recibir de sus superiores, personal relacionado con su trabajo profesional y terceros pagadores.
6. El médico tiene derecho a que se le facilite el acceso a la educación médica continua y a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional, con el propósito de mantenerse actualizado.
7. El médico tiene derecho a participar en actividades de investigación y enseñanza como parte de su desarrollo profesional.
8. El médico tiene derecho a asociarse en organizaciones, asociaciones y colegios para su desarrollo profesional, con el fin de promover la superación de sus miembros y vigilar el ejercicio profesional, de conformidad con lo prescrito en la ley.
9. El médico tiene derecho a la defensa de su prestigio profesional y a que la información sobre el curso de una probable controversia se trate con privacidad, y en su caso a pretender el resarcimiento del daño causado. La salvaguarda de su prestigio profesional demanda de los medios de comunicación respeto al principio de legalidad y a la garantía de audiencia, de tal forma que no se presuma la comisión de ilícitos hasta en tanto no se resuelva legalmente cualquier controversia por la atención médica brindada.
10. El médico tiene derecho a ser remunerado por los servicios profesionales que preste, de acuerdo con su condición laboral, contractual o a lo pactado con el paciente.

Practicar la medicina asertiva permitirá mejorar la calidad de la atención médica desde el punto de vista técnico y, sin lugar a dudas, mejorará sustancialmente la relación interpersonal, incrementará la satisfacción de los pacientes y sus familiares, y evitará por lo tanto las demandas o denuncias contra los médicos; con ello se podrá contener y revertir los efectos de la medicina defensiva.

REFERENCIAS

1. ABIM Foundation, ACP–ASIM Foundation, European Federation of Internal Medicine. Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter. *Ann Intern Med* 2002;136(3):243–246.
2. **Stone T, Mantese A:** Conflicting values and the patient–provider relationship in managed care. Implications of cost and quality in managed care. *J Health Care Finance* 1999;26(1): 48–62.
3. **Stone TT, Mantese A:** Conflicting values and the patient–provider relationship in managed care. *J Health Care Financ* 1999;26(1):48–62.

4. **Stiggelbout AM, Kiebert GM:** A role for the sick role. Patient preferences regarding information and participation in clinical decision–marking. *Can Med Assoc J* 1977;157(4): 383–389.
5. **Gawande AA *et al.:*** Does dissatisfaction with health plans stem from having no choices? *Health Affairs* 1988;17(5):184–194.
6. ABIM Foundation, ACP–ASIM Foundation, European Federation of Internal Medicine. Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter. *Ann Intern Med* 2002;136(3):243–246.
7. **Mohr**. *JAMA* 2000;283(13):1733–1737.
8. **Fraser**. *Am Acad Pediat* 2001;107(3):602–607.
9. **Sánchez GJM, Tena TC, Campos CEM, Hernández GLE, Rivera CE:** Medicina defensiva en México: una encuesta exploratoria para su caracterización. *Cir Cir* 2005;73(3):199–206.
10. **Rodríguez OG:** *Relación médico–paciente. Interacción y comunicación.* OMS UNAM, 2000.
11. **Mechanic D:** Physician discontent: challenges and opportunities. *JAMA* 2003;290(7):941–946.
12. **Levinson W, Roter DL, Mullooly JP, Dull VT, Frankel RM:** Physician–patient communication. The relationship with malpractice claims among primary care physicians and surgeons. JAMA 1997;277:553–559.
13. **Zuger A:** Dissatisfaction with medical practice (Special Report). *N Engl J Med* 2004;350 (1):69–75.
14. **Barrier PA, Li TC, Jensen NM:** Two words to improve physician–patient communication: What else? *Mayo Clinic Proc* 2003;78(2):2111–2114.
15. **Stone T, Mantese A:** Conflicting values and the patient–provider relationship in managed care. Implications of cost and quality in managed care. *J Health Care Finance* 1999;26(1): 48–62.
16. **Cockburn J, Pit S:** Prescribing behavior in clinical practice: patients' expectations and doctors perceptions of patients' expectations. *Br Med J* 1997;315:520–522.
17. **Rivera CAE, González NJ, Martínez LS, Campos CM, Sánchez GJM *et al.:*** Estudio exploratorio sobre la enseñanza de la comunicación humana asociada a la práctica médica. *Cir Cir* 2003;71(3):210–216.
18. **Tena TC, Sánchez GJM:** Medicina asertiva. En: Tena Tamayo C, Hernández Orozco F (eds.): *La comunicación humana en la relación médico–paciente.* México, Prado, 2004.
19. American Medical Association: *Socioeconomic characteristics of medicine practice.* Chicago, Center for Health Policy Research, 1992:5.
20. **Barrier PA, Li TC, Jensen NM:** Two words to improve physician–patient communication: What else? *Mayo Clinic Proc* 2003;78(2):2111–2114.
21. **Sánchez GJM, Tena TC, Rivera CAE *et al.:*** Medicina defensiva en México: una encuesta para su caracterización. *Cir Cir* 2005;74(3):203–210.
22. **Charles RK:** *Communication skills in medicine.* British Medical Journal Publishing Group. Barcelona, Medical Trends, 2000.
23. **Cooper LA, Roter DL, Johnson RL *et al.:*** Patient–centered communication, ratings of care, and concordance of patient and physician race. *Ann Intern Med* 2003;139: 907–915.
24. **Tena TC, Sánchez GJM:** Medicina asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva. *Ginecol Obstet Méx* 2005;73(10):553–559.
25. **Godolphin W:** The role of risk communication in shared decision making. *Br Med J* 2003; 327:692–693.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

26. **Tena TC, Ruelas BE, Sánchez GJM *et al.:*** Derechos de los pacientes en México. *Rev Med IMSS* 2002;40(6):523–528.
27. **Tena TC, Ruelas BE, Sánchez GJM, Rivera CA *et al.:*** Derechos generales de los médicos, experiencia mexicana. Para su determinación y difusión. *Rev Med IMSS* 2003;41(6): 503–508.
28. US Congress. Office of Technology Assessment. *Defensive medicine and medical malpractice.* Washington, U. S. Government Printing Office, 1994. (Publicación nº: OTA–H– 6O2). Obtenido de: http:// www.wws.princeton.edu/ota/disk1/1994/9405/9405.pdf. (Consultado el 6 de octubre de 2006).
29. **Vaughn FK, With MK:** Choices and changes: a new model for influencing patient health behavior. *JCOM* 1997;4:33–36.

2

El derecho sanitario y su evolución ante la autonomía de los pacientes

Ricardo de Lorenzo y Montero

En el ámbito de la autonomía de la voluntad, el negocio jurídico se sitúa en el centro de la autonomía privada, mediante la cual los particulares instauran relaciones jurídicas conformadas a la medida de su voluntad. Se ubica en el hecho procedente de la voluntad humana, del cual surgen "manifestaciones de un poder de autonomía" consistente en la potestad de darse un ordenamiento jurídico. Es decir, de la voluntad libre el individuo extrae su fuerza creadora de obligaciones, es al mismo tiempo el "fundamento y la justificación de la fuerza obligatoria del contrato".

La influencia doctrinaria de Savigny en llamar a los hechos humanos voluntarios *declaraciones de voluntad* hizo fortuna y el término fue adoptado por diversas legislaciones. La técnica francesa sólo habla de *actos jurídicos*. En el caso español, y en el ámbito del derecho privado, se atribuye a Felipe Sánchez Román la utilización de esta expresión. En la actualidad es ya corriente la frase *negocio jurídico*.

Algunos sistemas jurídicos incorporan principios jurídicos según los cuales el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos es el que ellos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar. Por eso, conceden al sujeto un amplio poder para estructurar tales relaciones jurídicas según su propia voluntad declarada; por ello resulta afortunado definirlo como acto de autorregulación. Corresponde a la *declaración de voluntad*, por sí sola o en unión de otras, constituirse en fundamento del *efecto jurídico,* y el hecho que lo produce se llama *negocio jurídico;* la voluntad se conoce sólo al exteriorizarse. Para que la voluntad alcance signifi-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

cado jurídico no basta con que exista interiormente, sino que requiere "ser exteriorizada o manifestada". Es decir, se "atiende a lo declarado y no a lo querido".

En la aplicación del principio general de *autonomía de la voluntad,* la ley permite a los particulares crear relaciones jurídicas nuevas, no reguladas especialmente en ella; al crearlas, los sujetos de tales relaciones jurídicas deben observar las normas dictadas para el tipo genérico de relación jurídica.

La subordinación a las leyes y a los reglamentos de los sujetos de la relación médico–paciente ocupó un lugar importante en la escenografía que el perfil y la silueta del derecho sanitario proyectaron durante mucho tiempo. Esta imagen representó, en el surgimiento del derecho sanitario, el símbolo de una relación jurídica en la que la voluntad del paciente quedó sometida a la del legislador por medio de disposiciones jurídicas, lo cual limitó y excluyó de su ámbito otras actividades que el derecho privado supo incluir y reglamentar con ingenio, como con la posibilidad de autorregulación a través de la autonomía de la voluntad.

En la actualidad, las tutelas que imponían a mediados del siglo XX los legisladores sobre los pacientes han desaparecido en gran parte. El derecho sanitario habrá de continuar sin ellas, pero deberá cambiar sus estrategias y ampliar sus fronteras para recuperar el conocido principio: "todo para el paciente, pero contando con la opinión del mismo", y ofrecer unas relaciones jurídicas entre los pacientes y los profesionales sanitarios basadas en la autonomía de la voluntad de aquéllos, compartiendo decisiones y llevando a cabo procesos dialógicos sobre qué es lo que más conviene al paciente en la realización de cada acto sanitario, lo cual podrá lograrse si estas relaciones se reencauzan hacia un derecho sanitario común e incluyente que unifique las diferencias existentes en la actualidad a consecuencia de la gran diversidad de agentes normativos, que implante con decisión el respeto a las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por los pacientes, usuarios y clientes, según sean atendidos en la medicina oficial o en la privada, con relación a su propia salud. Pero esta implantación de la autonomía de la voluntad en las relaciones propias del derecho sanitario no resultará posible si no se asienta firmemente dicha autonomía en el principio de la buena fe.

Como es sabido, el vocablo latino *fides (fido, fidus)* significa seguro, fiel, leal, sincero; *fidelis*, fiel, leal, es decir, "que inspira confianza". Es el modo sincero y justo con que uno procede en las relaciones jurídicas sin tratar de engañar a la persona con quien mantiene dicha relación. En todas las instituciones jurídicas subyace el principio de la *buena fe;* es el principio rector de todos los actos jurídicos. Sus imperativos éticos deben ser admitidos como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Es un valor fundamental porque implica la presencia de vivencias axiologicojurídicas de comunidad. Por ello, con justeza expresó Cicerón que la *buena fe* es el fundamento de la justicia.

Obrar de *buena fe* implica valorar con signo axiológico positivo la conducta de un sujeto que cumple con sus deberes, no comete en ellos fraudes ni inmorali-

dades. Actuar de *buena fe* denota la creencia y persuasión de que el acto realizado es lícito y justo.

En la actualidad, la buena fe es un concepto técnico–jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho.

El principio general de la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. El deber recíproco de buena fe provoca el efecto benéfico de impedir las conductas abusivas del derecho. De todo ello se concluye que, en el derecho sanitario actual, el principio de la buena fe en las relaciones existentes entre los profesionales sanitarios y los pacientes debe resurgir en el escenario del derecho para nutrir, con buena dosis, las relaciones jurídicas actuales.

El vocablo autonomía en sus diversas connotaciones significa: ley propia (gramaticalmente, el término deriva de los vocablos *autos,* propio, y *nomos,* ley). El concepto de autonomía es empleado por el legislador para significar la facultad de gobernar las propias acciones sin depender de otro. Quien goza de autonomía es el que puede darse, a sí mismo, las formas de autorregular su conducta; el carácter de autónomo implica autogobernarse. En opinión de la doctrina, la autonomía es la capacidad de una persona (individual o colectiva) de darse las leyes que han de regir sus actos.

El derecho en general tiene como objeto de regulación la conducta humana; es ordenación de conducta y concierne al comportamiento del hombre. El derecho es producto de la voluntad general representada por la ley, la cual tiende a regir la concurrencia de las voluntades de los individuos dotándolos, dentro de límites, del máximo poder creador de sus propias relaciones. La libertad de autoobligarse es el resultado último a que conduce el poder autónomo de la voluntad.

La autonomía privada es libertad individual que permite hacer o no hacer, otorgar al individuo una esfera de actuación, es un reconocimiento del valor jurídico de sus actos que serán vinculantes y preceptivos. El ejercicio de la autonomía privada permite la realización de actos de autodeterminación, autorregulación de intereses propios. Los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos. El derecho proporciona a los particulares la posibilidad de regir sus intereses en la vida de relación. La autonomía privada constituye la posibilidad de autorregularse, la cual se ejercita estableciendo, disponiendo, gobernando; es un poder de ordenación de la esfera de la vida privada de la persona. Díez–Picazo no acepta el carácter de fuente que algunos autores pretenden atribuirle, porque "el poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho". La función reglamentaria de la autonomía privada establece que las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, sólo tienen como límite el orden público y las buenas costumbres. En los contratos civiles, es tradicional que cada uno se obligue en la forma y términos que aparezca que

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

quiso obligarse, con la salvedad de que el fin o motivo determinante de la voluntad no sea contrario al orden público ni a la moral o a las buenas costumbres.

La autonomía de la voluntad en las relaciones existentes entre los profesionales sanitarios y los pacientes ha sido objeto de interés tanto para la bioética como para el derecho sanitario.

En efecto, para la bioética el mundo humano es un mundo de significados más allá de la apariencia y, por lo tanto, de valores. Algunos de éstos, los que se orientan a la búsqueda del bien que proporcionará la felicidad, son valores éticos. Hay una serie de valores éticos que son aceptados universalmente; p. ej. la libertad o la dignidad de todas las personas. El aforismo de Hipócrates: primero no hacer daño (principio de no maleficencia), que aporta una llamada de prudencia al afán de hacer bien al enfermo (principio de beneficencia), se complementa en el momento actual con otros principios. Los principios de la bioética resultan un buen instrumento para analizar la calidad ética de las decisiones sanitarias; tales principios son: beneficencia, no maledicencia, autonomía y justicia y el esfuerzo del profesional sanitario por respetar los principios de la bioética en las actuaciones profesionales, y su utilización como referente en la reflexión sanitaria para resolver problemas éticos permite orientar la práctica profesional hacia el cumplimiento de los fines de la medicina.

El más moderno de los principios de la bioética es el de autonomía, ya que surge a consecuencia de un concepto del ser humano que implica la idea de libertad personal. Ya Boecio, en el siglo V, definió por primera vez a la persona como sujeto independiente del grupo social, habida cuenta que, hasta dicho momento, no se concebía la posibilidad de que una persona actuara según expectativas diferentes de las de la familia y el estrato social al que pertenecía.

El principio de autonomía, en la bioética, exige el respeto a la capacidad de decisión de las personas y el derecho a que se respete su voluntad en aquellas cuestiones que se refieren a ellas mismas.

En el ámbito del derecho sanitario, uno de los valores que, de forma sobresaliente, les otorga a los seres humanos el estatuto de la dignidad lo representa, sin lugar a dudas, la autonomía del paciente, entendida ésta como la capacidad de autogobierno que le permite al paciente elegir razonadamente con base en una apreciación personal de las posibilidades futuras, evaluadas y sustentadas en un sistema propio de valores.

Esta autonomía, no obstante, debe tener como complemento a la libertad, dado que nadie puede autogobernarse si se le restringe, coarta, soslaya, limita o impide de alguna manera su ejercicio. Sin embargo, y esto también es importante, la autonomía tiene siempre ante sí la frontera que le impone su relación con otra u otras personas, el no causarles perjuicio.

Esta autonomía ejercida en libertad otorga al ser humano el valioso don de elegir personalmente frente a los diferentes y diversos proyectos de vida. La autono-

mía, entonces, debe facilitarse y garantizarse para todos y, asimismo, como ninguna persona tiene facultades para intervenir de alguna manera en dicha elección, deben establecerse todos aquellos mecanismos necesarios para impedirlo.

Con el reconocimiento individual del concepto de autonomía y su ejercicio libre acotado en no dañar con su elección a otro, el ser humano es digno *per se* ante sí y ante todos los demás. Así, la persona se pertenece a sí misma desde una perspectiva liberal o, lo que es lo mismo y en palabras de Ortega y Gasset, él (o ella) "y sus circunstancias".

Stuart Mill señaló que el Estado no puede ni debe quebrantar dicha autonomía, y sólo "el único propósito sobre el cual el poder puede ser realmente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra sus deseos, es para prevenir el daño a otros. Su propio bien, ya físico o moral, no es suficiente garantía. No lo podemos forzar a llevar a cabo tal o cual acto porque el hacerlo sea mejor para él, porque lo hará más feliz, porque en opinión de otros sea lo más sabio o lo más correcto. Éstas serían buenas razones para discutirlo o razonarlo con él, para persuadirlo, para rogarle que lo realice; pero no para obligarlo, amenazarlo o castigarlo por haberlo realizado. La única parte de la conducta de cualquiera, por la que se debe responder ante la sociedad, es aquélla que concierne a los demás".

Pues bien, el concepto estuardiano de autonomía no escapa a la medicina; este rico concepto de autonomía, plenamente en ejercicio por parte de los pacientes, ha sentado las bases de un nuevo paradigma en la relación médico–paciente que ha venido a desmontar todo el andamiaje operativo construido en torno al añejo modelo paternalista. Día a día la dignidad del ciudadano–paciente se refuerza en el ámbito de la salud al reconocerse y respetarse su autonomía. El paciente ha dejado de ser, en virtud de la autonomía, un sujeto pasivo y dependiente del profesional sanitario, y se ha convertido en amo y señor del destino que elige él mismo en libertad y que quiere ejercer sin cortapisas.

El cambio histórico de paradigma del paternalismo hacia la autonomía en el terreno de la atención a los problemas de salud es sobradamente conocido por todos: fue establecida en el mundo occidental la institución del consentimiento informado a raíz del proceso de Nuremberg, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, proceso éste en el que, por primera vez, se legitimó médicamente la opinión del paciente (aceptación, en este caso) en el ámbito de la investigación tras conocerse los horrores médicos nazis en los campos de concentración y que conmovieron las conciencias de la población mundial.

Diez años después, en el año 1957, este consentimiento informado se fortaleció legalmente para su aplicación en las decisiones médicas generales atendiendo, entre otras, al caso de Salgo *vs.* Leland Stanford Jr. *University Board of Trustees*, cuando el juez estadounidense Bray expresó de manera contundente que "los médicos violan sus deberes para con los pacientes y se exponen a ser deman-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

dados si se guardan hechos que son necesarios para formar la base de un consentimiento informado inteligible por el paciente respecto al tratamiento propuesto".

Posteriormente, el consentimiento informado, a través de las decisiones judiciales de otros magistrados estadounidenses, como el juez Cardozo, fue configurándose en su forma negativa, esto es, hacia el rechazo por parte del paciente de ciertos procedimientos o prácticas médicas.

De este modo, la construcción ideológica–operativa del consentimiento informado avanzó desde el asenso hacia el disenso y, en la actualidad, felizmente se lucha por la conquista del consenso en la relación médico–paciente.

Aun cuando el perfeccionamiento de cada una de las instituciones anteriormente expresadas todavía encuentra ciertas resistencias, debe hacerse referencia particular al disenso, a la discrepancia entre el profesional sanitario y el paciente, puesto que sigue generando conflictos en algunos casos entre el hacer del prestador de servicios de salud (el profesional sanitario) y los deseos autónomos del paciente. De hecho, el consentimiento informado debería definirse ya, con más propiedad, como "decisión informada o bajo información", término éste con el que se abarcarían tanto los supuestos de aceptación, de rechazo y de selección o elección ante las diversas proposiciones y alternativas de atención a la salud que se le hubieran presentado al paciente.

Con base en lo anteriormente expuesto, no puede cuestionarse hoy en día que, una vez informado de las ventajas o desventajas de su decisión en torno a su problema de salud y de que no existe contraindicación absoluta, un paciente pueda preferir la ingesta de cápsulas a la aplicación de inyecciones; tampoco si decide someterse a una operación de una hernia no complicada dentro de un mes y no dos días después de la prescripción quirúrgica, o incluso no operarse definitivamente si así lo quiere el paciente; o que prefiera un estudio radiográfico de contraste en vez de una endoscopia del tracto digestivo para el diagnóstico de un problema gástrico; o que decida no seguir el tratamiento antihipertensivo, hipoglucemiante u otro indicado. Es la voluntad del paciente hacerlo o no, elegir entre uno u otro, preferir tal o cual. Ello significa, en suma, ejercer su autonomía previa información médica completa y oportuna a favor o en contra.

Y el prestador de los servicios de salud, el profesional sanitario, está obligado a respetar la autonomía del paciente (siempre y cuando no se halle ante uno de los supuestos en que la ley indica lo contrario) y con ello, poco a poco, lo incorpora al proceso dialógico sanitario para dignificar la decisión informada entre los sujetos de la relación sanitaria: paciente y profesional sanitario. Sin embargo, debe reconocerse que ello significa no sólo una imposición legal, sino también un reto para los profesionales de la salud que han seguido, y siguen, una línea de formación–actuación paternalista y que consideran que la aplicación de la autonomía del paciente a las relaciones profesionales puede suponer una amenaza hacia su autoridad científica o que se cuestione su indicación–sapiencia.

Existen casos de mayor complejidad que los referidos con anterioridad, como acontece con el paciente que requiere médicamente radioterapia para el tratamiento de cierto tipo de cáncer y que decide rechazar dicha propuesta para seguir un tratamiento médico alternativo o paralelo, habiendo sido informado de que ello puede acarrearle incluso una menor expectativa de vida en breve plazo, y en el que parece, sin embargo, que nadie puede obligarle a someterse contra su voluntad expresa o tácita a dicho procedimiento; lo mismo podría decirse en supuestos de tratamiento con quimioterapia o de cualquier otro procedimiento médico o quirúrgico. El paciente en pleno uso de sus facultades, y por lo tanto con capacidad jurídica y de obrar para el ejercicio de su autonomía por sí mismo, o a través de su representante legítimo, según el Código Civil y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, puede elegir, como principio general, entre tratarse o no, y no parecen existir razones para que —fuera de los casos expresamente previstos en contrario por el ordenamiento jurídico— alguien pueda oponerse o imponerse en contrario.

El profesional sanitario, en todo caso, si es consultado, deberá exponerle al paciente en forma que sea capaz de entender las alternativas necesarias, las expectativas, los riesgos y las consecuencias ciertas o probables de su aceptación o rechazo a tal o cual medida o procedimiento preventivo, diagnóstico, terapéutico o rehabilitador en su justa dimensión, sin minimizarla ni maximizarla; procurando, además, ofrecerle el mejor beneficio con ello y toda la ayuda que con el profesionalismo debe otorgarse independientemente de la decisión que tome el paciente.

La perspectiva de la autonomía del paciente que se está ofreciendo adquiere tintes de mayor sensibilidad, lógicamente, cuando de la decisión autónoma y libre tomada por el paciente, éste pueda correr el riesgo de morir.

Aquí, como en todos los casos expuestos con anterioridad, el profesional sanitario debe recurrir a todos los argumentos posibles y legítimos para lograr que el paciente debidamente informado adopte la decisión autónoma que le parezca más oportuna, y acceda libremente a este u otro procedimiento o tratamiento médico indicado o considerado necesario científicamente, pues también en este caso —salvo los supuestos legalmente previstos que se expondrán más adelante— tampoco puede ni debe atentarse contra la voluntad expresa de un paciente en pleno uso de su capacidad de obrar, o lo que es lo mismo: autónomo, como se ha señalado antes, y ello teniendo en cuenta toda la información necesaria para asumir las consecuencias posibles de su rechazo.

En el escenario de la atención a los problemas de salud, los sujetos de la relación médico–paciente deben interactuar en un marco de respeto hacia ambas autonomías de la voluntad, entendiendo las diferencias que pudieran surgir entre ellas, acordando estrategias comunes ante la enfermedad y, en suma, construyendo consensos. No obstante, cuando en el escenario de la lucha por la salud aparece la muerte, ésta se convierte de hecho en un fin o en un posible medio en el hori-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

zonte médico. Un fin porque la misión última de la medicina es velar por la salud y la vida empleando todos sus recursos para derrotar a la enfermedad–muerte si ello es posible, en tanto que se constituye en un medio cuando, inexcusablemente, se acuda a la amenaza de la muerte para ejercer un poderoso control que determine la decisión del paciente razonablemente temeroso ante ella. ¿Qué argumento más influenciable podría esgrimirse sobre un paciente que el de la posibilidad de su muerte si no acepta... si se demora... si se cambia... si se deja... y tal y tal?

Para el derecho sanitario y, en concreto, en el ordenamiento jurídico, por ministerio de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, las instrucciones previas forman parte, junto con el consentimiento informado, de la autonomía del paciente, resultando significativo para los efectos indicados que tanto la regulación del consentimiento informado como de las instrucciones previas se encuadra dentro del capítulo IV de la Ley Básica 41/2002, de 14 de noviembre, que lleva por rúbrica "el respeto a la autonomía del paciente". Por ello, es preciso analizar la naturaleza y el fundamento de este derecho, para conocer mejor sus límites, los cuales serán expuestos más adelante.

Atendiendo a su relación con el consentimiento informado, y como manifestaciones ambos del principio de autonomía del paciente, se puede poner de manifiesto que las instrucciones previas suponen la prestación del consentimiento para que su eficacia tenga lugar en un momento diferido en el tiempo, mientras que, por el contrario, en el caso del consentimiento informado, la prestación del consentimiento produce efectos inmediatamente después de dicha prestación.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha calificado el consentimiento informado —lo que, como se dijo en el párrafo anterior, resulta también de aplicación a las instrucciones previas— de "derecho humano fundamental... (es decir), derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo", entendiendo, además, que es "consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia".

Sin embargo, sin menoscabo de la importancia que concede a la autonomía de la voluntad del paciente el Tribunal Supremo, hasta el punto de calificar dicha materia de "derecho humano fundamental", parece resultar más apropiado calificar la naturaleza de las instrucciones previas y del consentimiento informado como "derecho de la personalidad", que sirve para contraponerlos a los "derechos patrimoniales", y cuya calificación conlleva una serie de consecuencias en cuanto a su indisponibilidad y condicionamientos respecto de su ejercicio por representación, que se adecúan correctamente con la regulación legal del consentimiento informado y las instrucciones previas.

En sí, el derecho consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física, afectada por una enfermedad, con rela-

ción al sometimiento a un tratamiento o actuación médica. Y este derecho a decidir por sí mismo puede ser ejercido inmediatamente antes de cada específica actuación médica (consentimiento informado) o como una previsión futura, en un momento en que goza de plena capacidad, para el caso en que el sujeto que las otorga pierda dicha capacidad de decidir por sí mismo (instrucciones previas).

La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando se refiere al derecho/deber a la información del paciente como presupuesto del consentimiento informado, lo fundamenta "en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, así como en el artículo 9.2 y en el 10.1, y, además, en los Pactos Internacionales".

La fundamentación de la autonomía del paciente por parte del Alto Tribunal se centra, pues, en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como en la dignidad de la persona y en el libre ejercicio de su personalidad, consagrados en el artículo 10. 1 de la Constitución Española como fundamentos del orden político y de la paz social. Y en concreto, se deduce del artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. En apoyo de esta interpretación constitucional, el Tribunal Supremo invoca la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, significando que la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico español, "implica evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias".

En realidad, esta mención general del valor libertad no basta para fundamentar el consentimiento informado, y por ende las instrucciones previas, si no se concreta más en qué derechos fundamentales se apoya o se deduce. El Tribunal Supremo parece hacerlo más adelante, cuando declara que "es una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad de conciencia".

De hecho, la Carta Europea de Derechos Humanos, a la que también se remite el Tribunal Supremo, ubica el consentimiento informado dentro de su artículo 3, que reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica; aunque, propiamente, no se llega a reconocer el derecho al consentimiento libre e informado, sino que prescribe la obligación de respetarlo de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley. Con ello se relaciona el deber de recabar el consentimiento informado con el derecho que toda persona tiene a la integridad física, con una remisión expresa a la regulación legal de cada Estado.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Desde el punto de vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, es de destacar la contenida en la sentencia que resuelve el recurso de amparo interpuesto por reclusos del GRAPO en huelga de hambre, frente a la autorización judicial concedida a la administración penitenciaria de emplear medios coercitivos para la asistencia médica; sitúa el análisis de la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos en cuanto manifestación de la libre autodeterminación de la persona en el ámbito de los derechos a la integridad física, a la libertad ideológica, y expresamente lo excluye del derecho a la libertad y del derecho a la intimidad. Y así, declara el Tribunal Constitucional, la imposición a una persona de una "asistencia médica en contra de su voluntad... constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental —a la integridad física y moral— a no ser que tenga justificación constitucional". Por la misma razón se podría extender el supuesto de hecho a los casos en que la asistencia médica se ha practicado sin recabar el consentimiento informado del paciente, o con un consentimiento viciado por falta o defecto de información. En estos casos se afectaría también el derecho a la integridad física, aunque lógicamente su gravedad sería menor que si la actuación médica se hiciera en contra de la voluntad del paciente.

En el caso que resuelve la sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta, la vulneración de este derecho a la integridad física y moral venía justificada "porque la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración Penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, deber que le viene impuesto por el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la ley a la que se remite el artículo 25.2 de la Constitución, como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionales consagrados, como son la vida y la salud de las personas".

Por lo que respecta al alcance y los límites de la autonomía del paciente, hay que remitirse también a la doctrina del Tribunal Constitucional al efecto; dicho Alto Tribunal reconoce que "siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere,* en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe". Ahora bien, en ningún caso puede hablarse de un derecho subjetivo a la propia muerte. El derecho a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". De donde se concluye que de la misma manera que la autonomía del paciente, en cuanto facultad de decidir acerca de los tratamientos y actuaciones médicas que afecten a su propia vida, constituye un derecho de la persona estrechamente vinculado con los derechos a la integridad

física y a la vida, estos mismos derechos marcan los límites de la autonomía del paciente, que nunca será absoluta, de modo que llegue a incluir el derecho a prescindir de la propia vida. Éste es, por lo tanto, uno de los límites de la autonomía del paciente, que debe ayudar a interpretar el ejercicio de las instrucciones previas y del consentimiento informado: por una parte, el derecho a la integridad física y moral impide que pueda aplicarse a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad o sin contar con ella, salvo que esté justificado constitucionalmente, y por otra, no existe un derecho subjetivo a morir.

No resulta extraño advertir estas limitaciones a la autonomía del paciente, del mismo modo que el ordenamiento jurídico prohíbe, por ejemplo, la disposición del propio cuerpo a través de la venta de órganos.

Como no podía ser de otra manera, en este mismo marco se desenvuelve la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en el caso Pretty *vs.* Reino Unido, de 29 de abril de 2002, al interpretar el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que se reconoce el derecho de toda persona a la vida, declara que este derecho no conlleva un aspecto negativo, a saber, el derecho a morir, y que dicho artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no crea un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. Y, de otra parte, al analizar la posible vulneración del artículo 8 que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, el Tribunal, en un razonamiento *obiter dicta,* afirma que si bien "el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal..., la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente, si es adulto y sano mentalmente, se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el artículo 8.1 del Convenio".

En otros supuestos de hecho, el Tribunal Constitucional ha restringido el alcance de la autonomía del paciente respecto a la elección o exclusión de tratamientos médicos que una persona hacía invocando unas creencias religiosas, cuando vaya en contra de la *lex artis*. Esta sentencia viene a justificar que los médicos no se sientan vinculados por el deseo de un paciente que se va a someter a una intervención quirúrgica de que en ningún caso se le practique una transfusión de sangre, cuando esta actuación resulte adecuada y procedente conforme a la *lex artis.*

Estos dos límites reconocidos por la jurisprudencia constitucional a la autonomía del paciente —es decir, los que afectan a la disposición de la propia vida y los que contradigan la *lex artis* de los facultativos que deben tratar al paciente— han tenido su reflejo en la regulación legal de las instrucciones previas, que expresamente sanciona la inaplicación de las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico y a la *lex artis,* conforme señala el artículo 11.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, límites éstos que no operan para el consentimiento

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

informado, puesto que dicha institución, como manifestación de la autonomía del paciente, tiene límites propios que serán expuestos más adelante.

Como se ha expuesto con anterioridad, un primer aspecto del derecho a la protección de la salud lo constituye la configuración legal de éste como un límite frente a determinadas injerencias de terceros que puedan afectarla, tanto de los poderes públicos como de los profesionales sanitarios.

Ahora bien, la oposición a los actos de injerencia sobre la autonomía de la voluntad del paciente no sólo encuentra fundamento en el derecho a la salud reconocido por el artículo 43 de la Constitución Española, sino también en el derecho a la vida y a la integridad física, protegidos por el artículo 15 de la Carta Magna.

A pesar de que ambos derechos guardan relación entre sí, son sustancialmente distintos, lo que explica, p. ej., el distinto nivel de protección constitucional que se les dispensa, derivado de su colocación sistemática en la Constitución Española. La diferencia resulta sustancial por cuanto que, mientras el derecho a la vida y a la integridad física constituye un derecho fundamental susceptible de protección a través del cauce específico de protección jurisdiccional de tales derechos y, agotada la vía judicial, a través del recurso de amparo, no sucede lo mismo con el derecho a la protección de la salud que, integrado sistemáticamente entre los principios rectores de la política social y económica, encuentra su nivel de protección en el artículo 53 de la Constitución Española, a cuyo tenor "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de precisar, por una parte, la relación existente entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a la protección de la salud o a que no se dañe a ésta, por otra. Así, por referirse a una de las últimas resoluciones en las que se ha servido de esta delimitación, la Sentencia de 14 de enero de 2002 recordaba que "el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida", siempre, naturalmente, debe añadirse ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, ha señalado el Alto Tribunal que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 de la Constitución, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tal sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma y, asimismo, recuerda el Tribunal que la calificación como inhumana o degradante de una pena depende de su forma de ejecución y de las modalidades que ésta revista, de manera que por su propia naturaleza la

pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena, criterios éstos que también ha aplicado el Tribunal Constitucional para la calificación de los tratos como inhumanos o degradantes, añadiendo que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que pueda considerarse como tal en razón de los medios utilizados también. En particular, no cabe descartar que el especial sufrimiento físico o moral que para una persona pueda tener la adopción de una medida de los poderes públicos, como podría ser el ingreso o el mantenimiento en prisión, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, tanto respecto de ella misma como de su entorno, determine que aquella medida pueda constituir una pena o un trato inhumano o degradante, o suponer una lesión del derecho fundamental a la integridad física o moral.

De lo anterior se sigue que, si bien no toda lesión del derecho a la protección de la salud supone la lesión del derecho a la vida y a la integridad física y moral, sí que puede afirmarse que las lesiones de estos derechos fundamentales suponen el grado superlativo de la lesión del derecho a la salud que permite al ciudadano oponerse con éxito a los actos del poder público que la lesionen o pongan en grave riesgo.

A tal efecto conviene precisar que el Tribunal Constitucional adelanta la protección del derecho al momento en que tales derechos son puestos en grave riesgo, sin requerirse una lesión efectiva y actual de los mismos. Importa destacarlo en la medida en que constituye doctrina constitucional consolidada que la demanda de amparo constitucional exige la existencia de una lesión efectiva, real y concreta a un derecho fundamental y no un hipotético daño potencial o previsiblemente futuro, ni la imputación abstracta y no materializada de la vulneración de un derecho constitucional.

No puede dejar de señalarse, para concluir esta exposición, que junto a esta sencilla constatación se está con la consagración del consentimiento informado como un derecho del paciente. Y aún más, como un derecho del paciente enfatizado doctrinalmente como directamente enraizado en el derecho a la libertad personal proclamado en las Constituciones y así concebido en términos casi absolutos, lo que viene, en opinión del autor, a desbordar los límites de su exigencia. Ante todo, de lo que se está tratando aquí es del derecho a la protección de la salud, cuya primera manifestación es el derecho a una buena asistencia sanitaria, y esto impone considerar que el derecho al consentimiento informado está establecido en beneficio de la salud del paciente, y no sólo de su libertad. No se puede prescindir de ninguno de estos principios.

Llegados a este punto, habrá que tener en cuenta que la práctica del consentimiento informado ha sido extraña a la cultura clínica, y los médicos la perciben

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

muy a menudo como una imposición del derecho. Y de esta observación surge inmediatamente una advertencia, y es que el derecho a la protección a la salud implica en las prestaciones sanitarias tomar conciencia del hecho de que la sanidad está cambiando hasta tal punto que se ha impuesto una modificación en la relación médico–paciente.

Es cierto que la medicina ha cambiado más en los 25 últimos años que en los 25 siglos anteriores y que hay sin duda una medicina más avanzada, unas prestaciones más amplias y unas reclamaciones más numerosas que quizá tengan que llevar al convencimiento de que el paciente quiere una relación distinta con el médico en la que participe más, que sea más humana, que además de los factores estrictamente clínicos tenga en cuenta los de relación y autonomía, que se le reconozca como dueño de la relación.

Desde el punto de vista del médico, la exigencia del consentimiento informado corre el riesgo de burocratizar la relación clínica y de no cumplir sus objetivos porque se minimice la información a cambio de conseguir la firma de un formulario, y porque desde el punto de vista del paciente se coarte su libertad por pensar que si no firma el formulario del consentimiento podría no ser atendido al no existir alternativas al tratamiento propuesto.

Nada más lejos de lo que debe ser un consentimiento informado correcto. Al menos en la práctica jurídica española, de lo que se trata es de asegurar la existencia del consentimiento considerándolo parte integrante de la *lex artis,* pero prohibiendo las llamadas "fórmulas ómnibus", en las que el paciente otorga carta blanca al cirujano para proceder a cualquier tipo de intervención. Ya se ha dicho que el consentimiento informado es un proceso, y se debe añadir que fundamentalmente es verbal. Su plasmación por escrito no supone más que constatarlo en un momento determinado, pero debe ser reflejo de toda la relación anterior. El consentimiento debe recogerse en un auténtico documento, no en un formulario; y el formulario no debe reducirse a una simple lista de riesgos que se leen mal y deprisa por el paciente y que descargan al médico de su auténtico deber de información. Se ha llegado a proponer por el magistrado del Tribunal Supremo español Martínez–Pereda que en el documento del consentimiento informado consten, aunque sea de forma muy somera, bien unos gráficos, bien unas notas manuscritas del médico con una síntesis de la información suministrada, con lo que quedará fuera de discusión que se ha cumplido el deber de informar.

Y el paciente debe saber que la falta de consentimiento para un determinado tratamiento no implica pura y simplemente que no se le vaya a tratar.

Como en el caso de determinados tratamientos asociados a la ortotanasia y a la adistanasia, se ha observado ya reiteradamente que la negativa no implica renuncia a cualquier tratamiento ni a un tratamiento alternativo que el interesado aceptaría, porque es casi seguro que el paciente quiere preservar su salud o en último extremo que no tiene ánimo suicida, que quiere quizá morir pero no matarse,

y que lo único que no consiente es aquella parte del tratamiento contraria a su libertad ideológica o a la forma en que él entiende su derecho a una vida digna. El problema se resuelve en estos tiempos dando prevalencia a la voluntad de la persona, lo que no significa reconocer un derecho de disposición de la propia vida, sino destacar el principio de autonomía y dignidad del hombre.

Un último apunte sugiere el artículo noveno del Convenio de Asturias relativo a los deseos expresados anteriormente, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno por el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, bajo el título de instrucciones previas, que el Tratado exige que sean tomados en consideración si el paciente no se encuentra en el momento de la intervención en situación de expresar su voluntad.

No se exige, por lo tanto, obediencia o respeto ciego a los deseos del paciente, pero tampoco se les desconoce y se les niega todo valor. Habrá que ponderar la seriedad del documento y su relación con las circunstancias del momento de la intervención, sin prescindir de la consulta a familiares o allegados, pues tanto éstas como el documento desvelarán la auténtica voluntad de su autor.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Acto médico

Gabriel Manuell Lee

...El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor,
comprensión, atención integral, esperanza.
Detrás de todo enfermo hay un ser humano angustiado y necesitado
que ha confiado al médico su don más preciado, su vida.
La respuesta a la solicitud del paciente requiere ciertas cualidades especiales,
disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza,
honradez profesional, conocimiento del hombre
y de la sociedad, una recia estructura moral y ética...
Dr. J. Tissnesh

El acelerado avance científico y tecnológico de la medicina y las nuevas modalidades en la práctica hacen necesaria una visión integral y holística. La determinación y ubicación precisa es una tarea mucho más complicada de lo que se supone o de lo que parece.

A pesar de lo trillado y discutido, el concepto de *acto médico* se encuentra todavía en proceso evolutivo, considerando los diversos factores del entorno, la temporalidad y los aspectos culturales y sociales en donde se realice dicho acto médico.

La interacción entre médico y paciente es, además de un encuentro personal entre iguales, un dilema y una conjunción de valores, creencias, arte y ciencia. Por ello es necesario plantear conceptos y definiciones que permitan otorgar el mismo valor y significado a cada uno de los temas, conceptos y situaciones por revisar.[1]

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

¿QUÉ ES ACTO MÉDICO?

Para trabajar conceptualmente sobre una base clara y firme, permítase al autor citar algunas consideraciones filosóficas. Aristóteles asocia en su pensamiento los conceptos de acto y actualidad con el de potencia.[2] En el diccionario de Ferrater Mora se considera esta asociación como un intento de explicar el movimiento como devenir.[1]

En la visión aristotélica, *el Acto*, *consecuencia de la acción,* entraña el resultado dinámico de la aplicación de una fuerza a una situación u objeto para su correspondiente modificación. De esta manera, la energía contenida en tal dinámica, vale decir, su potencia, generará o inducirá el cambio que desea el actor, siempre y cuando sea factible o se lo permita la resistencia del objeto que sufre la acción.

Puede estimarse simplemente **el cambio;** es, y en rigor se trata de: **el paso de un estado de potencia o potencialidad a uno de acto o de *actualidad*.** Dicho de esta manera, el cambio puede ser definido como actualizar o contemporizar lo que potencialmente existe a través del acto. Y dicho de otra manera, el ser pasa de ***la potencia de ser algo al acto de serlo o constituirlo***.

También puede expresarse que **el acto es lo que hace ser a lo que es**. Es decir, **el ACTO es la acción que resulta de esta actualización mientras que la potencia es lo que está pero aún no ha sido actualizado.** Aristóteles a modo de ejemplo señalaba: "un niño no es potencialmente una vaca sino potencialmente un hombre. Si no lo fuera, seguiría siendo siempre un niño, nunca se actualizaría. El hombre es, así, la actualidad del niño".[3] En suma: la vida así como la salud y la enfermedad son cambios de potencia a actualizaciones. Así lo refiere casi literalmente el Dr. Alberto Perales Cabrera, distinguido médico y académico colombiano.

Históricamente se ha reconocido que el acto médico incluye **una acción en beneficio o búsqueda de provocar un bien;** en esta acción, el médico enfoca su acción o actuar hacia una persona que necesita su ayuda o la solicita, por lo regular para preservar la vida y la salud. Tomando como referencia esta visión podría concluirse que en todo acto médico ha de apreciarse, además de la actividad en sí, el hecho de que se actualizan las potencias del paciente, lo que redundará en efectos *per se* curativos o, cuando menos, en el alivio de su padecer.

---

[1] Ferrater Mora J: *Diccionario de filosofía.* Tomos I y II. 5ª ed., 2ª reimpr. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1971. Menciona que: "Desde un punto de vista muy general la definición equivale a la delimitación (de–terminatio de–finitio), esto es, a la indicación de los fines o límites (conceptuales) de un ente con respecto a los demás."

[2] Aristóteles: *Obras completas.* Madrid, Ediciones Aguilar, 1964.

[3] Aristóteles: *Op. cit.*

El acto médico es el vehículo de autenticidad y el puente de unión que une al que busca alivio con quien promete o actúa a fin de ayudarlo. A nuestro leal saber, el acto será correcto si existe un apego a referentes, los cuales pueden ser científicos, técnicos, éticos y lógicamente coherentes con las necesidades de los pacientes y su situación en particular. Asimismo, al final la relación terapéutica será buena (como estimación ética) si además del resultado el actuar va de acuerdo con los valores del enfermo en su consecución de la salud o la integridad personal.

La medicina es una profesión de servicio y quien ingresa a sus filas asume la obligación de comportarse de acuerdo con sus ideales. El respeto ante la vida y la persona humana es la esencia espiritual de esos ideales y mantiene su legítima vigencia, cada día y como auténtico tributo del apego a la ciencia, a la cultura y a la civilización.

En numerosas referencias se ha mencionado que la relación médico–paciente es la base del acto médico, sobre todo si se caracteriza por la adecuada empatía, comunicación humana y apego a valores y estándares. La mayor potencia recuperadora de la salud se aprecia en el hecho de la existencia de una respuesta inespecífica. Se ha señalado que la sola presencia de una buena relación médico–paciente **explica 50% de los éxitos terapéuticos clínicos.**[4]

Resulta obvio que para que el acto médico ofrezca resultados en beneficio del paciente se requieren ciertas condiciones; entre ellas puede mencionarse que el médico disponga de libertad de acción, traducida ésta como **libertad prescriptiva,** además de conocimientos, habilidades y destrezas, que afinadas con el tiempo en experticia y diligencia, permitan su actuar acorde a la situación en particular. Además, están el factor tiempo y la ubicación, ambas situaciones indispensables para el logro del actuar médico.

El tiempo que los médicos destinan a la atención de los pacientes representa una variable muy importante para asegurar una atención adecuada. Mucho se ha escrito respecto del corto tiempo que los sistemas de salud permiten en el contacto médico–paciente; diversos estudios permiten apreciar este hecho de reducciones de tiempo efectivo de las consultas médicas, toda vez que existen grandes presiones para incrementar la productividad. No es raro el médico que reconoce las presiones institucionales para aumentar el número de consultas por día.

No se debe olvidar que el acto médico se concreta en la relación médico–paciente, que es una forma especial de relación entre personas; por lo general, una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien tiene la capacidad de orientar y sanar de acuerdo con sus capacidades y el tipo de enfermedad que el paciente presente. En este sentido, si el tiempo no permite establecer un contacto empático y conseguir la confianza y la comunicación efectiva, mucho más difícil será para el paciente tomar una decisión y apoyar

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[4] Wolpe J: *The practice of behavior therapy.* Nueva York, Pergamon Press Inc., 1973.

la sugerencia del profesional de la medicina y finalmente percibir, sentir y beneficiarse del actuar médico.

Es un hecho que la reducción del tiempo produce efectos negativos en la relación médico–paciente. "Una encuesta realizada entre los enfermos luego de salir de su consulta médica demostró que 50% de ellos afirmaba no haber entendido lo que su doctor les había dicho o qué esperaba que hicieran ellos como pacientes." Una hipótesis lógica es que al ofrecer más tiempo a los pacientes y manejar mejor la relación emocional, tales agentes generan un grado mayor de satisfacción por la atención médica recibida.[5]

Independientemente de ello, el médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico) actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado directo y personal para aplicar acciones a fin de curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.[6]

Otro aspecto importante que será abordado con detalle en los siguientes capítulos de este libro es lo referente al régimen jurídico del acto médico y por ende en su tetralogía clásica: obligación–cumplimiento–culpa–responsabilidad del profesional médico.

Cada vez más la medicina va adquiriendo un mayor perfeccionamiento técnico, suficiente para ofrecer grandes posibilidades diagnósticas y asistenciales, con lo cual surge necesariamente una responsabilidad profesional más rigurosa.[7]

Es de todos conocido que una de las profesiones más reguladas y reglamentadas es la medicina y es, a la vez, la más difícil de ejercer desde el punto de vista legal, pues su ejercicio está expuesto a la valoración social con base en los resultados. Esta asociación con la ley es, además, una de las más antiguas que existen entre profesiones; baste tan sólo recordar diversos pasajes de la historia de la medicina, el Código de Hammurabi, rey de Babilonia (1739–1685 a.C.), donde se recogían aspectos de responsabilidad médica, y el Protomedicato en la Nueva España, entre otros.

Mucho se ha señalado respecto a que el ejercicio de la profesión médica exige la observancia no sólo de las disposiciones de carácter general de su actividad, sino que debe cumplir un conjunto de normas jurídicas, técnicas y metodológicas de carácter específico del ejercicio de la medicina.

Además, el médico, en su forma de aplicar la ciencia médica como un arte, asume no sólo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad legal. Por ello, ejercer un acto médico inadecuado y sin

---

5 Palacios Boix A: *Rev Mex Reumat* 2002;17(2):157–160.
6 Guzmán Mora F: *Revista Colombiana* 2004:30.
7 Barreiro Ramos H: *Rev Cubana Med Gen Integr* 2005;21(1–2).

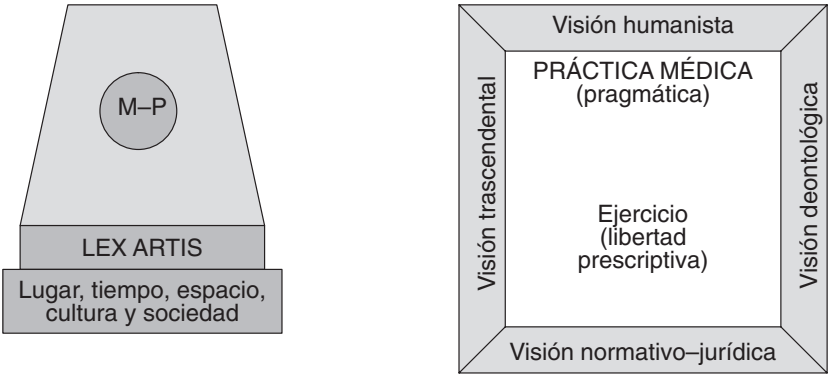

Figura 3–1.

apego a los ya referidos estándares científicos, éticos y normativos trae consigo una mala práctica, pudiendo llegar a constituir una responsabilidad jurídica.

Por todo ello, la evaluación y análisis del acto médico como tal debe verse en su amplio contexto; es una relación médico–paciente, sí, pero en el marco de un sistema de salud que abarca tanto el ámbito público como el privado, en el que se opera con reglas y normativas claras. Esta situación se da conforme a un modo, un tiempo, un lugar y en un ambiente cultural y social; es decir, es necesario considerar estos factores con la aplicación de la *lex artis* médica (medicina científica documentada).

El análisis debe hacerse en su amplio contexto, considerando el conocimiento científico, tomando en cuenta la libertad prescriptiva y aquellos factores que son inherentes a la misma, los principios básicos, reconocidos como rectores de la práctica médica: *primum non nocere* (primero no hacer daño), hacer el bien, obtener el permiso debido (autonomía), asegurar una visión humanista y considerar los aspectos deontológicos del deber ser, de acuerdo con el contexto y cumplimiento normativo jurídico, y todo conforme al modo, tiempo y lugar.

En la figura 3–1 se ilustran los diversos parámetros que inciden en el acto médico y se refieren, por lo tanto, a los aspectos de necesaria evaluación.

Diversos estudios reportan que, en promedio, 4% de las atenciones presentan irregularidades debidas a eventos adversos y de éstas, 1% son atribuibles a la *mala praxis*.[8] Se menciona la mala praxis porque en este concepto se incluye la negligencia: "Sabía hacerlo pero no tuvo cuidado y no lo hizo bien", la impericia: "No sabía hacerlo y lo hizo", y finalmente el dolo, es decir, el "engaño".

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[8] Brennan T, Leape L, Laird N *et al.:* Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients. *N Engl J Med* 1991;324:370–376.

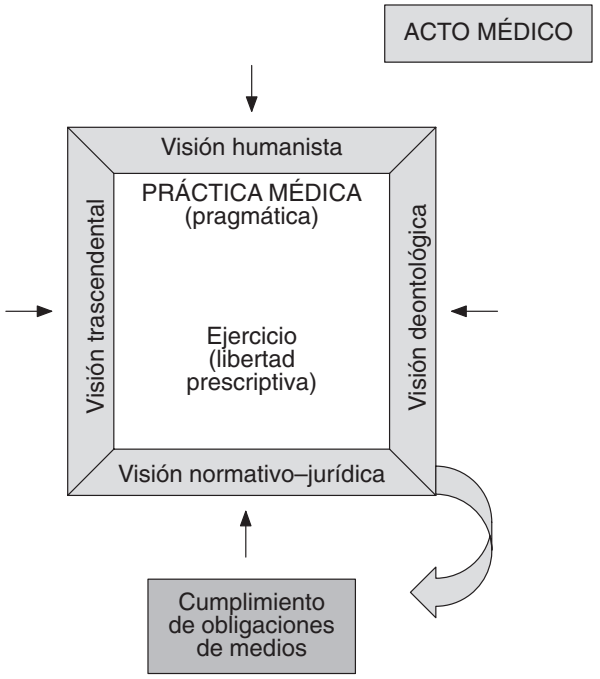

Figura 3–2.

La mala praxis debe ser ubicada claramente, pues no todo evento adverso termina en una queja, ni toda queja médica se debe a la presencia de algún evento adverso a título de condición eficiente o asociada a una mala práctica.

Conforme a series de expedientes médicos evaluados, se demuestra su existencia solamente en 26% de los casos en que el paciente percibe y siente que hubo una mala práctica y se queja. Hay muchas malas prácticas en las que no se inconforma el paciente, así como muchos errores del sistema que no ocasionan ningún evento adverso; es decir, una mala práctica no siempre se asocia con un evento adverso y no todo evento adverso se asocia con un error médico.

Por ello, para analizar la actuación médica y determinar si existen elementos de error médico o no, es imprescindible un proceso de revisión a la luz del cumplimiento de obligaciones de las partes, es decir, lo que le toca a la autoridad del establecimiento, al establecimiento mismo y al profesional de la medicina.

Esto lleva a señalar que en cada hipótesis es imprescindible apreciar de qué manera se aplicó la *lex artis medica ad hoc*,[9] conforme al modo, tiempo y lugar.

Es por ello necesario un enfoque deontológico y normativo y evaluar qué tanto esta mala práctica es debida a la actuación del profesional o está asociada al sistema de salud. No se puede evaluar simplemente por resultados, pues por regla

general no es de resultados la obligación del profesional; además, puede haber una buena práctica con resultados indeseables o bien una respuesta propia del individuo, porque la variabilidad biológica no queda escrita en ningún lado.

El evento adverso debe analizarse también con la debida ponderación de los riesgos inherentes en todo procedimiento, accidentes que al estar reportados en la literatura médica integran un índice estadístico de posibilidad para su presentación; empero, también es importante aceptar que se puede incurrir en un delito culposo o imprudencial y ocasionar un daño. Por ello es necesario ponderar siempre las características del profesional, sus conocimientos y la ubicación del acto médico reclamado o revisado.

Resulta, pues, relevante revisar ***integralmente el acto médico***, conforme a las obligaciones de medios, especialidad y pericia del médico que lo realiza, por ejemplo, no se puede evaluar igual el acto médico efectuado por un médico general o por un cirujano frente a un mismo padecimiento. Ambos pueden aplicar la *lex artis*, pero conforme a su pericia las cargas de obligaciones son diferentes; además del modo, tiempo y lugar.

Pero, además, este daño a veces no es producido directamente por el personal, sino por conductas repetitivas, procesos, procedimientos, rutinas, inobservancia de la norma total o incumplimiento de las mismas.

El carácter humanista del profesional de la salud es el resultado de un proceso que debe desarrollarse a todo lo largo de su formación, por lo que es necesario un pensamiento axiológico que le permita comprender la base ideológica de su actuación en su entorno laboral a la luz de las exigencias de la época.

Para tomar decisiones frente a los dilemas éticos es preciso contar con una teoría basada en principios, modelos y valores que proporcionen una adecuada metodología sobre la cual, el profesional de la salud puede regular su actuación.

Sólo bajo un condicionamiento axiológico es posible comprender cabalmente la relación médico–paciente. Su creciente complejidad está determinada por el propio desarrollo de las Ciencias Médicas y esto exige un pensamiento valorativo permanente.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

---

9 La *lex artis*, regla técnica de actuación de una profesión, se emplea para referirse a la apreciación de la labor desarrollada por un profesional de modo que se logre determinar si la misma es correcta o no. Se aplica a las actividades profesionales y se refiere a dos aspectos importantes de ésta: la diligencia desplegada por el autor y el resultado producido. Es aplicable a aquellas profesiones en las que es necesario actuar empleando una técnica a través de la que se obtendrán los resultados de dicha labor, es decir para aquellas actividades experimentales o científicas donde a través de la técnica se obtienen resultados apreciables materialmente. Así se ha dicho que 'la *lex* se aplica para la medición/corrección de la obra o el resultado ejecutado/obtenido por un profesional'. Martínez–Calcerrada, L., *Derecho Médico*, Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p.187.

Es evidente que la medicina está bajo fuertes presiones de toda índole: científicas, económicas, sociales y políticas. Muchas son ocasionadas por el éxito de la medicina y no por sus fallas: el enorme aumento de enfermedades crónicas es un tributo indirecto a la capacidad de la medicina para mantener saludables a aquellos que, en otros tiempos, debieran haber muerto.

Es indispensable mantener y recuperar la confianza del público en los médicos, toda vez que la profesión ha de continuar resolviendo las tensiones del desequilibrio entre la cobertura y la calidad, y así también los inherentes a la oferta disponible de servicios. Es un hecho real que no se puede recuperar esa confianza sólo a través de la propia profesión y sus medidas de autorregulación, ya sea de actualización continua o de procesos de certificación; ni tampoco recuperarla a través de asegurar la aplicación de medidas regulatorias extremas. Debemos entonces reconocer que para lograrlo se requiere de un gran pacto social, explícito y claro para todos.

La historia reconoce a Paracelso como un *"iconoclasta"*, hombre que rompió viejos paradigmas, desbarató dogmas y abrió la puerta para la medicina moderna al indicar los nuevos caminos que tantas ideas preconcebidas no lo permitían ver. Es por esto que lo he querido recordar, porque nuestra época requiere de hombres que tengan valor para señalar la necesidad de cambiar, que no vacilen en indicar los errores presentes y se aventuren a señalar el camino correcto para el futuro.

La medicina persistirá como profesión en la medida en que el conocimiento médico especializado sea conservado y puesto en práctica para beneficio de la humanidad, de manera responsable y de acuerdo con las necesidades actuales de las sociedades, conservando estándares y respetando normas para su ejercicio, que garanticen la calidad y la reproductibilidad de los resultados, sustentados por evidencias clínicas y reconocidos y aceptados por la comunidad médica experta.

Por lo tanto, se requiere ubicar el acto médico en su contexto histórico y social para poder entenderlo. El paradigma del posmodernismo nos da, con su enfoque, una herramienta valiosa con la cual podemos comprender mejor a la comunidad en la que se sirve, y permite encausarnos a la toma de estrategias o programas pertinentes, que nos faculten a alcanzar la imagen–objetivo en la "función del médico como educador".

También es importante señalar que el médico de esta nueva época debe distinguirse por sus virtudes personales, depender menos de los procedimientos y acogerse a normas estrictas de ética y de conducta, para recuperar el respeto de la sociedad. Debe ser culto, elegante en el pensamiento y en la actitud y pulcro en todo sentido. Nunca debe olvidar que la razón de ser de nuestra profesión es el paciente, que la medicina exige entrega y sacrificio y que para ejercerla es necesario entenderla y amarla.

Roberto Ezquerra, distinguido médico afirmaba: "sueño con un médico para el nuevo milenio con gran capacidad de examinar y diagnosticar, de relacionarse

con su paciente y de conocerlo profundamente para poder buscar su bienestar. Con una concepción integral, "holística", del hombre y para el hombre, más universal y más humano, con conocimientos de economía y de administración, con amplio dominio del mundo de la informática y de los computadores y una especial aptitud para juzgar el inmenso caudal de información que tendrá a mano".

De esta manera, ese médico podrá, junto con su paciente, decidir y seleccionar con prudencia, libertad y racionalidad, los mejores y consentidos procedimientos diagnósticos y terapéuticos que estén a su alcance y de esta manera legitimar su participación en el acto médico.

Decía Diderot: *"Se me debe exigir que busque la verdad, pero no que la encuentre."*

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

El acto médico y el derecho sanitario

Octavio Casa Madrid Mata

Éstos son los preceptos del derecho:
vivir honestamente, no ofender a otro,
dar a cada uno lo suyo.
Ulpiano

Y todo empezó en un acto médico...

En los relatos bíblicos se refiere la creación del hombre,[10] en ellos se observan algunos ejemplos de acto médico.

Así se refiere que Adán es polvo insuflado de vida[11] y el ***Pantocrátor***, es decir, el ***Todopoderoso,*** otorgó al primer hombre el soplo divino.

Pero hay otros citables y es en la Biblia donde se hace famosa "la costilla" de Adán;[12] fue extraída para dar origen a una nueva vida. La anterior es igualmente una estampa del derecho sanitario; se trataría de una especie de ejercicio del derecho a la disposición del cuerpo humano. Quien esto escribe no podría establecer si se trató de un acto de trasplante, clonación o algo parecido; sin embargo, algo sucedió por ahí.

[10] Génesis1:26: "Y dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza". *La Biblia* (versión Reina–Valera de 1909).
[11] Génesis 3:19: "...pues polvo eres, y al polvo serás tornado".
[12] Génesis 2:21: "Entonces el Señor Dios hizo caer un profundo sueño sobre el hombre, el cual se durmió. Y le quitó una de las costillas, rellenando el vacío con carne." 2:22 De la costilla que el Señor Dios había tomado del hombre formó una mujer y la llevó ante el hombre.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En el imaginario cristiano, la idea del trasplante está presente en el milagro de los santos Cosme y Damián.[13] Esos santos reemplazan la pierna de un paciente con cáncer por la pierna de una persona fallecida. Es decir, la idea de acto médico ha estado presente desde siempre.

El tema a examen reviste enorme interés práctico y se inscribe en el estudio de la teoría general del derecho y la ley de causalidad jurídica que puede expresarse siguiendo a Fritz Schreier de la siguiente manera: toda consecuencia jurídica hállase condicionada por determinados supuestos.[14]

En ese contexto, de la naturaleza jurídica del acto médico dependerá su tratamiento en la legislación positiva y, en consecuencia, la atribución de derechos y obligaciones a los elementos personales de la relación jurídica médico–paciente.

Debe recordarse: el derecho opera mediante ficciones, es decir, construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos.

Es decir, la ficción es un supuesto del que parte el legislador para atribuir derechos y obligaciones.

Siguiendo a Federico Jorge Gaxiola Moraila,[15] puede señalarse que la ficción en derecho tiene los siguientes propósitos:

- Servir a las instituciones establecidas.
- Introducir instituciones nuevas.
- Salvar el espíritu y forma de la norma.
- Favorecer la brevedad.
- Facilitar la atribución de consecuencias jurídicas.

Lo anterior se ilustra en la figura 4–1.

En esos términos es que se habla de un enlace jurídico normativo; esto es, primero, existe un supuesto o hipótesis y en el momento de actualizarse, se da lugar a deberes. Es en esta hipótesis donde se podrá hablar del cumplimiento forzado

---

[13] Según la tradición, son hermanos gemelos, nacidos en Arabia; estudiaron las ciencias en Siria y llegaron a distinguirse como médicos. No aceptaban ninguna paga por sus servicios y, así, se les llamó *anárgiros* (enemigos del dinero). Se dice que para atender a un enfermo de gangrena, debieron amputar la pierna del paciente y ulteriormente trasplantaron al enfermo la pierna de un criado negro, o de un "moro" según otra versión, que acababa de fallecer.

[14] Trátase de la ley de causalidad jurídica, que en otro enunciado puede expresarse así: *no hay consecuencias jurídicas sin supuestos de derecho. Conceptos y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica*. Buenos Aires, Losada, 1912.

[15] *Diccionario jurídico mexicano.* Tomo II. México, D. F., Editorial Porrúa, 1997:1441.

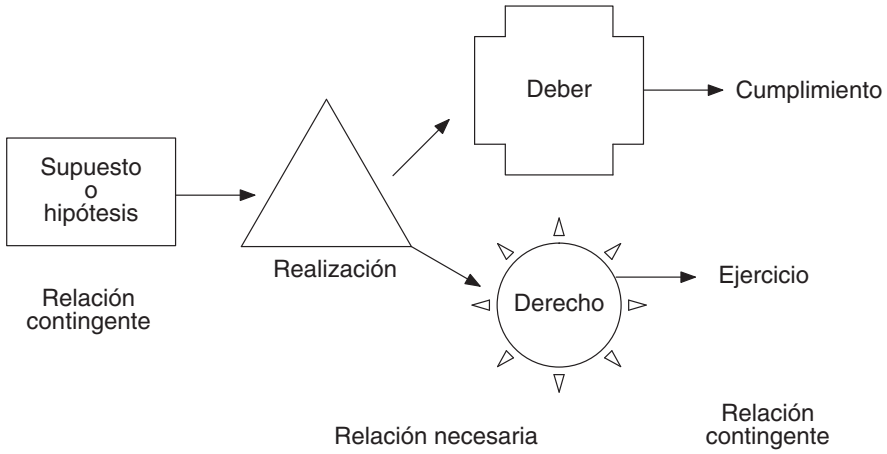

Figura 4–1. Enlace jurídico normativo.

o de un derecho que, a su vez, supone su ejercicio. Es decir, todo en lo jurídico se reduce a derechos y obligaciones.

Merced a lo anterior, los hechos jurídicos pueden dar lugar a la creación, modificación o extinción de deberes y facultades, y entonces existen distintas clasificaciones de los hechos jurídicos.

En particular es sugerente la teoría italiana, especialmente en términos de la magistral exposición de Francesco Carnelutti, si bien el derecho positivo mexicano ha empleado la clasificación francesa.

CLASIFICACIÓN DE CARNELUTTI

a. Naturales o casuales.
b. Humanos o voluntarios.
c. Actos jurídicos.

Hechos jurídicos

1. Lícitos.
2. Actos jurídicos en sentido estricto.
3. Actos ilícitos

Así, dentro de la clasificación establecida por Francesco Carnelutti,[16] dentro del hecho jurídico se observan hechos naturales o casuales. Dentro de ellos se encuentran *nacer y morir* y traen aparejadas consecuencias de derecho.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

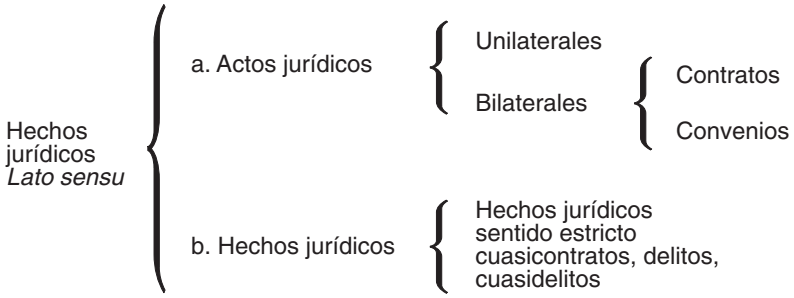

Figura 4–2. Clasificación francesa.

También, existen hechos humanos o voluntarios y entre ellos el acto jurídico, que a su vez incluye los actos lícitos, el acto jurídico en sentido estricto y los actos ilícitos.

La clasificación francesa, a la que podría calificarse de apretada, habla del hecho jurídico en sentido amplio y del acto jurídico que a su vez puede ser unilateral o bilateral: los contratos y los convenios estarían dentro de los actos jurídicos bilaterales.

Aquí es necesario señalar: ***el acto médico es un acto jurídico****; sin embargo, gracias a la interpretación decimonónica se ha pretendido encerrarlo en la apretada camisa de fuerza del contrato.*

Se observa un error recurrente, se olvida la existencia de los actos unilaterales; la codificación civil mexicana tiene una serie de remiendos y ello ha generado reiterados problemas interpretativos en cuanto al acto médico.

No es de extrañar que los temas del derecho sanitario abordados por antonomasia (contratación, consentimiento y responsabilidad) hayan sido tratados en el horizonte limitado de las reglas civilistas clásicas, las cuales hace mucho tiempo que han sido desbordadas por la realidad médica y, por ende, en el ámbito del derecho sanitario. Incluso, la misma evolución de la doctrina va llevando de la mano a la historia del problema interpretativo general.

Por su parte, la definición de acto médico podría catalogarse más bien de tardía y no tiene su origen en una connotación del derecho sanitario, sino que es de origen penalístico. Quizá la definición clásica de tratamiento médico se deba a Carlos Stoss (1898); a su entender, el tratamiento médico se define en los términos siguientes: *La acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo.*

---

16 Carnelutti F: *Sistema de derecho procesal civil.* Tomo I. Irapuato, Editorial Orlando Cárdenas V.: 68 y ss. *Cfr. Teoría general del derecho.* 1ª ed. en español. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. Así también García Máynez E: *Introducción al estudio del derecho.* México, Editorial Porrúa, 1998:180 y ss.

Habrá de observarse que el autor de mérito y en general los tratadistas que en seguida se citarán hablan de tratamiento y no de acto médico. Ello tiene su origen en las limitadas necesidades advertidas en el pasado; es decir, solamente en la actividad sancionadora del Estado respecto de los delitos contra la vida y la integridad física. Así, otro de los clásicos, Filippo Grispigni,[17] define el tratamiento médico–quirúrgico en los términos siguientes: *Aquella modificación del organismo ejecutada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física y psíquica de la persona o la belleza de la misma.*

Esta definición tiene el mérito de intercalar dentro del acto médico los actos inherentes a la presencia estética, criterio aceptado hasta nuestros días en el derecho sanitario mexicano.

Para Alberto Crespi,[18] el tratamiento médico–quirúrgico es, propiamente, *una acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo*.

Otro de los clásicos, Luis Jiménez de Asúa,[19] expresa la actividad curativa: *Es 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*.

Carlos María Romeo Casabona,[20] por su parte, al hablar del tratamiento médico–quirúrgico se refiere a la actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar —directa o indirectamente— la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona.

Por su parte, Juan Antonio Gisbert Calabuig[21] expresa: acto médico es cualquier actividad de investigación, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación de la salud o de la enfermedad de la persona o de ambas.

José Caballero,[22] quien igualmente se aproximó al tema, se refiere al acto médico a título de un conjunto de acciones que recibe el usuario o paciente en los servicios de salud, las cuales tienen como objeto la recuperación del paciente y son realizadas por un profesional de la salud.

Si bien típicamente lo realiza el médico, también puede ser realizado por otro tipo de profesional de la salud, llámese odontólogo, obstetra, enfermera, técnico, etc.

---

17 Grispigni F: *Derecho penal italiano.* Buenos Aires, Depalma, 1948.

18 Crespi A: *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto.* Palermo, Ed. G. Priulla, 1955.

19 En su tratado de derecho penal y asimismo en La l*ey y el delito*.

20 *El médico y el derecho penal.* Tomo I: La actividad curativa. Barcelona, Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981.

21 Gisbert Calabuig JA: *Medicina legal y toxicología.* Barcelona, Masson.

22 Memorias del Seminario Nacional Acto Médico. Perú, 1998. http://www.minsa.gob.pe/publicaciones/pdf/actomedico.pdf.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Habrá de observarse que si bien habla de objeto, en puridad debió hablar de la *finalidad del acto;* en efecto, es de explorado conocimiento que la medicina es una ciencia rigurosa, pero no exacta, y merced a ello no siempre es posible curar.

Otros de los autores que a últimas fechas se han referido al tema, Fernando Guzmán Mora y Eduardo Franco Delgadillo,[23] dicen que el acto médico *es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como "objeto" la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un "sujeto de derechos", por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos*.

En consonancia, la definición clásica de acto jurídico, la que priva en este medio, es original de Rafael Rojina Villegas,[24] quien señala: es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Podrá observarse que ninguna de las definiciones anteriores pugna con lo anterior; dicho en otros términos: el acto médico queda inscrito dentro del acto jurídico.

No se han de abordar pormenorizadamente, dado el espacio reservado a esta presentación, los elementos del acto jurídico; sin embargo, valga señalar que esto supone un sinnúmero de problemas especiales en cuanto al acto médico se refiere. En esos términos y de manera general, puede decirse que en todo acto médico lícito deberán existir una voluntad y un objeto reconocidos por el derecho en tanto elementos de existencia, y así también, en tanto elementos de validez, será necesaria la licitud en el objeto, motivo o fin; será imprescindible la voluntad formalmente válida, que exista una voluntad sin vicios del consentimiento y así también capacidad en el autor del acto.

Señala Enrique Varsi Rospigliosi:[25] *La teoría del acto médico tiene todo un planteamiento orgánico en el derecho comparado, es desarrollada en el sentido de que el acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica, entendiéndose por tales actos el diagnóstico, la terapéutica y el pronóstico que realiza el médico*.

Sin duda, la referencia jurídica general para explicar el acto médico en tanto acto jurídico está inmersa en la teoría general del negocio jurídico, especialmente para la contratación de servicios y para el consentimiento bajo información. Sin embargo, no será ocioso insistir en que no es lo mismo el acto médico *in genere* que la contratación de servicios médicos (rubro ampliamente abordado por el derecho civil y que sólo tangencialmente es del derecho sanitario).

---

[23] Guzmán F, Franco E, Morales MC, Mendoza J: El acto médico. Implicaciones éticas y legales. *Acta Méd Col* 1994;19:139–149.

[24] Rojina Villegas R: *Compendio de Derecho Civil.* Tomo I. México, Porrúa,

[25] *Derecho médico peruano.* Universidad de Lima, 2001.

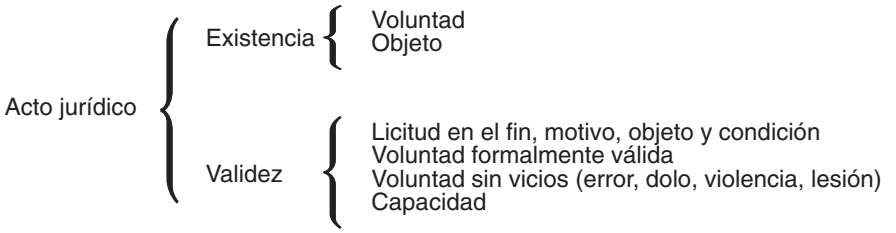

Figura 4–3. Elementos del acto jurídico.

Ataz López,[26] por su parte, uno de los tratadistas más calificados en el derecho sanitario, refiere que la actividad médica es: *"el conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales"*.

Aprecia que *"acto médico"* en sentido estricto *es aquél que sólo puede legítimamente ser realizado por el profesional con título adecuado para ello, y que tales actos... son aquéllos que recaen sobre el cuerpo humano vivo o muerto, y que tienen una finalidad curativa que puede ser directa o indirecta*.

El acto médico, tradicionalmente y por antonomasia, está ligado a la calidad del profesional que lo realiza (en esos términos, apunta el principio de *idoneidad* del profesional de la salud). El autor aborda, asimismo, un aspecto importante: si el acto de necropsia es un acto médico. Para el autor citado, la excepción al requisito de la finalidad curativa podría ser el supuesto de *necropsia,* la cual es ampliamente compartida por quien les habla, al tenor de la legislación nacional.

La delicada y necesaria caracterización jurídica del acto médico debió ser abordada por el derecho positivo mexicano; en esos términos, en el anteproyecto del reglamento general de atención médica de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció la siguiente definición:

> Toda clase de examen, intervención, tratamiento e investigación de un paciente o razonamiento clínico, con fines de protección a la salud e incluye actos de prevención, diagnóstico, prescripción, recomendación terapéutica y rehabilitación, llevados a cabo por personal de salud o bajo su responsabilidad. En razón de lo anterior, no se considerará, por su naturaleza, acto mercantil.

En la siguiente parte se abordará la clasificación jurídica del acto médico y el delicado problema de su naturaleza, y así también se referirá a su necesaria diferen-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[26] Ataz López J: *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, Montecorvo, 1985.

- Directo
- Documental
- Acto médico pericial
- Acto médico epidemiológico
  (sanitario en sentido estricto)

Figura 4–4. Clasificación del acto médico.

ciación con el acto mercantil y el acto administrativo (que han sido motivo de confusión no sólo en México, sino en la legislación comparada).

Es imprescindible caracterizar los tipos enunciados; en efecto, gracias a la confusión prevalente en el medio mexicano es que se ha supuesto al acto médico violatorio de derechos humanos.

En esos términos, solamente habría tal posibilidad en el acto médico epidemiológico, pues si bien lo es del derecho sanitario, también entraña (según se observa) un acto administrativo; supone el ejercicio de poder y supone asimismo el ejercicio de atribuciones, de control y vigilancia sanitarios, y sólo ahí podría haber una serie de hipótesis inexistentes en el acto médico directo o en el acto médico documental.

Merced a lo anterior, al tratarse, p. ej., de un acto de negativa de servicios básicos dentro de un programa público, sí podría hablarse de transgresión a los derechos de humanidad en razón de discriminación; sin embargo, *esto no sucede con el acto médico directo o cuando se trata del acto documental*.

En el acto médico directo, mediante la intervención médica, *se trata de obtener la curación o el alivio del enfermo*.

Los actos médicos directos, a su vez, pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

El acto médico documental, por su parte, es en realidad complementario del anterior y su importancia legal estriba en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso.

El acto médico pericial es, en rigor, *un acto médico procesal* en virtud del cual el profesional de la salud o las instituciones especializadas (CONAMED, entre ellas) ilustran, mediante su opinión sustentada, a los órganos administrativos o judiciales respecto de uno o varios aspectos de la medicina. Entraña una función médico forense y entre éstos se incluye a la necropsia.

El acto médico epidemiológico o sanitario en sentido estricto es el realizado por el personal de salud en apoyo a la acción del Estado para proteger la salud pública, especialmente en asuntos materia de salubridad general de la República e incluye los actos de política pública sanitaria, el acto epidemiológico en sentido estricto (vacunación, etc.), los actos de policía sanitaria (regulación, control y vigilancia sanitarios), la imposición de medidas de seguridad y, de igual suerte, la imposición de sanciones administrativas.

- La profesionalidad
- La ejecución típica estandarizada
- El tener por finalidad la protección de la salud
- La licitud
- La no formalidad

Figura 4–5. Características principales del acto médico.

En cuanto a la no formalidad, esta característica es de especial importancia e interés en la contratación de servicios; sin embargo, dado el espacio asignado a este capítulo, no se ha de abordar el tema *in extenso;* empero, en razón de su importancia, se glosa a título de referencia necesaria en el cuadro que se ilustra, siguiendo a Gisbert Calabuig.

Alejandro Aguinaga Recuenco,[27] por su parte, ha señalado que las características del acto médico son las siguientes:

- Idoneidad.
- Competencias exigibles.
- Acuerdo entre actores sociales (supone la anuencia del paciente y la voluntad del médico).
- Está sujeta a estándares.
- Su actuación es formalizada (en términos de protocolos, algoritmos y guías clínicas).
- Está sujeta a formalidad intangible (en efecto, no todas las reglas de *lex artis ad hoc* están señaladas por escrito; sin embargo, son parte del uso y costumbre médicos generalmente aceptados).

Los anteriores referentes llevan a la necesidad de abordar la *lex artis ad hoc,* la cual podría ser definida como sigue:[28]

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

Se habla de estándares y los mismos se encuentran en la *lex artis ad hoc;* en tal sentido, el acto médico en general es un acto estandarizado, es un acto reglado,

[27] Memorias del Seminario Nacional Acto Médico. Perú 1998. http://www.minsa.gob.pe/publicaciones/pdf/actomedico.pdf.

[28] Se sigue aquí el autorizado criterio del magistrado español Luis Martínez Calcerrada, que es el referente internacional en la materia.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Bilateral
- Consensuado
- Oneroso
- Conmutativo
- Personal
- Continuado
- Informal
- Contrato de medios

Juan Antonio Gisbert Calabug

Figura 4–6. Características del contrato de atención médica.

es un acto que se refiere a la buena fe y para esto se habla de una autorregulación que es facultad del personal médico en general.

Sobre el particular resulta de interés recordar un célebre pronunciamiento de la Organización Médica Colegial Española, emitido en Madrid durante octubre de 1987 y que establece a la letra: *"paralelamente al derecho a la autonomía profesional, la profesión médica tiene una responsabilidad permanente de autorregulación y no obstante la existencia de otros reglamentos aplicables a los médicos, la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales del médico".* El acto médico está sujeto a una serie de modalidades, que son las siguientes:

- Fines específicos.
- Necesidad del paciente (se ha dicho que es la gran legitimadora de la actuación profesional).
- Tiempo del acto médico.
- Referencias de modo.
- Referencias de lugar.

Las anteriores modalidades, en cada atención médica, orientan las llamadas "marcas de contexto" más importantes en la relación jurídica médico–paciente y de hecho esto caracteriza el régimen jurídico especialísimo. Es decir, el régimen jurídico del acto médico estará caracterizado *para cada caso en lo particular;* así se ha dicho que no hay enfermedades, sino enfermos.

En efecto, los distintos algoritmos y protocolos de atención habrán de ser referenciados a cada atención en lo particular.

Estas *marcas de contexto* son las que delimitan no solamente al acto médico en general, sino al régimen jurídico en lo particular. Empero, el acto médico se está volviendo muy complejo y entonces se habla de que interviene una serie de actores, un gran escenario donde está comprendido, además del profesional de la medicina, el equipo, las HMO, las administraciones sanitarias, etc.

Los llamados problemas de tráfico se refieren a dilucidar las obligaciones y, en su caso, responsabilidades de cada uno de los elementos del equipo de salud,

Complejidad del acto médico

Por actos de un profesional
Por actos de pluriparticipación
Lo anterior orienta la necesidad de resolver, invariablemente, problemas de tráfico

Puede darse en distinta forma:
Participación conjunta o común
Participación concurrente o acumulativa
Participación disyunta o alternativa

Complejidad del acto médico

Actos del profesional
Actos del responsable
Actos del jefe del equipo
Actos del establecimiento
Actos de empresas o contratantes
Lo anterior orienta la necesidad de resolver, invariablemente, problemas de tráfico

Puede darse en distinta forma:
Participación conjunta o común
Participación concurrente o acumulativa
Participación disyunta o alternativa

Figura 4–7.

y de igual suerte, las atribuibles a los establecimientos, instituciones, responsables y encargados de estos últimos.

Otro de los grandes rubros inherentes al acto médico se refiere al origen de la relación jurídica médico–paciente. En esos términos, siguiendo a Guzmán Mora se puede generar por:

1. Decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Acción unilateral del médico, en caso de urgencia.
3. Solicitud de terceras personas.
4. Haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

La caracterización prevalente en estos días ha sido atinadamente glosada por Enrique Varsi: *entre médico–paciente hay una relación jurídica contractual o hay una relación jurídica extracontractual*.

Según podrá observarse, aún priva el criterio decimonónico que, según se ha señalado en el presente trabajo, ha sido originado por la teoría francesa del acto jurídico prevalente en el derecho latinoamericano (que, aunque a juicio de quien esto escribe no es la que mejor puede explicar el acto jurídico, sí es la que el común de las legislaciones ha adoptado y el promedio de los juristas refiere).

Por su parte, Laín Entralgo señala: *"El acto médico está inserto en un escenario social plagado de peligros; es así que al aumentar la complejidad de la ciencia, irá aumentado la responsabilidad del médico."*

En esos términos y según se ha insistido, cada día el acto médico es más complejo y, por ende, las relaciones jurídicas que de él surgen son de mayor dificultad

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

para el abordaje jurídico positivo; de lo anterior se sigue que resulta simplista (por no decir una negación) insistir en la vetusta clasificación de actos contractuales y extracontractuales que, en rigor, es un trasunto civilista y por lo tanto no alcanza a definir en su real complejidad el acto médico que en su mayoría es un acto unilateral (por más fuente contractual que se aduzca), en tanto es el profesional quien está a cargo del paciente y éste depende de su pericia, diligencia y, en suma, del cumplimiento de su deber general de cuidado.

Merced a lo expuesto, la teoría general del contrato resulta reduccionista y sería arbitraria su extrapolación indiscriminada a la profunda realidad y dramatismo que supone resolver los dilemas bioéticos (anteriormente llamados casos de conciencia), pues siempre cabe el peligro de exigir indiscriminadamente al profesional obligaciones de resultados, en detrimento de las obligaciones de medios que son el marco general de la atención médica. (Tal es la orientación que infortunadamente se ha pretendido instaurar en los últimos años.)

Merced a lo anterior es necesario, al caracterizar el acto médico, puntualizar que se trata de un acto complejo en razón de:

- Ser un acto ético.
- Ser un acto técnico–científico.
- Ser un acto jurídico.

En igual sentido, los principios bioéticos en la toma de decisiones médicas inciden en lo jurídico y representan problemas especiales que no pueden ser explicados solamente a la luz de la teoría del contrato; tales principios han sido ampliamente referidos por la literatura médica (si bien no se ha ponderado debidamente su asimilación a lo jurídico) y son:

1. La beneficencia y no maleficencia.
2. La autonomía.
3. La justicia (que por sí misma representa un reto por cuanto que su abordaje es uno de los rubros asignados a la filosofía del derecho).

Acto seguido se presenta una glosa de los principales deberes y obligaciones del médico (a título de referencia, pues de otra suerte no se cumplirían los objetivos generales planteados para el presente estudio, que no son sino presentar una visión general, inicial si se quiere, del acto médico a la luz del derecho sanitario).

Expuesto lo anterior, se procederá a diferenciar el acto médico del acto administrativo.

El acto administrativo ha sido definido por la autorizada pluma del maestro Miguel Acosta Romero[29] en los siguientes términos: *Es una manifestación unilateral de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce,*

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas, son, con algunas variaciones, las siguientes:

1. Secreto profesional
2. Información adecuada y consentimiento
3. Obligación de conocimiento
4. Obligación de diligencia y técnica
5. Continuidad en el tratamiento
6. Asistencia y consejo
7. Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado

Figura 4–8. Obligaciones y deberes del médico.

modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutiva y se propone satisfacer el interés general.

Merced a lo anterior, el acto médico, en estricto sentido, no puede ser entendido como acto administrativo; sólo puede serlo, se insiste, cuando se trata del acto epidemiológico, pues supone una decisión unilateral del órgano de la administración pública.

En efecto, el acto administrativo supone una serie de características que de ninguna suerte se observan en el acto médico; al efecto el propio Acosta Romero señala como inherentes al acto administrativo las siguientes:

- La expresión de la decisión se realiza unilateralmente.
- Se actúa en términos de una potestad pública.
- Es generalmente ejecutivo.
- Persigue el interés general.

En el acto administrativo se observa una serie de elementos que tampoco se observan en el acto médico, y se mencionan en la figura 4–9.

Sobre el particular es necesario señalar que el motivo esencial de la confusión se refiere a que los actos médicos se realizan en algunos casos por dependencias o entidades del Ejecutivo. Sin embargo, esto no puede ser el argumento eficaz; en efecto, si bien tangencialmente el acto médico podría provenir del ente público, ni el objeto ni la forma corresponden al acto administrativo. Así, se tiene que el objeto no es la protección de un ramo administrativo (se ha expuesto que esto sólo se observa en el acto epidemiológico) y en cuanto a su forma, el acto médico en general (excepción hecha del epidemiológico) no está sujeto a formalidad alguna.

A mayor abundamiento, el propio texto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 3º desautoriza la posibilidad de tener por comprendido al acto médico, en general, dentro del acto administrativo.

[29] *Teoría general del derecho administrativo.* México, Editorial Porrúa.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Sujeto (la Administración Pública)
- La manifestación externa de voluntad
- Objeto
- La forma
- Finalidad y motivo*
- La oportunidad*
- El mérito*

Miguel Acosta Romero

Figura 4–9. Elementos del acto administrativo. * El autor citado niega estos últimos como inherentes al acto administrativo.

Al efecto, en el numeral referido se enuncia cuáles son los elementos del acto administrativo, siendo éstos:

1. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, que reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo.
2. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley.
3. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos.
4. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición.
5. Estar fundado y motivado.
6. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley.
7. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto.
8. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión.
9. Mencionar el órgano del cual emana.
10. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas.
11. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión.
12. Tratándose de actos administrativos *(sic)* deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo.
13. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan.
14. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Como podrá observarse, los elementos distintivos del acto administrativo no son los del acto médico, y los que tangencialmente hayan de ser tenidos por comunes (de los aquí enunciados, verbigracia los enunciados en los números VII, VIII y X) son inherentes a todo acto jurídico.

La última parte de esta exposición está destinada a diferenciar el acto médico del acto mercantil; Cesare Vivante en su *Trattato* señala que la ciencia, en relación a la posibilidad de definir el acto de comercio, debe reconocer su impotencia para dar un concepto unitario de éste.

Merced a lo anterior, se ha establecido una serie de criterios normativos, todos ellos ampliamente discutidos:

- En el primero se ha aludido a la naturaleza del acto, es decir, a la intermediación y la especulación.
- En el segundo se ha apelado a la naturaleza del agente y al efecto se ha mencionado la subjetividad y objetividad de quien realiza los actos.
- En el tercero, y vista la amplia refutación de los anteriores, se ha recurrido a la enunciación legal de los actos. (Éste es el criterio empleado en la legislación nacional.)

Giuseppe Ferri,[30] al referirse a la intermediación y especulación, ha sostenido que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes, con la intención de obtener un provecho, esto es, un lucro.

Según puede verse, este elemento no es observable en el acto médico, pues el ánimo no es obtener un lucro; la finalidad del acto médico es proteger la salud.

Al efecto, y siguiendo a la autorizada pluma de Genaro Góngora Pimentel, puede decirse que el lucro:

- Es el resultado de una actividad prevista en la ley como mercantil.
- Comprende al interés mercantil (lucro cesante por falta de disponibilidad de capital).

Ninguna de las citadas es inherente al acto médico.

Por su parte, Oscar Vásquez del Mercado expresa: La calificación de mercantil un acto, ya sea porque interviene un comerciante en su ejecución, o bien porque el acto tiene ese carácter, independientemente de la participación de un comerciante, es el llamado criterio subjetivo y objetivo del acto de comercio. **Este criterio no fue aceptado por insuficiente...**

El criterio del derecho positivo mexicano (artículo 75 del Código de Comercio, y Ley de Aeropuertos) refiere que son actos mercantiles los siguientes:

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

30 *Manualle di Diritto Commerciale* 4ª ed. Milán, Utet.

1. Actos de compraventa de inmuebles con fines de especulación comercial.
2. Contratos relativos a las obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.
3. Actos de empresa.
4. Comisión mercantil y mediación de negocios mercantiles.
5. Operaciones de actos de compraventa y arrendamiento con propósito de especulación comercial.
6. Actos de los bancos.
7. Actos marítimos.
8. Contrato de seguro.
9. Depósito mercantil.
10. Depósitos y operaciones en almacenes generales.
11. Títulos de crédito.
12. Obligaciones de los comerciantes.
13. Los contratos y obligaciones de los auxiliares mercantiles.
14. Actos de agricultor y ganadero.
15. Contrato de fianza mercantil.
16. Acto constitutivo de la sociedad mercantil.
17. Prestación de servicios aeroportuarios.

Merced a lo expuesto, los prestadores de servicios médicos sólo realizan actos de comercio en las siguientes hipótesis:

- Cuando expenden o arriendan insumos para la salud en ánimo de lucro.
- Cuando se trata de comerciantes de la medicina; es decir, cuando se trata de empresas de servicios médicos.
- Cuando se trata de seguros.
- Al negociar títulos de crédito.

Luego entonces, el acto médico *sólo por excepción podrá ser catalogado de mercantil* y lo sería solamente en las hipótesis mencionadas.

Si bien el acto médico constituye, en algunos esquemas de pago por prestación de servicios profesionales, la unidad de referencia para determinar la retribución económica como honorarios o como incentivos; en términos de lo expuesto, no por ello puede catalogársele de mercantil.

La regla general ha sido motivo de un pronunciamiento en el Código Internacional de Ética Médica en los siguientes términos: *el profesional médico debe ser considerado distinto de los servicios comerciales y mercancías porque además está sujeto a normas éticas específicas que incluyen la dedicación para prestar una atención médica competente.*

5

Metodología, *lex artis ad hoc* y su problematicidad

Octavio Casa Madrid Mata

Sólo el descubrimiento de la naturaleza
del universo tiene un sentido duradero.
Albert Einstein

INTRODUCCIÓN. JUSTICIA Y MÉTODO CIENTÍFICO

Sin duda, uno de los problemas esenciales del conocimiento es la teoría del conocimiento mismo; desde esa premisa, hablar de metodología siempre entraña un sinnúmero de "*agujeros negros"* e innegablemente cualquier aproximación metodológica es, por definición, materia de crítica.

Y la discusión al respecto se inicia desde la antigüedad. Ya Platón señalaba: *cuando adquirimos nuevos conocimientos, lo que realmente hacemos es aumentar nuestra comprensión de esas ideas.* No se trata de conocimientos incorporados por medio de los órganos de los sentidos (o sea, conocimientos de las apariencias), que Platón consideraba como engañosos e ilusorios, sino de acercarse más al mundo de las ideas por medio del intelecto, dondequiera que ese mundo se encuentre.[31]

Es común hablar del método científico y abundan intentos de definición; de entre las diversas citables destaca la de Ruy Pérez Tamayo, el cual señala:

[31] Por su importancia se recomienda la obra de Ruy Pérez Tamayo: *¿Existe el método científico? Historia y realidad.*

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

"Por "método científico" entiendo la suma de principios teóricos, de las reglas de conducta y de las operaciones mentales y manuales que usaron en el pasado y hoy siguen usando los hombres de ciencia para generar nuevos conocimientos científicos."

Empero, el ameritado tratadista mexicano observa: *un grupo de científicos que piensa que si bien en otros tiempos era posible hablar de un método científico, debido al gran desarrollo de las ciencias físicas en comparación con las otras ciencias naturales, actualmente el campo total de la ciencia es tan complejo y heterogéneo que ya no es posible identificar a un método que sea común a todas ellas.*

Y esto no es un problema de poca monta; en efecto, resulta por demás relevante, especialmente cuando se trata de que el método científico aporte *parámetros objetivos* que sean, además, el punto de partida para *soluciones de justicia*.

La misma idea de justicia es un asunto problemático; así, se tiene que ningún jurista medianamente instruido podría objetar el contenido de este importante referente, contenido en la memorable definición de justicia establecida en el *Digesto* del emperador Justiniano (donde se recogen partes de obras de los mejores juristas de Roma).

En esta obra se reconoce la definición del jurisconsulto Ulpiano:[32] "*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*" (Ulpiano, *Digesto,* Libro I, Título 1, 10): "Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho."[33]

En eso no hay controversia; sin embargo, ¿cuál es lo suyo de cada quién? Parafraseando a Shakespeare podría decirse: *he ahí el dilema*[34] y ese dilema debe ser resuelto en buena medida por la ciencia del derecho, y de tal suerte apuntar soluciones objetivas a través de la jurisprudencia técnica y *ése es el problema*.

Nadie podría criticar el pensamiento socrático, glosado por Platón en el *Eutiemo* (o el disputador); en efecto, para Sócrates *la justicia es la más hermosa y la primera de las artes* y la llama *arte de reyes* porque les es necesaria.

Tampoco pueden objetarse las ideas de Platón en *La República:* todas las virtudes se basan en la justicia, y la justicia se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo.

La justicia para Platón *es el perfecto ordenamiento de las tres virtudes para él esenciales: la prudencia, la templanza y la valentía*. La justicia es, pues, un atributo de perfección, "*lo que interesa al estado perfecto"*.

Y en ello tienen mucho que decir las disciplinas biomédicas: *su cometido, por cuanto al derecho se refiere, es aportar criterios de seguridad jurídica,* y ya se

---

[32] Para algunos, el padre del derecho.

[33] En igual sentido, Celso refiere: *el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo* (Ulpiano, Libro I, Título 1.1).

sabe que, cuando de seguridad jurídica se trata, ha menester, siguiendo a Teodoro Geiger:

a. Certeza en el orden (es decir, los criterios y reglas deben ser *objetivos).*
b. Certeza en la aplicación del orden (debe aplicarse el mismo criterio, según las circunstancias especiales del caso).

Y esto es una exigencia insoslayable al integrar e interpretar los estándares médicos, de otra suerte se corre el riesgo señalado por el propio W. Shakespeare en *El rey Lear*: *"diremos lo que nos dicte el corazón, no lo que deberíamos decir"*.

La idea de *sentencia* en su significación etimológica parte de *sentimiento*, es decir, *sentire, sentiendo,* y ciertamente el juzgador apela a su sentido de justicia; empero, esta hipótesis clásica debe ser revisada, y si bien cierto que la aproximación a los valores es una suerte de juicio interno, no es menos cierto que el juzgador no puede desentenderse de una búsqueda objetiva.

---

34 A veces las estampas literarias ilustran problemas jurídicos de la mayor trascendencia. Para ello recuérdese el drama de Hamlet, donde se aborda uno de los mayores problemas en una suerte de laberinto ¿venganza, justicia, aniquilamiento del yo? *"Ser o no ser... He ahí el dilema. ¿Qué es mejor para el alma, sufrir insultos de Fortuna, golpes, dardos, o levantarse en armas contra el océano del mal, y oponerse a él y que así cesen? Morir, dormir... Nada más; y decir así que con un sueño damos fin a las llagas del corazón y a todos los males, herencia de la carne, y decir: ven, consumación, yo te deseo. Morir, dormir, dormir... ¡Soñar acaso! ¡Qué difícil! Pues en el sueño de la muerte ¿qué sueños sobrevendrán cuando despojados de ataduras mortales encontremos la paz? He ahí la razón por la que tan longeva llega a ser la desgracia. ¿Pues quién podrá soportar los azotes y las burlas del mundo, la injusticia del tirano, la afrenta del soberbio, la angustia del amor despreciado, la espera del juicio, la arrogancia del poderoso, y la humillación que la virtud recibe de quien es indigno, cuando uno mismo tiene a su alcance el descanso en el filo desnudo del puñal? ¿Quién puede soportar tanto? ¿Gemir tanto? ¿Llevar de la vida una carga tan pesada? Nadie, si no fuera por ese algo tras la muerte —ese país por descubrir, de cuyos confines ningún viajero retorna— que confunde la voluntad haciéndonos pacientes ante el infortunio antes que volar hacia un mal desconocido. La conciencia, así, hace a todos cobardes y, así, el natural color de la resolución se desvanece en tenues sombras del pensamiento; y así empresas de importancia, y de gran valía, llegan a torcer su rumbo al considerarse para nunca volver a merecer el nombre de la acción. Pero, silencio... la hermosa Ofelia ¡Ninfa, en tus plegarias, jamás olvides mis pecados!"* Y el problema de la justicia, sin exageración alguna, es arduo, optar por la falta de objetividad entraña una suerte de confrontación ética y, por supuesto, el ámbito de la injusticia es a la larga, por así decirlo, el sueño de la muerte y es tanto como renunciar a las cualidades específicamente humanas. Empero, el ejercicio de la justicia nada tiene que ver con una suerte de venganza y ésa es la sublimación que la ética exige; no es simplemente el camino fácil del Talión modificado, es el encuentro de parámetros objetivos ajenos a las pasiones y esto supone no sólo una tarea de moralidad, sino una visión epigonal del mundo y de la vida.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Para Kant, la conducta humana es buena o justa *cuando está determinada por normas que los hombres que actúan dentro de una sociedad pueden o deben desear que sean obligatorias para todos*.

Es por ello, se insiste, que el problema de metodología científica y su expresión en la *lex artis ad hoc* debe ser resuelto en términos de las ciencias jurídicas, pero en esa tarea la ciencia del derecho *no va sola*; en efecto, depende de necesarios parámetros metodológicos y en ello la teoría del conocimiento y la metodología misma tienen mucho que decir.

Es por ello que es necesario buscar no simples parámetros subjetivos, sino que desde el punto de vista ontológico los mismos sean eficaces y de esta suerte construir una metodología eficaz.

Al respecto advierte Pérez Tamayo:[35] "Yo poseo por lo menos una docena de textos más o menos recientes, escritos por individuos bien intencionados y de muy distintas profesiones, que pretenden describir el método científico para diferentes especialidades y para niveles muy variables de escolaridad. El contenido de estos manuales no es uniforme, pero todos coinciden en los tres puntos siguientes:

1. Sólo existe un método científico.
2. Las leyes científicas son universales.
3. La observación, los experimentos y su análisis matemático son muy importantes. En ninguno de los textos que estoy comentando se mencionan la complejidad y la heterogeneidad de la ciencia contemporánea, el fracaso del reduccionismo del siglo XIX, la naturaleza no cuantitativa (matemática) de muchos de los conceptos principales de las nuevas ciencias humanas, el carácter revolucionario de las recientes ciencias humanísticas, y la creciente irrelevancia de la filosofía de la ciencia para las nuevas generaciones de científicos. Las recomendaciones de los textos mencionados se leen hoy, igual que se leía hace dos o más generaciones el famoso catecismo del padre Ripalda."

Y sigue diciendo:

"En la actualidad ya sabemos que no todos los fenómenos naturales son reducibles a expresiones matemáticas, que no todos los hechos que constituyen la realidad son analizables experimentalmente, que no todas las hipótesis válidas pueden confrontarse con la realidad a la que se refieren, que al determinismo y mecanicismo que prevalecieron en la física y la astronomía de los siglos XVI a XIX deben agregarse ahora los procesos estocásticos, la pluralidad de causas, la organización jerárquica de gran parte de la naturaleza, la emergencia de propiedades no anticipables en sistemas complejos, y otros aspectos más, derivados no

35 *Op. cit.*

sólo de las ciencias biológicas, sino también de las sociales, como la economía, la política y la historia.

"Mientras los filósofos consideraron a la física y a la astronomía de los siglos XVII a XIX como los paradigmas de la ciencia, las discusiones sobre el método científico giraron alrededor del papel de los conceptos *a priori,* de la matematización del conocimiento científico, del papel crucial de los experimentos y de los criterios para escoger entre diferentes hipótesis o teorías, al expandirse las ciencias naturales gracias al crecimiento de la biología y al desarrollo vigoroso de otras disciplinas relacionadas con el hombre, el panorama de la ciencia ha cambiado radicalmente y requiere una reconsideración total de la filosofía de la ciencia. Naturalmente, es posible definir la ciencia de tal manera que la biología moderna y todas las disciplinas más jóvenes (especialmente las ciencias sociales) queden excluidas, lo que automáticamente nos colocaría de espaldas a los avances científicos de los últimos 100 años, cuando Darwin acababa de publicar su revolucionario libro...

"Cuando se revisan los libros clásicos de filosofía de la ciencia y se comparan con los publicados en años más recientes, una de las cosas que llama la atención es el interés que se tenía en el siglo pasado y aún a principios de este siglo en definir a la ciencia. Páginas y páginas se dedicaron a especificar y discutir los criterios que (a juicio de los autores) permitían distinguir a la actividad científica de otras ocupaciones humanas. En cambio, en las últimas dos generaciones de filósofos de la ciencia tal preocupación ha desaparecido y uno puede escudriñar minuciosamente sus textos sin encontrar ni siquiera la mención más somera del problema; cuando más, habrá alguna referencia a los criterios de demarcación de Popper, casi siempre de carácter crítico. Creo que en relación con el método científico nos encontramos en una etapa de transición semejante: durante siglos se ha disputado sobre la naturaleza del método científico, y no hay duda que tal controversia ha sido muy generosa en la diversidad de resultados producidos. De ahora en adelante seguramente veremos aparecer cada vez más textos y discusiones sobre una variedad de métodos científicos, determinada por la riqueza y diversidad de las ciencias que se cultivan. Naturalmente, siempre quedará un residuo de filósofos y de científicos aferrados a la visión decimonónica de la ciencia y su filosofía, que seguirán hablando del método científico, de la matematización de la naturaleza y de la reducción última de todas las ciencias a una sola. Como también existen y seguirán existiendo ciudadanos mexicanos que dicen y dirán que los buenos tiempos fueron los de don Porfirio."

El ameritado maestro e investigador refiere una abundante glosa de los principales esquemas propuestos sobre el método científico; los diversos tratadistas han hablado de las siguientes vertientes: método inductivo–deductivo;[36] método *a priori*–deductivo;[37] método hipotético–deductivo[38] y así también, según se ha dicho, existe una corriente que niega la existencia de tal método.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Entre estos últimos existen dos corrientes de opinión:

- Un grupo afirma que no existe un grupo de reglas teóricas o prácticas seguidas por la mayoría de los investigadores en sus trabajos, sino todo lo contrario (Feyerabend).
- Otro refiere que debido al crecimiento progresivo y la variedad de las ciencias, no existe uno, sino muchos métodos científicos (Ayala, Dobshansky y Mayr).

En este controvertido escenario, y en aras de la necesaria objetividad en *lo jurídico,* única que interesa resolver o al menos barruntar en términos sistemáticos, se encuentra, asimismo, el fracaso de la concepción clásica de la sentencia.

Así, los tratadistas del siglo XIX suponían que el arte de juzgar se reducía a los siguientes elementos lógicos:

a. Obtención de la premisa mayor en la ley.
b. Establecimiento de la premisa menor en los hechos por juzgar.
c. Conclusión.

Esta suerte de *simplismo lógico* fue destrozada durante el siglo XX, especialmente ante la crítica aportada por el realismo jurídico norteamericano con Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound a la cabeza; crítica secundada entre otros por

---

[36] Para los seguidores de esta opinión, la ciencia se inicia mediante observaciones individuales; a partir de ellas se plantean generalizaciones cuyo contenido rebasa el de los hechos inicialmente observados. Las generalizaciones permiten hacer predicciones cuya confirmación las refuerza y su fracaso las debilita y puede obligar a modificarlas o hasta rechazarlas. (Aristóteles y sus comentaristas medievales, Francis Bacon, Galileo, Newton, Locke, Herschel, Mill, los empiristas, los positivistas lógicos, los operacionistas y los científicos contemporáneos, en general.)

[37] Para este grupo, el conocimiento científico se adquiere por medio de la captura mental de una serie de principios generales, y a partir de ellos se deducen sus instancias particulares, que pueden o no ser demostradas objetivamente. Estos principios generales pueden poseer una existencia ideal, pero son invariables y eternos. (Pitágoras, Platón, Arquímedes, Descartes, Leibnitz, Berkeley, Kant —el cual tiene un especial punto de vista— y Eddington, los idealistas y la mayor parte de los racionalistas.)

[38] Para los intérpretes de esta corriente, una serie de elementos teóricos o hipótesis en la investigación científica anteceden y determinan las observaciones. Para ellos, la ciencia se inicia con conceptos no derivados de la experiencia del mundo que está "ahí afuera", sino postulados en forma de hipótesis por el investigador, por medio de su intuición. Además de generar tales conjeturas posibles sobre la realidad, el científico las pone a prueba, o sea que las confronta con la naturaleza por medio de observaciones y experimentos. En este esquema del método científico, la inducción no desempeña ningún papel; de hecho, es evitada conscientemente por muchos de los miembros de este grupo. Aquí se encuentran Hume, Whewell, Kant (con reservas), Popper, Medawar, Eccles y otros (no muchos) científicos y filósofos contemporáneos.

Recaséns Siches y García Máynez, por citar solamente ejemplos cercanos a las ciencias jurídicas en México.

Pero no es sólo cuestión de crítica; la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la parte final de su artículo 14 señala:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Según el propio mandato constitucional, el juzgador no es meramente un operador, una suerte de autómata encargado de repetir criterios establecidos en la ley. Nada más lejano del espíritu constitucional y de la función científica del derecho; por el contrario, la función judicial es una función integradora del derecho, esto es, el juzgador *debe interpretar los parámetros establecidos y de ahí identificar* por analogía, es decir, *por construcción normativa*, las reglas de convivencia para la solución de casos concretos, y esto en materia de derecho sanitario es una constante, pues *la lex artis ad hoc–deontología* se integra por reglas consuetudinarias que deben ser integradas e interpretadas en los tribunales según las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el acto médico en concreto; más aún, si se recuerda el pensamiento de Alexis Carrel: "La enfermedad es un suceso personal. Está compuesta del individuo mismo y existen tantas enfermedades diferentes como enfermos."

Trátase pues de un problema complejo y a propósito del mismo, la tentativa del autor es plantear algunas aproximaciones sucesivas, a fin de tratar de aportar algunos criterios de índole sistemática.

Así las cosas, uno de los grandes estudiosos del método científico y de la lógica de las ciencias, Karl R. Popper, escribía:[39]

"Nuestra ciencia no es conocimiento *(epistême):* nunca puede pretender que ha alcanzado la verdad, ni siquiera el sustituto de ésta, que es la probabilidad."

En igual sentido, Einstein apuntaba:[40]

"Una persona científica nunca entenderá por qué deba creer en opiniones sólo porque estén escritas en un cierto libro. Más aún, nunca creerá que los resultados de sus propios intentos sean determinantes."

Siguiendo a Eugene F. Malove,[41] puede expresarse: *Nadie que se llame a sí mismo objetivo debería alguna vez declarar que una teoría está más allá de revisiones futuras, aun de revisiones drásticas, sin importar qué tan sólido el soporte para esa teoría le pueda parecer.*

---

[39] Popper KR: *La lógica de la investigación científica.* Madrid, Tecnos, 1962.

[40] Calaprice A (ed.): *The expanded quotable Einstein.* Princeton, Princeton University Press, 2000:14.

[41] Los mitos de Einstein acerca del tiempo, el espacio y el éter. *Revista Attos* 2006, feb.;16.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Destaca el connotado tratadista que algunos han caído en la trampa y así, p. ej., refiere un caso en el ámbito de las ciencias exactas:

"...muchos físicos de hoy confunden el aparente apego matemático de algunas o muchas fórmulas descriptivas de teorías con el derecho de concluir que la teoría debe ser fundamentalmente correcta y sin ninguna contradicción. Esas aparentes contradicciones que son admitidas son parchadas con argumentos *ad hoc* para salvar la epicíclica obra maestra".

Pero el asunto no para ahí. Algún sector ha pretendido reducir, incluso, lo jurídico a números, y así en los últimos años se ha planteado la tentativa de emplear hasta la estadística para la resolución inopinada de casos. He aquí dos ejemplos:

a. Por cuanto hace al criterio de indemnización por muerte, no ha faltado quien haya pretendido, para calcular el monto de condena, irse a la cifra de la expectativa promedio de vida y de esta suerte, haciendo una progresión, multiplicar en términos de una cifra arbitraria (días de salario mínimo o el monto de los ingresos que percibía) por los *días que habría vivido*, para establecer *lo que iba a ganar a lo largo de los años posibles de vida.*

Y esto que no pasa de mera fantasmagoría, ha sido aducido por algún litigante para tratar de tener una base *objetiva* de cálculo.[42]

b. En el caso de atención de enfermedades es frecuente que la literatura médica presente el porcentaje de éxito de alguna terapia en especial, y no ha faltado quien haya aducido tales porcentajes para sostener en juicio que alguien resultó afectado pues se le privó de ese *porcentaje de vida*.

Como si la vida o la salud pudieran medirse en porcentajes.[43]

Sirva lo anterior simplemente para destacar un hecho: si bien las matemáticas son indicadores, son sólo eso; no ha de perderse de vista que aun en las matemáticas *existen grados de objetividad: consistencia, exactitud, dogmas, axiomas,* etc.

Al respecto es aplicable la crítica de Horkheimer hacia la idea de la objetividad que las ciencias matemáticas y naturales poseen de sus "objetos". Estas "ciencias puras" —señala Horkheimer— sólo pueden tener la noción de que sus "objetos" estudiados son objetivos y "puros" porque carecen de la conciencia de que en realidad los mencionados "objetos" están íntimamente vinculados con la sociedad respectiva desde donde son observados.[44,45]

---

[42] En esta hipótesis, el asunto no es simplemente un rubro de metodología o criterio de apreciación; en el fondo no es de dudar que la existencia de móviles económicos lleve a cualquier suerte de artificios, y sin duda los malos ejemplos de las cortes norteamericanas están haciendo estragos en la ya de por sí devaluada práctica jurídica de algún sector del foro.

[43] Sin hipérbole o humor negro, ya imagina quien esto escribe una virtual sentencia de condena por un porcentaje de salud o de vida. Esto sería parte del surrealismo jurídico.

Entonces, sólo la crítica (o por mejor decirlo, la sana crítica) define el quehacer científico por antonomasia. Dicho en palabras de Popper:[46]

"La discusión racional, esto es, la discusión crítica en el interés por acercarse a la verdad, sería un sin–sentido sin una realidad objetiva, sin un mundo que nos proponemos descubrir: desconocido, o ampliamente desconocido: un desafío a nuestro ingenio, coraje e integridad intelectual."

"...las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos 'mundo': para razonarlo, explicarlo y dominarlo. Y tratamos de que la malla sea cada vez más fina".

Empero, yendo por el principio, y simplemente a título de punto de partida operacional, no es objetable (así se cree) señalar que el método científico *es simplemente el proceso mediante el cual una teoría científica es validada o bien descartada;*[47] así las cosas, el *método* tiene por objetivo aceptar o descartar hipótesis.

Dicho lo anterior, sin ignorar, por supuesto, la razonable crítica de Pérez Tamayo que, en efecto, tiene el objetivo de precisar alguna suerte de conceptos básicos (que desde luego comparte el autor) y que, además, termina por demoler con toda contundencia, a juicio del autor, la *"metodolatría"* que imperó durante mucho tiempo y que hizo presa no solamente en las ciencias nomotéticas o explicativas, sino en el derecho mismo, especialmente del siglo XIX, en razón de su enamoramiento del "espíritu de la ley", ignorando que el hombre no puede ser esclavo de vetusteces jurídicas y, por el contrario, la búsqueda de la justicia ha de ser entendida en el plano del progreso moral.

Luego sería un mal comienzo apostar por una construcción mental sin relacionarla firmemente con los experimentos de otros y con las construcciones mentales de la época en que se interpretan.

Y ya que de método y metodología se trata, véase qué dice al respecto uno de los autores por antonomasia, Descartes. Al principio de *El discurso del método* recuerda, no sin cierta ironía, que todos parecemos muy satisfechos de la razón o buen sentido *("bon sens")* obsequiados por la naturaleza; sin embargo, poseyendo todos la misma, quizá no sepamos utilizarla correctamente, y de ahí las diferencias entre los seres humanos respecto al conocimiento. No basta tener una *"buena"* razón, es necesario aplicarla bien. El problema no estriba en la falta de capacidad, sino en la falta de *método*.

---

[44] *Traditionelle und kritische Theorie.* Vier Aufsätze, Frankfurt am Main, Fischer 1970.

[45] Las llamadas "ciencias matemáticas y naturales" se encuentran por lo tanto institucionalizadas en la sociedad y al final de cuentas son un producto histórico de la respectiva sociedad.

[46] *Realism and the aim of science.* Londres, Routledge, 1985:81.

[47] Y esto sin perjuicio de las objeciones y críticas inherentes. Sin embargo, el autor cree que el destacar que se trate simplemente de un proceso es, en términos de las controversias apuntadas, un avance.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

El método y la metodología, por consiguiente, han sido definidos como *la manera sistemática de hacer cierta cosa.*[48]

Barreras, Dujarric y Lloren ha descrito al método como:

Un proceso sistemático que lleva a conocer la realidad objetiva, mediante aproximaciones sucesivas. El método científico utiliza medios que permiten profundizar y perfeccionar el conocimiento adquirido a través del tiempo a consecuencia del propio desarrollo de la ciencia.

Los métodos —señala Martínez Miguélez— "son vías que facilitan el descubrimiento de conocimientos seguros y confiables para solucionar los problemas que la vida nos plantea".

Pero recuérdese a Descartes; para él son cuatro reglas las necesarias para llegar a conclusiones verdaderas utilizando la razón:

1ª "...no recibir como verdadero lo que con toda evidencia no reconociese como tal, evitando cuidadosamente la precipitación y los prejuicios, y no aceptando como cierto sino lo presente a mi espíritu de manera tan clara y distinta que acerca de su certeza no pudiera caber la menor duda".[49]

A esto ha dado en llamarse *intuición primera o evidencia*.

Y en ello es fiel seguidor del pensamiento socrático. Decía el filósofo ateniense: *"yo sólo sé que nada sé"*.

Por su parte, Descartes refería: *"Yo sólo estoy seguro de que no estoy seguro de nada."*

2ª "...la división de cada una de las dificultades con que tropieza la inteligencia al investigar la verdad, en tantas partes como fuera necesario para resolverlas".

Se trata del análisis: división de las dificultades que se examinan en toda su extensión, *dividiéndolas en átomos de conocimiento*.

3ª "...ordenar los conocimientos, empezando siempre por los más sencillos, elevándome por grados hasta llegar a los más compuestos, y suponiendo un orden en aquéllos que no lo tenían por naturaleza".

Se trata de síntesis: "...hacer enumeraciones tan completas y generales que me dieran la seguridad de no haber incurrido en ninguna omisión".

---

[48] La metodología es la parte de la lógica que estudia los métodos. Se divide en dos partes: la sistemática, que fija las normas de la definición, de la división, de la clasificación y de la prueba, y la inventiva, que fija las normas de los métodos de investigación propios de cada ciencia. usuarios.lycos.es/hv1102/consulta_rapida.html.

[49] *Una verdad absoluta se cumple en todo el universo. Como no conocemos todo el universo, y éste es infinito, no podemos comprender verdades absolutas porque éstas son infinitas (y nosotros no). Nunca podremos hablar de verdades absolutas (ni de falsedades absolutas). Nuestras verdades son verdades relativas, ya que no podemos decir si son válidas universalmente, debido a nuestra finitud. Y uno nunca puede tener una certeza absoluta de nuestras verdades relativas.*

4ª Comprobación. Realizar **comprobaciones** y cálculos concretos a fin de asegurar la validez o certeza de los procedimientos utilizados.

La metodología desde la década de 1960 en adelante ha evolucionado independientemente hasta ser una especialización al servicio de la investigación y esto enriqueció las ciencias sociales en el triángulo "diseño", "recolección" y "análisis".

La metodología es, pues, una etapa, una parte esencial y a veces dramática del proceso de investigación y tiene, amén del objeto estudiado, y según se ha visto, sus propias aporías, su problematicidad.

La metodología *siempre dependerá de las necesidades de estudio* y de los postulados que el investigador estime válidos; pues será a través de ella como recolecte, ordene y analice la realidad estudiada y ello no está exento de sesgos.

Expresa nuevamente Popper:

"El sujeto que está siendo impactado por la realidad es el mismo sujeto que observa cuidadosamente los hechos particulares. Es más, si pensamos un poco en el asunto podremos darnos cuenta de que el sujeto "colector de datos" es el mismo sujeto que "observa" primero y "teoriza" después (en la distinción observación–teoría), el cual es "impactado" por la realidad (en la *tabula rasa* de Bacon)."

Sobre el particular afirman Abraham Nosnik y Javier Elguea:[50]

"Popper afirma, y creemos que con razón, que el sujeto que conoce la realidad no puede "deshacerse" de sus expectativas, prejuicios y concepciones (del mundo físico y social) al entrar en contacto con ella."

Popper propuso en el terreno de la epistemología, y por ende en el de la metodología científica, un gran salto en el conocimiento a través de un método de descarte llamado *de falsación.*

En efecto, el conocimiento científico no avanza confirmando nuevas leyes, sino *descartando leyes que contradicen la experiencia*.

El criterio de demarcación puede definirse entonces como capacidad de una proposición de ser refutada o falsabilidad. Sólo se admitirán como proposiciones científicas aquéllas para las que sea conceptualmente posible un experimento o una observación que las contradiga.

Desde el ángulo de la metodología del derecho, sin duda el principio de falsación (que para algunos dio lugar al llamado falsacionismo) ha sido ampliamente reconocido desde el derecho romano clásico; en efecto, es principio general de derecho el que reza como sigue: *la buena fe se presume, salvo prueba en contrario*.

Incluso es según el principio de falsación que el derecho ha acuñado sus célebres principios:

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[50] La discusión sobre el crecimiento del conocimiento científico en el cuento de la filosofía de la ciencia

- *In dubio pro reo.*
- *In dubio pro operario*.

Incluso es célebre el mandato constitucional que señala la necesidad de que la denuncia, acusación o querella ha de provenir de *persona digna de fe*.

En el derecho sanitario es igualmente conocido el equivalente de los anteriores: *in dubio pro médico.*

La lógica de lo anterior se sustenta en principios ampliamente reconocidos por el derecho, es decir, a fin de evitar la injusticia es necesario *probar*[51] *que alguien contrariando las reglas generales de la buena fe generalmente observadas infringió la ley; especialmente en el entendido en el ámbito del derecho sanitario de que el personal de salud actúa con ánimo de curar.*

De manera general, la aplicación del principio enunciado se realiza a título de *modus operandii* procesal en el común de los procedimientos y procesos contenciosos, bajo el sistema de *argüir y reargüir* respecto de las afirmaciones de la contraria.

Cabe señalar, empero, que no solamente priva en el derecho el citado principio de falsación. Y para explicitar lo anterior, prosígase revisando algunos aspectos de epistemología.

En contraposición a las aportaciones de Popper se ha propuesto el *verificacionismo;* según este principio, si después de buscar el hecho observacional que pueda anular la hipótesis inicial no se encontrare, la hipótesis se refuerza. Con este principio se considera que al añadirse hechos observacionales que corroboren la hipótesis, ésta queda consolidada.

Es, para decirlo en términos llanos, jugar un poco con los argumentos del *abogado del diablo*;[52] es decir, el célebre argumento *ad contram* empleado por la lógica de los escolásticos a título de *prueba argumentativa.*

El conocimiento científico ha oscilado entre *falsacionismo–verificacionismo* y gracias a esto se han producido notables explicaciones y descubrimientos.

Puede decirse, parafraseando a Einstein:[53] *los conceptos de la medicina y del derecho son creaciones libres de la mente humana y no son, aunque así lo parezca, únicamente determinados por el mundo físico."*

---

[51] Ha de recordarse que la palabra "probar" viene del latín *probens,* honrado, pues sólo es honrado el que demuestra lo que afirma.

[52] En el derecho canónico se ha instituido en las causas de canonización *un promotor de justicia* que tiene la función de poner dificultades respecto de los méritos de alguien en concreto, a fin buscar la verdad del caso: este promotor ha pasado a la historia con el mote de *"el abogado del diablo"* merced a la naturaleza de su labor. Esta función ha trascendido del derecho canónico al derecho procesal y de ahí al ámbito de la lógica y la metodología.

[53] 1938, en un libro con su asociado Leopold Infeld: *La evolución de la física*.

P. ej., aun el concepto de *justicia* tan abordado por los tratadistas de todos los tiempos no es ni con mucho unívoco y tampoco se trata de algo acabado. No hay día en que no surjan nuevas aporías y, por lo tanto, nuevas respuestas, razonables o no. (Y esto pese a que *la justicia in genere* constituye un *universal* contenido en la añeja fórmula romanista que se ha recogido de Ulpiano: *el arte de dar a cada quien lo que le es debido, o lo suyo de cada quien*).

Las ciencias, incluido el derecho en tanto *ciencia de lo justo y de lo injusto* o *ciencia de hacer, interpretar y aplicar las normas jurídicas*, invariablemente enfrentan un *proceso* de ensayo–error y sólo de esta suerte han sido posibles *los grandes saltos de la humanidad.*

De hecho, el enorme y estrepitoso fracaso de las teorías universalistas que tanto daño hicieron a la humanidad, y que volvieron tristemente célebres los calabozos inquisitoriales y sus magnos atentados contra la justicia, se sustentan en una espeluznante petición de principio. (Son altamente denunciables desde el ámbito de la lógica planteamientos como los observados en el ámbito de la caducidad supuestamente universitaria que durante muchos años caracterizó a los *dictadores de cátedra*.)

Escribía Kant al criticar lo anterior:[54]

"Se ha supuesto hasta ahora que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos. Sin embargo, todos los intentos realizados bajo tal supuesto con vistas a establecer *a priori,* mediante conceptos, algo sobre dichos objetos —algo que ampliara nuestro conocimiento— desembocaban en el fracaso..."

Ocurre aquí como con los primeros pensamientos de Copérnico. Éste, viendo que no conseguía explicar los movimientos celestes si aceptaba que todo el ejército de estrellas giraba alrededor del espectador, probó si no obtendría mejores resultados haciendo girar al espectador y dejando las estrellas en "reposo".

Cítense hoy los casos de Giordano Bruno y Galileo: ambos fueron procesados por haber incurrido en *errores en contra de la opinión científica de la época.*

A Copérnico lo salvó de la hoguera el que su célebre *Revolutionibus Orbium Caelestium* fuera publicada en su lecho de muerte. Kepler debió enfrentar por sus, entonces, revolucionarias teorías, la presión inquisitorial y sólo sus influencias en la corte le permitieron proseguir con sus estudios.

Podría inundarse el texto con innumerables ejemplos, pero basten los anteriores para tener por cierta una constante: en materia de investigación ha menester la constante revisión, el ensayo–error.

Oliver Wendell Holmes y los seguidores del realismo jurídico norteamericano fueron quienes instituyeron una de las grandes orientaciones del *criticismo jurídico* (más aún, si se puede, que el propio Kant); en efecto, destacaron la necesidad

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[54] Prólogo de la 2ª edición de la *Crítica de la razón pura*.

de interpretar las normas del derecho a la luz de las constantes en que se produjeron y sólo de esta suerte es posible llegar a parámetros de seguridad jurídica.

En efecto, y como dijera Recaséns: *Toda norma jurídica es la respuesta práctica a un problema práctico sentido de urgente solución.*

Entonces, de no aproximarse al contexto en que se emitió la norma, sería un mito suponer la correcta interpretación normativa, y no sólo se trata de la *ratio* que preconizaban los integrantes de la *Escuela Histórica del Derecho* con Federico Carlos de Savigny a la cabeza.

Es decir, no es sólo el *propósito del legislador* el que debe ser ponderado; *el contexto legislativo* desempeña un papel por demás importante.

Merced a lo anterior y pese a la razonabilidad de una hipótesis, nunca podrá tenerse por demostrado un juicio o una proposición sin analizar igualmente *las teorías alternativas posibles,* es decir, el célebre argumento *ad contram* de los escolásticos.

De igual suerte, y a fuer de aplicar el método científico, ante puntos oscuros y apreciaciones contradictorias siempre es necesario *arribar a una teoría de reemplazo* generalmente aceptada que pudiera satisfacer a la mayoría de los críticos; *de otra suerte, la valoración simplemente carecería de lógica*.

Escribía Kart Popper:[55] "La ciencia no es un sistema de enunciados seguros y bien asentados, ni que avance hacia un estado final." No se sabe: sólo se puede conjeturar. Y las previsiones están guiadas por la fe en leyes, en regularidades que se pueden des–cubrir —descubrir—; fe acientífica, metafísica (aunque biológicamente explicable). Como Bacon, puede describirse la propia ciencia contemporánea —"el método de razonar que hoy aplican ordinariamente los hombres a la Naturaleza"— diciendo que consiste en "anticipaciones precipitadas y prematuras" y en "prejuicios".

Pero se domeñan cuidadosa y austeramente estas conjeturas o "anticipaciones", tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas: una vez que se ha propuesto, ni una sola de estas "anticipaciones" se mantiene dogmáticamente; el método de investigación propio no consiste en defenderlas para demostrar qué razón se tenía, sino que, por el contrario, se trata de derribarlas. Con todas las armas del propio arsenal lógico, matemático y técnico, se trata de demostrar que las anticipaciones propias eran falsas, con objeto de proponer en su lugar nuevas anticipaciones injustificadas e injustificables, nuevos "prejuicios precipitados y prematuros", como Bacon los llamó con gran mofa.

En términos de lo anteriormente apuntado, a título de síntesis y ante la necesidad de fijar el criterio jurídico sistemático ante la cuestión debatida, ha menester enmarcar el análisis en los siguientes rubros:[56]

---

[55] *La ruta de la ciencia*.

a. Aplicar en todo asunto objeto de estudio una suerte de *contrastación jurídica* y con ello el *principio de falsacionismo–verificacionismo*; esto se concreta en dos fases; al interpretar el referente no debe partirse de una situación prejuiciosa,[57] y así también no sólo permitir sino hacer asequible para las partes el derecho a la debida defensa legal, esto es, que produzcan sus alegaciones en un plano de la mayor libertad y objetividad.[58]

b. Con el contexto del verificacionismo, si después de buscar el hecho observacional que pueda anular la hipótesis inicial no se lo encontrare, la hipótesis se refuerza, esto es, queda consolidada.

c. Invariablemente habrán de ponderarse los argumentos *ad contram,* esto es, según el principio de que la buena fe se presume salvo prueba en contrario; es necesario no perder de vista que en el fondo ambas partes sostienen, por regla general, un punto de vista que a su entender es legítimo; entonces hay que ponderar tanto la hipótesis de ser ciertas sus argumentaciones como también la contraria, reconstruyendo tanto como sea posible el escenario histórico de los hechos. De otra suerte, la evaluación sería una suerte de incongruencia respecto de lo planteado por las partes.

d. Tantas veces como sea necesario se deberá arribar a una **teoría de reemplazo** generalmente aceptada que pudiera satisfacer a la mayoría de los críticos; ésta es la única vía de aproximarse a un plano verdaderamente objetivo.

e. Habrán de contrastarse los elementos de juicio con los valores de consenso. En ello la concreción de Habermas tiene mucho que decir; en efecto, y siguiendo de igual modo a Kant (precursor de esta concepción ontológica), los valores son convencionales, entonces los conceptos de culpa (en materia de atención médica, negligencia, impericia o dolo) deben implicar no sólo una conducta equivocada, sino que además deben originar una suerte de *indefensión en el paciente;* de otra suerte, conforme al sistema valorativo prevalente, sería un exceso pronunciarse en sentido de condena.

---

[56] Por supuesto, se trata de una serie de elementos *prima facie*.

[57] De otra suerte se estaría ante la misma hipótesis ocurrida a dos de los procesados de mayor celebridad que recuerda la historia: Jesús de Nazaret, a cuyos juzgadores se les atribuye haber dicho: "ha blasfemado, ha blasfemado", cuando según se refiere lo único que hacían era buscar un *"motivo"* para perderlo. Y así también lo sucedido al egregio Sócrates cuando se le atribuyó, gracias a la envidia de Amito y sus acusadores, que era un *"corruptor de la juventud"*.

[58] Y, ciertamente, sin permitir, bajo un esquema de lealtad procesal, que en las alegaciones se emplee la mera lógica de la agresión y la violencia en libelos y alegaciones. Sin embargo, aun en eso el binomio *falsacionismo–verificacionismo* puede hacer lo suyo en tanto elemento de apreciación imparcial; en efecto, las alegaciones de las partes son por decirlo así un *termómetro* de los motivos del debate jurídico, y esto en un plano de razonamiento científico es útil para producir una convicción objetiva.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

f. Ante la falta de elementos objetivos de culpa es necesario aplicar el principio *in dubio pro médico,* especialmente en razón de entender que la atención médica se realiza *en ánimo de curar.*

Insístese en que sólo bajo este esquema es posible llegar a los necesarios elementos objetivos.

Así, también es necesario reiterar que el asunto que para la ciencia en general es objeto de estudio, para el mundo del derecho tiene especial importancia práctica; en efecto, es de especial interés por cuanto el derecho tiene por fin esencial encontrar la justicia.[59]

Siguiendo a Rodrigo Noguera Laborde, puede decirse que la búsqueda de lo justo es connatural al derecho. Escribe el autor que el derecho *"consiste en el ordenamiento social fundado o inspirado en la justicia y en la equidad, en la seguridad y el bien común, y que por lo tanto tales valores constituían los fines del derecho, esto es lo que el derecho persigue para que el ordenamiento social sea posible. Esos fines del derecho son los valores jurídicos, porque responden a la noción de valor..."*

A título de corolario de lo hasta aquí expuesto, sea permitido decir que *el asunto de la verdad está vinculado a la justicia en tanto es premisa esencial para dar lo suyo a cada cual y de tal suerte encontrar la verdad histórica de los hechos controvertidos; en efecto, desde la imagen clásica del jurisprudente romano era menester obtener certeza legal respecto de quien decía verdad y sólo entonces podía pronunciarse el juicio.*

El asunto ha sido tan arduo que en los sistemas relativos a la prueba[60] se distingue la verdad material de la verdad formal.[61]

Con el primer sistema se obtiene la que según elocuente expresión del maestro Eduardo Pallares pudiera llamarse *verdad verdadera,* es decir, la que está de acuerdo con la realidad de los hechos y no tiene ningún elemento de ficción o convencional. En esa virtud, los sistemas probatorios que tratan de lograrla otorgan facultades a los jueces para investigar la mencionada realidad.

Merced al segundo sistema, basta con el hecho de que las pruebas se rindan de acuerdo con los cánones legales y se establezca su eficacia en la misma forma

---

[59] Entre tantas definiciones acerca de la justicia resulta de gran interés la formulada por Tomás de Aquino; siguiendo los postulados del derecho romano, a su entender consiste "en dar o atribuir a cada uno lo que es suyo, según una *igualdad proporcional*".

[60] La palabra "prueba", dice el clásico procesalista José Vicente y Caravantes, tiene su etimología, según unos, del adverbio *probe,* que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o según otros, de la palabra *probandum,* que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe.

[61] Según apunta el recordado maestro Eduardo Pallares. *Diccionario de derecho procesal civil.* 8ª ed. México, Editorial Porrúa, 1975:780.

para que el resultado de las dos cosas obligue al juez a tener por probados los hechos respectivos.

La verdad formal es la contraria de la real; sin embargo, resulta operante en tanto se observen dificultades probatorias en el proceso y no exista otro recurso que el de atenderse a la mera formalidad probatoria. El asunto, que por cierto no es de poca monta, ha llevado al común de los procesalistas a postular la necesidad de apelar cada vez en menor medida al sistema de verdad formal y buscar la verdad histórica, pues sólo de esta suerte podrá hablarse de fallos sustentados en justicia.

VERDAD, DERECHO, CIENCIA Y MÉTODO CIENTÍFICO

En el ámbito de la filosofía, la medicina (en especial la medicina forense) y el derecho han prevalecido en los últimos años un amplio debate (pues incluso se ha cuestionado si el derecho, p. ej., es ciencia)[62] y sobre el particular se han vertido argumentaciones (harto apasionadas en buena parte de los casos) y esto, según se observa, ha trascendido al ámbito de la justicia; por ello, en esta parte del trabajo se referirá a diversos planteamientos generales que se inscriben en el ámbito de la filosofía, necesarios para abundar en el tema que se estudia.

El diccionario de la Real Academia Española se refiere a la verdad de la siguiente forma:

1. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se forma la mente.
2. Conformidad de lo que se dice con lo que se piensa o siente...

Y por supuesto, esto que sólo en el plano teórico podría antojarse sencillo y —según apunta Ruy Pérez Tamayo— hasta obvio,[63] sólo en apariencia lo es.

---

[62] Por ciencia se entiende al conjunto organizado y sistematizado de conocimientos. En cuanto a la clasificación de las ciencias del pensamiento de Windelband, Kelsen y García Máynez, se puede establecer que las ciencias se clasifican en cuatro grandes grupos. *Disciplinas nomotéticas o explicativas:* en ellas se encuentran las que expresan las relaciones necesarias que existen entre los fenómenos naturales y entre éstas están física, química, medicina, biología, etc. *Disciplinas ideográficas o históricas:* dentro de ellas se encuentra desde luego la historia, cuyo objeto es la explicación de los fenómenos sociales a través del análisis de los acontecimientos. *Disciplinas axiomáticas:* se ubica dentro de ellas a las ciencias matemáticas integradas por proposiciones que se obtienen deductivamente partiendo de una serie de principios o proposiciones tan evidentes que no necesitan demostración, es decir, de axiomas. *Disciplinas normativas:* se incluye dentro del catálogo de las mismas al derecho, siendo estas ciencias las que estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo desarrollarse.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Apunta el autor citado: se trata entonces de una forma de relación entre dos términos, que cuando coinciden se califica de "verdadera" y cuando no lo hacen se conoce como "falsa". Además, uno de los dos términos es objetivo ("las cosas" o "lo que se dice") y el otro es subjetivo y está relacionado con el pensamiento y las emociones.

Los griegos ya se habían preocupado de explicitar la noción de verdad como propiedad de ciertos enunciados (verdaderos).[64]

Al respecto señala Aristóteles: "decir que lo que es no es o que lo que no es es erróneo; pero decir que lo que es es y que lo que no es no es es verdadero".[65]

Merced a la afirmación aristotélica se construye lo que ulteriormente se llamaría la concepción semántica de la verdad (Alfred Tarski,[66] 1933), es decir, la idea de que un enunciado es verdadero sólo si hay correspondencia entre lo que se dice y aquello sobre lo que se habla.

Así, también señala Aristóteles: "sólo por el razonamiento se puede descubrir la ciencia y la verdad, y es imposible conseguirlo por otro rumbo".[67]

No ha de perderse de vista que la gran revolución ideológica del Estagirita[68] fue precisamente en el campo de la teoría del conocimiento. Contra todos los filósofos que presumían la validez del conocimiento, él dice que sin experimentación no hay verdad.

Algunas afirmaciones del célebre filósofo han sido la piedra de toque para el conocimiento científico:

- Nada hay en la mente que no haya estado antes en los sentidos.
- No hay efecto sin causa y todo efecto debe ser proporcionado a su causa.[69]

Sobre el particular escribe Pérez Tamayo:[70] En vista de lo anterior, parecería aceptable que la polaridad "verdadero–falso" sólo es relevante a las proposiciones cuyo contenido forma parte de la naturaleza, de la realidad empíricamente verificable. Es legítimo discutir si la frase "el abuso del alcohol produce daño hepático" es verdadera o falsa, ya que se refiere a fenómenos reales y objetivos que pueden detectarse, analizarse y hasta medirse por todos los interesados en determinar si es cierta o no; en cambio, la frase "el alcoholismo es éticamente reprobable", con

---

63 Pérez Tamayo R: *Acerca de Minerva.* 5ª reimpr. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

64 La connotación apuntada por Pérez Tamayo tiene su origen en las derivaciones del pensamiento aristotélico.

65 Aristóteles: *Metafísica.* Buenos Aires, Sudamericana, 1986:215.

66 La teoría de Tarski puede resumirse como sigue: "La proposición 'el cisne es blanco' es verdadera sólo si, en realidad, el cisne es blanco." En otras palabras, la propiedad designada como "verdad" es la en que las proposiciones corresponde a la realidad a la que se refieren. Nada más, pero también nada menos. *Vide* Pérez Tamayo, *op. cit.*

67 *Teetetes o de la Ciencia.*

68 Recuérdese que el célebre filósofo nació en Estagira.

la que casi todos estarían de acuerdo, no posee las propiedades necesarias para ser calificada como verdadera o falsa, porque su contenido no se encuentra en la naturaleza, no forma parte del mundo exterior y de la realidad objetiva.

En igual sentido refiere: "se gana mucho en claridad conceptual cuando se acepta que lo verdadero es solamente aquella fracción de lo que decimos que corresponde a la realidad y que el contenido de verdad de una proposición es precisamente el grado en que coincide con los hechos".

El autor citado refiere en el trabajo glosado en estas líneas una argumentación que debería ser uno de los grandes parámetros que especialmente debe ser observado inopinadamente al enfrentarse a la evaluación del acto médico, y particularmente al referirse a la prueba pericial:

"De todos modos, si aceptamos que el concepto de verdad se refiere a la correspondencia de nuestras proposiciones con el mundo real, estamos obligados a aceptar también que entre todas nuestras actividades, la ciencia es la que debería utilizar tal concepto en primer lugar y en su máxima expresión. Si no fuera por algunas frases estelares de la humanidad, yo diría que el calificativo de "verdadero" sólo debería aplicarse a las proposiciones que describen o refieren con fidelidad fenómenos naturales específicos. Y como éste es el oficio específico de la ciencia, mi conclusión es que la polaridad verdadero–falso sólo puede aplicarse al conocimiento científico."

Según podrá observarse en razón de lo hasta aquí señalado, la gran aproximación metodológica hacia la verdad histórica no se reduce a expresar el intérprete[71] *su mera opinión de los hechos;* el asunto es algo más complejo que esto: se trata de probar mediante las argumentaciones, verificaciones y soportes científicos y técnicos la explicación de uno o varios hechos.

En la misma tesitura,[72] se acepta que la ciencia no admite titubeos o incertidumbres: lo que ya ha sido demostrado científicamente como verdadero es clara y completamente cierto, mientras que lo que aún no ha recibido tal carácter permanece en la profunda oscuridad de lo desconocido.

---

[69] Sobre este concepto de causalidad fue construida toda la ciencia antigua, moderna y contemporánea. En especial tiene interés para el régimen jurídico de la atención médica, por cuanto hace a la llamada relación de causalidad y el fincamiento de responsabilidades; en efecto, sólo puede haber lugar para una condena (tratándose de alteraciones a la salud) si el efecto adverso (alteración) se originó por el acto de mal praxis. Éste es un presupuesto jurídico establecido en la legislación civil y penal. De igual suerte, y por cuanto hace a daños y perjuicios, es un axioma del derecho civil el que enuncia: los daños y perjuicios deben ser consecuencia directa y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

[70] *Op. cit.*

[71] Verbigracia, el perito.

[72] Apunta Graciela Barroso en *La noción de verdad en la obra de Donald Davidson.* www.luventicus.org/articulos/03U020/.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Esto, pese a todo, ha dado origen a una gran antinomia:[73] mientras que en la opinión del público en general, las verdades científicas son ciertas, permanentes y completas, en los medios formados por profesionales de la ciencia, los investigadores aceptan que la verdad científica es solamente probable, transitoria e incompleta.[74]

En el contexto enunciado, se ha definido de manera general al método como: "Un proceso sistemático que lleva a conocer la realidad objetiva, mediante aproximaciones sucesivas. Bajo ese tenor, el método científico, es decir, *el proceso científico,* utiliza medios que permiten profundizar y perfeccionar el conocimiento adquirido a través del tiempo como consecuencia del propio desarrollo de la ciencia."[75]

Así las cosas, y siendo harto ilustrativo acudir a los ejemplos, véanse algunas imágenes de la historia de la medicina relacionadas con la teoría microbiana de la enfermedad y con el desarrollo de la cirugía.

Los factores que obstruyeron el desarrollo inicial de la cirugía norteamericana del siglo XIX se pueden resumir en falta de esfuerzos educacionales, poco interés en las ciencias básicas, pobres consideraciones higiénicas, falta de estudios sistemáticos, falta de anestesia (hasta 1846), alta incidencia de septicemia o gangrena, la falta del uso de líquidos intraoperatorios y de sangre, así como de los estudios de laboratorio y cuidados de enfermería hoy apropiados.

En estas condiciones, el cirujano trabajaba por necesidad, en forma rápida, sin atención al dolor y con precisión suprema. Desde el punto de vista de la vestimenta del cirujano, éste usa ropa de calle, no se lava las manos, no utiliza cubrebocas o sombrero, y las restricciones higiénicas no existen.[76]

Años más tarde Pasteur conmovió a la Academia Francesa con las siguientes palabras: "El agua, la esponja y las hilas con que ustedes limpian y cubren la herida dejan sobre ésta los gérmenes que en muy corto tiempo causarán la muerte de los operados..."

Podrían citarse abundantes ejemplos; sin embargo, baste lo anterior para glosar uno de los grandes enunciados del derecho sanitario: *en tanto se experimentan*

---

[73] *Idem.*

[74] Y esto no significa un relativismo absoluto, es decir, que no sea posible obtener razonable certeza; sin embargo, esto resulta menos frecuente de lo que el público en general supone, pues, además, en buen número de casos la pericia, especialmente la de parte, podría tener un sesgo y esto la hace profundamente discutible.

[75] Barreras, Dujarric y Lloren.

[76] Si tales condiciones se reprodujesen en el ámbito quirúrgico de estos días, no se dudaría en apreciar la existencia de mala práctica, y no sólo esto, en estimar presunto responsable de algún ilícito penal al cirujano que osare enfrentar un caso sin observar las más elementales reglas de asepsia y antisepsia. Sin embargo, esto no sucedía en el siglo XIX; en efecto, la rudimentaria *lex artis* de esos días no exigía sino intervenir al paciente, fueren cuales fueren las condiciones de hecho.

las aproximaciones sucesivas, no es posible tener por obligatorios métodos, técnicas y procedimientos sino hasta que la investigación clínica demuestre su eficacia e idoneidad en términos de la necesidad del paciente.[77]

Si se extrapola esto a lo jurídico, vistas las acres discusiones metodológicas, el problema se podría complicar en gran medida, pues de aceptarse la falta de parámetros metodológicos objetivos, la búsqueda de la verdad en el caso concreto se vería oscurecida en razón de un paladino relativismo, y toda apreciación de los tribunales siempre se vería empantanada, además de por las alegaciones de las partes,[78] en razón de argumentar la no viabilidad metodológica.

Podría señalarse que, en el ámbito del derecho sanitario, esta situación ha sido habitualmente aducida en los juicios (en efecto, por regla general, los litigantes combaten las argumentaciones médicas apelando a razones metodológicas). Con dicho propósito se han esgrimido diversos apuntamientos teórico–jurídicos para zanjar este tipo de controversias y de entre ellos, se insiste, los de mayor aplicación en el ámbito del *ius* sanitario se deben al realismo jurídico norteamericano, encabezado por Oliver Wendell Holmes, quien según apunta Juan Vega Gómez:[79] "desde la academia y la judicatura hizo patente la necesidad de no concentrarse en un desarrollo cierto y estable del derecho, sino ver al derecho y entenderlo dentro de los contextos sociales, políticos y económicos del momento".

Holmes y con él Cardozo y, especialmente, Roscoe Pound, no apostaron por el dogma de la certeza inmutable del derecho; por el contrario, lejos de postular la aplicación meramente mecanicista de las reglas y principios jurídicos (entre los que se encuentra, por supuesto, la *lex artis* médica),[80] señalaron la necesidad de ajustarse a las condiciones de modo, tiempo y lugar.

En tal contexto, se debe al tercero citado, a Pound, la célebre teoría de los estándares;[81] siguiendo al memorable tratadista, puede decirse que los juristas se enfrentan a cuatro elementos jurídico–normativos:

---

[77] Esto hace recordar la etimología del término "obligación", una palabra compuesta de los vocablos *ob,* delante, por causa de, y *ligo, as, are,* atar, ligar, amarrar. Entonces, la obligación se refiere al hecho material de ligadura, de la sujeción moral y ulteriormente jurídica que implica el compromiso de hacer o no una cosa. Paradójicamente, el origen del término "obligación" está relacionado con el derecho sanitario; así, en Cicerón Tus, II, 16 se dice: *Medicum requierens a quo obligetur,* y en Tácito, *Ann.* VI, 9 se refiere: *Obligare venas.* Entonces sería irrazonable obligar, es decir, vincular moral y jurídicamente al facultativo hacia hechos imposibles o respecto de técnicas, procedimientos, métodos e insumos no demostrados científicamente.

[78] Siempre interesadas en beneficiar su interés jurídico.

[79] *Seguridad jurídica y derecho constitucional.* UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. www.bibliojuridica.org/libros/1/343/20.pdf

[80] Es decir, el conjunto de técnicas, métodos y procedimientos generalmente aceptados en un lugar y tiempo determinados, en condiciones de modo, tiempo y lugar concretas.

[81] Fue propuesta en el congreso de la *American Bar Association* en 1919.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Reglas (disposiciones imperativas adoptadas por el legislador y los tribunales).
- Principios (imperativos genéricos que resultan del conjunto de reglas).
- Conceptos (enunciados abstractos).
- Estándares (medida media que corresponde a una conducta social correcta).[82]

Merced a lo anterior, lo justo es atemperar las reglas, principios y conceptos en términos de estándares, pues según se ha visto, sería injustificado obligar al profesional sanitario en términos extralógicos. Sobre el particular, señalaba de una manera por demás gráfica: *"Se confía en el sentido común, la intuición y la experiencia; no en la regla técnica ni en la aplicación escrupulosamente mecánica."*

Lo anterior, en consecuencia, da origen a la necesidad de precisar en cada caso concreto los siguientes elementos:[83]

a. La situación concreta del paciente.
b. Cuáles son las necesidades del paciente y, por ende, los objetivos de la atención (cualificar si se trata de atención electiva, de urgencia, de complacencia, etc.).[84]
c. Cuáles son las reglas de *lex artis* y deontología médicas aplicables a la situación concreta (y ponderar cuáles serían las alternativas de atención).
d. Cómo debían aplicarse dichas reglas en términos de la media.[85]
e. Evaluar su aplicación en el caso en estudio (previo señalamiento de las obligaciones inherentes a cada uno de los integrantes del equipo sanitario, así como las inherentes a las instituciones y establecimientos correspondientes).

Al efecto es imprescindible recordar una elocuente expresión de Mario Bunge: *"El método científico no provee recetas infalibles para encontrar la verdad.*"

Dentro del sinnúmero de rubros que ameritan la atención en el caso concreto es de especial importancia la definición de las reglas de *lex artis* y deontología

---

[82] Sobre el particular se recomienda consultar, además de los trabajos del propio Pound, a Diego Valadez en su interesante artículo "Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio", y también las interesantes referencias de Luis Recaséns Siches en su *Tratado de filosofía del derecho.*

[83] Y esto supone un planteamiento lógico.

[84] Existe un axioma del derecho sanitario: *la necesidad del paciente legitima el tratamiento.*

[85] Cuando se habla de media, no se habla de medianía o mediocridad, sino de lo razonable, es decir, el justo medio. Por otro lado, podrá observarse se trata de un ejercicio de aplicación de los criterios bibliohemerográficos a la situación concreta, no de recurrir al mero academicismo.

concretas; al efecto, siempre es recomendable tener presentes los siguientes parámetros:

- No se trata de la *lex artis in genere,* es decir, de la aplicación indiscriminada de la bibliohemerografía disponible; se trata de la selección apropiada en términos del caso concreto (circunstancias de modo, tiempo y lugar).[86]
- Tampoco se ha de pensar en la bioética en general,[87] sino en la regla deontológica aceptada *como regla mínima de comportamiento médico* en el caso en concreto.[88]
- No pueden contravenir la ley. (Sobre el particular es menester recordar el principio contenido en el artículo 10 del Código Civil Federal, que enuncia: *Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.*)
- No pueden ser meramente subjetivos (es decir, no es válido formular el enunciado *yo habría hecho;* se insiste, se trata de lo generalmente aceptado).

En medio de todo, es preocupante la tentativa de algunos para instaurar un periodo "exacto" en la medicina merced al cual se buscaría precisamente lo contrario, es decir, *la interpretación mecanicista de la medicina*.[89]

Y para culminar este rubro,[90] valga citar de nueva cuenta a Pérez Tamayo; el connotado maestro apunta una frase que ha de estimarse axiomática:

"El investigador investiga porque no sabe, empieza por confesarse ignorante y trabaja porque desea averiguar cómo son las cosas..."

LEX ARTIS AD HOC Y DERECHO SANITARIO

Las referencias a la *lex artis* y la deontología médicas son citadas por el común de la doctrina, la legislación, los abogados postulantes y, especialmente, por los

[86] Es decir, el comportamiento médico que el promedio debía seguir.
[87] La *Enciclopedia de bioética,* en 1978, definió a la disciplina como *"estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en cuanto dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales".*
[88] Se habla de las reglas y principios **generalmente aceptados.** En algunos textos, e incluso en referencias normativas, se habla de universalmente aceptados; sin embargo, no es posible en puridad hablar de universalidad de criterios. Ello sería imposible y merced a ello la interpretación correcta es la primera citada en esta nota.
[89] La cual redundaría en un bis trágico tanto para la medicina como para el derecho.
[90] Asumiendo que resta mucho, pero mucho que decir.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tribunales en las resoluciones judiciales; empero, no son muchos los estudios de derecho sanitario acerca de *cómo* se construyen tales referentes y menos aún respecto de los elementos de metodología *jus sanitaria* y de las aporías que representan. Merced a lo anterior, es necesario, a fin de barruntar el cúmulo de problemas jurídicos que representan los citados estándares, incidir no solamente en el examen jurídico de los referentes específicos, sino en cómo se construyen, y para ello ha menester adentrarse incluso en los modelos matemáticos.[91]

Tales estudios son imprescindibles en estos días y para ello el jurista ha de adentrarse en el laberíntico mundo de la hemerografía médica. Se trata, pues, de encontrar una especie de *hilo de Ariadna* que permita alejarse del laberinto donde se amadriga el *Minotauro de la ignorancia,* a fin de afrontar con mayores elementos los retos que el derecho sanitario representa.[92]

Ciertamente, existen notables ejemplos y entre ellos son dignos de cita, en el ámbito español, los estudios de Luis Martínez–Calcerrada,[93] y en el derecho sanitario colombiano, los trabajos realizados por Fernando Guzmán Mora.[94]

Sin embargo, a juicio de quien esto escribe, es necesario abundar en los diversos problemas que tales referencias plantean (la *lex artis* y la deontología constituyen estándares, siguiendo el criterio del ameritado profesor de Harvard Roscoe Pound); es por ello que se ha permitido escribir este trabajo, cuyo propósito es simplemente barruntar, algunas aproximaciones sistemáticas respecto del escenario prevalente, en el cual innegablemente se han planteado y habrán de plantearse aporías y dilemas de no poca monta, especialmente cuando se trata de referentes normativos que, desde el ángulo *jus–sanitario,* habrán de ser definitorios de lo justo y lo injusto en la atención médica y, por ende, motivo de pronunciamientos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias y laudos).

Así, también es necesario llamar la atención respecto de un hecho: no es solamente el asunto de la culpa–responsabilidad el que está en juego; en efecto, tanto la *lex artis* como la deontología constituyen fuentes normativas por antonomasia

---

[91] En efecto, el derecho sanitario es por naturaleza interdisciplinario y cada día adquiere mayor grado de complejidad, pues la medicina misma cada día lo es en mayor medida.
[92] Cuenta la leyenda que Teseo, para acabar con el Minotauro, decidió ser uno de los siete muchachos que se entregarían a aquél. En un barco de velas negras se dirigieron a la isla de Creta. Egeo había ordenado que llevaran también velas blancas y le había dicho a Teseo: "Si logras derrotar al Minotauro, iza las velas blancas en el viaje de regreso, así sabré que has vencido." Teseo llegó a Creta y fue llevado junto a los otros jóvenes al laberinto. Ariadna, hija de Minos, se enamoró de Teseo, y para ayudarle le dio un ovillo de hilo para que atara un extremo en la entrada del laberinto y pudiera encontrar la salida. Ariadna le hizo prometer a Teseo que la llevaría a Atenas y se casaría con ella.
[93] Entre ellos *"Lex artis ad hoc" y la responsabilidad médico profesional*, y *La seguridad en la hospitalización*.
[94] La *lex artis* en cirugía. www.abcmedicus.com/editorial/ id/38/lex_artis_cirugia.html.

del derecho sanitario y, por ende, son las herramientas cotidianas de trabajo del personal sanitario.

Entonces, además de pensar en la evaluación de las antinomias *cumplimiento vs. incumplimiento normativos*, es imprescindible situarse en el escenario de la práctica médica, en donde el profesional sanitario se desenvuelve atendiendo a criterios bibliohemerográficos, protocolos y algoritmos, y en esos términos depende de que tales imperativos (siguiendo la terminología kantiana) no solamente describan procesos, síndromes, síntomas y circunstancias, sino que estén provistos de criterios de justicia y legalidad.

En efecto, el facultativo diariamente debe resolver un sinnúmero de aporías y dilemas y esto incide en el destino vital del enfermo; no es aventurado señalar que el médico adquiere el carácter de *judex factii* y en términos de su libertad prescriptiva interpreta e integra los estándares y los ajusta al proceso específico de atención.[95]

No ha de perderse de vista, siguiendo a Schmidt, que el derecho sanitario se integra con los precedentes consuetudinarios al curar y aliviar el dolor; es decir, en la integración de la *lex artis ad hoc* participa el médico al atender el caso concreto.

Se trata, por lo tanto, de un problema esencial en cuanto a la metodología del derecho sanitario.

A fin de establecer el criterio aceptable, el médico enfrenta el vertiginoso ámbito de la investigación científica y de la bibliohemerografía; priva en él una explosión editorial que para autores como Eduardo Palencia Herrejón[96] bien podría ser calificada de *"esquizofrenia de las publicaciones científicas"*.

La información médica actualmente se presenta en exceso y en forma desordenada, al extremo de provocar una intoxicación llamada "intoxicación médica".

Al respecto, W. Martín Roncero presenta algunos datos de enorme interés:[97]

"Desde el siglo XVIII se utiliza el artículo como vehículo principal para la diseminación del conocimiento científico. A finales del siglo XIX y comienzos del XX la presencia de revistas profesionales y artículos científicos era ya tan grande que se hizo necesaria la elaboración de obras de referencia *(Index Medicus* y

[95] Definida en la Norma Oficial Mexicana NOM–168–SSA1–1998, Del expediente clínico, de la siguiente manera: facultad en favor del personal médico a través de la cual los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud habrán de prestar sus servicios a su leal saber y entender, en beneficio del usuario, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que presten sus servicios.

[96] La esquizofrenia de las publicaciones científicas: factor de impacto *vs.* popularidad. *Revista Electrónica de Medicina Intensiva.* Artículo especial nº 12. Vol. 4, nº 1, enero de 2004. remi.uninet.edu/2004/01/REMIA012.htm

[97] *El uso de la terminología médica.* Thesaurus. Medical Subject Headings (I) www.atheneum.doyma.es/Socios/sala_l/lec13pub.htm

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Excerpta Medica, entre otras) para facilitar la gestión de la información. A lo largo del siglo XX el crecimiento de la información científica ha sido tal que puede hablarse de una auténtica explosión de la información. Hace 30 años, en paralelo con el desarrollo tecnológico, se construyeron versiones computarizadas de estos índices, bases de datos como MEDLINE, EMBASE y otras, para posibilitar un acceso rápido a la información. La gran paradoja es que la inmensa cantidad de información almacenada, **cada año se publican de 20 000 a 30 000 revistas médicas,** hace difícil el acceso al conocimiento de calidad y adecuado a las necesidades concretas del usuario, que tiene que enfrentarse a un problema no muy distinto al de buscar una aguja en un pajar."

Señala, asimismo, que MEDLINE se actualiza con **más de 350 000 referencias al año**.

Quien esto escribe carece de elementos para establecer una cifra definitiva respecto de la cifra anual de publicaciones especializadas; sin embargo, los datos anteriores son suficientes para tener por cierto que simplemente atendiendo al volumen, es difícil sistematizar el universo de criterios médicos; por ello son necesarios los estudios de metaevaluación (también llamados de metaanálisis) a fin de poder identificar consensos, pues innegablemente en el escenario hemerográfico existen desde artículos notables hasta documentos de dudoso criterio y valor científico, y esto repercute en lo jurídico. Es por ello que el presente ensayo contiene apretada glosa de los principales problemas observados en el ámbito práctico y algunas propuestas de solución.

La teoría de los estándares y el derecho sanitario

Ya hemos señalado que a la escuela del realismo jurídico con Oliver Wendell Holmes a la cabeza se debe, entre otras, la enorme aportación de no mirar el derecho como una suerte de estabilidad e inmutabilidad; en efecto, a partir del célebre maestro se dio un giro y el derecho fue visto dentro de los contextos sociales, políticos y económicos ya no como la *normolatría* del siglo XIX,[98] sino que la ley misma es sempiterno cambio.

Hasta antes del realismo, la idea prevalente acerca del derecho suponía que se trataba de un *mero ejercicio de lógica* en el que la premisa mayor era la ley; sin embargo, a partir del célebre profesor de Harvard, esta idea terminó por derrumbarse; así, escribía:

"La vida del derecho no es tarea de lógica: ha sido experiencia. Sentir el derecho necesita del tiempo, de la prevalencia de teorías morales y políticas, de las instituciones de política pública, confesas o inconscientes, libres de prejuicios

[98] El conocido *espíritu de la ley* al que tan afecta fue la doctrina jurídica decimonónica y que aún muestra resabios en el ámbito de la legislación comparada.

con los cuales se juzga a los semejantes; se ha tenido un buen acuerdo acerca de que el silogismo ha sido un factor decisivo en las reglas por las cuales los hombres pueden ser gobernados. Sin embargo, el derecho plasma la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y ello no puede ser tenido simplemente como el acuerdo en determinados axiomas y corolarios de un libro de matemáticas."[99]

La escuela del realismo demostró que al aplicarse la ley, a veces se levantan monumentos a vetusteces jurídicas y se emplean criterios que el tiempo ha superado y lo que es más importante, el intérprete de la ley es ajeno a la historicidad que inspiró la normativa y esto repercute en hechos extraños a la justicia.

Siguiendo los anteriores criterios, Pound propuso en el año de 1919 a la *American Bar Asociation* su célebre teoría de los estándares; así, establece que el jurista se enfrenta a cuatro elementos jurídico–normativos, mismos que ya se han enunciado y que en mérito a la claridad se repiten:

a. Reglas (disposiciones imperativas adoptadas por el legislador y los tribunales).
b. Principios (imperativos genéricos que resultan del conjunto de reglas).
c. Conceptos (enunciados abstractos).
d. Estándares (medida media que corresponde a una conducta social correcta).

A ese tenor, la *lex artis* y la deontología aportan los estándares para el ejercicio médico y se construyen a título de normas de derecho consuetudinario.[100]

Siguiendo a Eduardo García Máynez[101] puede decirse que el derecho consuetudinario posee dos características:

1. Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo (uso reiterado).
2. Tales reglas transfórmanse en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

Como podrá observarse, los estándares del ejercicio médico han de ser *generalmente aceptados,* y el uso reiterado lo será en tanto el estado de la investigación científica no diga otra cosa.

---

99 *The Common Law.*
100 Y aquí vale recordar la célebre connotación de Du Pasquier: "la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*." *Introduction à la théorie genérale et à la philosophie du droit,* pág. 36.
101 *Introducción al estudio del derecho.* 49ª edición. México, Editorial Porrúa, 1988:62.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En este rubro se actualiza uno de los problemas clásicos de la teoría general del derecho y que estriba, según afirma Tomás R. Austin Millán,[102] en *desenredar la relación entre la ley y la costumbre*; al efecto, *la diferencia entre ambos conceptos está centrada en la idea de coacción o compulsión social para la ejecución de los imperativos de orden público. Las reglas que llamamos "Lex" se supone que son ejecutadas en forma compulsiva por una autoridad reconocida y aceptada como tal y que tiene el deber de mantener el orden y la equidad en las relaciones sociales. Las reglas originadas en la idea de "Jus" son respetadas por la gente debido a la costumbre, de tal manera que toda persona o grupo de personas de una comunidad está consciente de ellas y reconoce los deberes y derechos expresados en esas costumbres.*

Entonces, las reglas consuetudinarias (el *jus*) son ponderadas por el juzgador a fin de evaluar si en el acto médico se observó el deber de cuidado, a fin de justipreciar el *cumplimiento–incumplimiento* obligacional y, en su caso, establecer la existencia o inexistencia de culpa. Por lo tanto, en el ámbito del derecho sanitario, los estándares tienen asimismo el carácter de normas complementarias e interpretativas de la *lex* en el caso concreto; de ahí el carácter de *lex artis ad hoc* felizmente señalado por Martínez Calcerrada; es decir, no se trata de la *lex artis in genere*, sino de los parámetros aplicables a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la atención médica. Dicho en otros términos, sólo bajo la *lex artis ad hoc* es posible determinar cuáles son las obligaciones del personal sanitario ante *la necesidad especialísima del paciente en lo particular.*

Y sólo de esta suerte puede aplicarse el necesario criterio de justicia al evaluar el acto médico.[103]

---

[102] Revisión critica de las teorías de la antropología legal desde la publicación de "*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*" de Bronislaw Malinowski. www.geocities.com/tomaustin_cl/ant/antjur.htm

[103] Valga destacar en este punto un rubro imprescindible de naturaleza metodológica: el análisis del acto médico no es simplemente el ejercicio de razonar el caso con las referencias bibliohemerográficas disponibles a título de premisa mayor; ha menester establecer cuál era la *lex artis ad hoc* en ese caso en particular. De otra suerte podría incurrirse en sofisma de generalización. Ha de recordarse que un razonamiento puede fallar: a) porque se parte de afirmaciones falsas o inciertas, como si fuesen afirmaciones verdaderas y ciertas (falla en las premisas), o b) porque el procedimiento de inferencia es incorrecto (falla en el procedimiento). Claro está que pueden ocurrir las dos clases de defectos en una misma argumentación. Es necesario aclarar que no todos los razonamientos inválidos se llaman falacias, sino solamente aquéllos que tienen cierta apariencia de razonamiento válido y que precisamente por ello son capaces de producir engaño. Las falacias son entonces los argumentos inválidos que están revestidos de una apariencia capciosa. Lo anterior supone un ejercicio de alta especialización que, a decir verdad, no siempre está disponible en los tribunales, ya en razón de sesgo pericial, de impericia del evaluador o de apreciación fragmentaria de los hechos.

Otro tanto sucede con la deontología médica. Mientras que la *lex artis ad hoc* refiere el *qué hacer,* la deontología define los *límites en el sujeto personalísimo que es el paciente.*

En el contexto señalado, tratándose de *lex artis ad hoc* y deontología médicas, gracias a la investigación biomédica han podido establecerse una suerte de reglas generales y algoritmos cuyo propósito esencial es definir fórmulas codificadas que permitan un mejor ejercicio médico; empero, ante el vértigo de la investigación biomédica, son observables en un sector de la literatura especializada, y aun en los intérpretes, los siguientes problemas:

a. Publicación de criterios ajenos a la legalidad (por desconocimiento de las normas generales del derecho sanitario o en razón de pretender su generalización antes de la necesaria reflexión jurídica).
b. Publicación de criterios pretendidamente derogatorios de la ley.
c. Publicación de hemerografía insuficientemente sustentada.
d. Publicación de resultados con sesgo.
e. Publicación de resultados preliminares.
f. Diversidad de criterios en cuanto a los estándares en medicina.
g. Asunción de criterios por meros lineamientos administrativos, no sustentados en investigación.
h. Asunción en la praxis médica de criterios equivocados.
i. Empleo abusivo de la libertad prescriptiva.
j. Falta de conocimiento especializado por el intérprete pericial y judicial.
k. Asunción en las resoluciones judiciales y administrativas de criterios que contravienen la literatura generalmente aceptada.[104]

No debe olvidarse que la finalidad es construir los algoritmos médicos y en tanto tales se está inmersos en modelos matemáticos. Al respecto apunta X. Pujol Gebellí:[105]

"Describir la forma precisa del universo sigue dependiendo, en buena medida, de la habilidad de un matemático con su lápiz. Lo mismo ocurre para algunas áreas tecnológicas, económicas o sociales de las que se espera obtener herramientas que faciliten una mayor comprensión de la realidad o predicciones de comportamiento que pretendan ser infalibles. Son las matemáticas de los nuevos tiempos. De la mano de fórmulas clásicas y con el apoyo imprescindible de las nuevas tecnologías, están abonando el terreno de futuras aplicaciones."

Ha menester insistir en que los referentes literarios no constituyen axiomas o *premisas mayores de necesario cumplimiento,* sino que más bien dan lugar al empleo de modelos matemáticos; es decir, *simuladores* que permiten recrear el dramático escenario real de la atención médica, a fin de prever en términos del deber de cuidado las obligaciones hacia el paciente.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Qué es y cómo se construye la *lex artis ad hoc*

La locución latina *lex artis*, literalmente *"ley del arte"*, también entendida como "*estado del arte",* se refiere a un *conjunto de reglas técnicas o estándares de cumplimiento necesario por el personal de salud*. Tal y como afirma Patricio Carrasco Tapia,[106] se trata de un *concepto relativo y difícil de valorar;* en efecto, en buena medida y según se ha señalado, se trata de un verdadero mosaico.

La Universidad de Navarra, en su *Léxico de bioética,* entiende por *lex artis* al *conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente,* y agrega: *Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina*.[107,108]

Carrasco, por su parte, presenta una interesante reflexión acerca de esto último:

---

[104] En el ámbito del derecho sanitario iberoamericano han sido ampliamente criticados diversos pronunciamientos judiciales que han desconocido la *lex artis ad hoc* (abundan ejemplos en el derecho argentino, chileno, español y, por supuesto, mexicano). Solamente a título de ejemplo, transcribe el autor un precedente mexicano merced al cual se fincó, por causa de la administración de anestesia, responsabilidad objetiva. El criterio señalado refiere a la letra: Responsabilidad civil objetiva. Anestesia, debe considerarse como sustancia peligrosa para el caso de. Si se toma en cuenta que dentro de la descripción que realiza el artículo 1 913 del Código Civil, la peligrosidad de las cosas no sólo depende de su naturaleza o características inseparables que les son propias, sino también por la velocidad que desarrollan, por la corriente que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otras causas semejantes, de manera que la peligrosidad de las sustancias a que alude el artículo citado es en razón de la naturaleza funcional de la cosa y no la cosa independientemente de su función; por tanto, la peligrosidad depende de la función que cumpla o del fin que realice. Entonces, la anestesia es peligrosa en razón de los efectos que produce, consistentes en la disminución de las funciones vitales, incidiendo medularmente en el sistema cardiovascular, respiratorio y cerebral, pudiendo producir, en algunos casos por sus efectos adversos, hipoxia (falta de oxigenación), por lo que la sustancia denominada anestesia al producir efectos depresores intensos del sistema nervioso central, es de considerarse peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento. Primer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Amparo directo 137/95. Hospital Infantil Privado, S. A. de C. V. 22 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Wilfrido Castañón León. Secretaria: Xóchitl Yolanda Burguete López. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta II, Noviembre de 1995. Página: 594

[105] *Sutiles algoritmos para las nuevas enfermedades y para simular neuronas.* www.iescarrus.com/edumat/prensa/art2004/art2004.htm

[106] Universidad de los Andes. Facultad de Odontología. biblioteca.uandes.cl/documentos/DesplegarTesis.asp?nombre=C:/ www/biblioteca/documentos/Pcarrasco.xml

[107] Armando Olveira destaca en relación al tema *Lex artis:* "Constituye un comportamiento por parte del profesional médico que se adecúe a las normas y disposiciones del orden médico y técnico y de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la *inveterata consuetudo* y que tienen que gravitar como indicadores de la conducta médica."

"Si proyectamos el ejercicio médico hacia el futuro, es muy probable que los médicos recuerden el uso de las drogas quimioterapéuticas que actualmente utilizamos para el tratamiento del cáncer con el mismo horror con que nosotros miramos el uso de aceite hirviendo en las heridas. Igualmente, las generaciones venideras contemplarán nuestros hoy tan admirados métodos de cirugía de corazón abierto como una de las más salvajes agresiones al organismo de una persona. A pesar de todo, estos dos ejemplos constituyen la *Lex Artis* de hoy en el manejo de estos dos tipos de enfermedad."[109]

La historia de la *lex artis* siempre ha estado sujeta a esta constante. Ya se ha glosado el ejemplo clásico de Pasteur ante la Academia Francesa.

Otro tanto sucedía con Lister: había demostrado en 1867, en forma irredargüible, los éxitos de la cura antiséptica; sin embargo, eran discutidos e impugnados ardorosamente. Afortunadamente, en Francia el célebre cirujano Lucas Champonnière luchaba con fervor de apóstol para difundir el método listeriano, anotando que *"todo lo que podré decir es que no he tenido un solo caso de complicación de herida: no he visto ni erisipela ni infección purulenta y he practicado operaciones que antes no se usaban en Francia"*.[110]

Para entender cabalmente el concepto de *lex artis ad hoc* es necesario recurrir a célebres precedentes del derecho español, las Sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993 y 25 de abril de 1994, que aportan elementos generalizables hacia el derecho sanitario comparado.[111]

Escribe al respecto Martínez–Calcerrada:

---

[108] En el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México se ha definido a la *lex artis* médica de la siguiente manera: "*El conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo."* En el derecho sanitario mexicano la obligatoriedad de la *lex artis ad hoc* tiene su fundamento en el artículo 51 de la Ley General de Salud y el artículo 9º de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, en donde se habla de principios científicos de la práctica médica. En esos términos, en el precepto de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se hace correlación normativa entre ambos referentes, que para efectos del derecho mexicano se han entendido indistintamente de esta manera.

[109] De igual suerte existe el caso contrario; pese a que Fleming reportó su descubrimiento sobre la penicilina en el *British Journal of Experimental Pathology* en 1929, sus colegas lo subestimaron. Se dice que la comunidad científica supuso que la penicilina sólo sería útil para tratar infecciones banales y por ello no le prestó atención.

[110] Laval RE: El método antiséptico de Lister y su introducción en Chile. *Revista Chilena de Infectología* 2001;18(3).

[111] *Vide* Martínez–Calcerrada Gómez L: *La seguridad en la hospitalización.* VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. I Reunión Iberoamericana del Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación MAPFRE Medicina. Pág. 252.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

"Puede entenderse la *lex artis ad hoc* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado o intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)."

Martínez–Calcerrada, al sistematizar el estudio de la *lex artis ad hoc,* aportó algunos elementos metodológicos de gran importancia, necesarios para el análisis de casos:[112]

- **a.** Referencia a reglas de medición de conducta, al tenor de baremos que integran la *lex artis ad hoc*.
- **b.** Necesidad de valoración de la conducta médica al tenor de 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 del acto médico *ad hoc*.

Por cuanto hace a elementos bibliohemerográficos, la *lex artis* médica se integra en México como sigue:

- Literatura magistral. La empleada en las instituciones de educación superior para la formación del personal de salud.
- La bibliohemerografía indexada. Es decir, la contenida en publicaciones autorizadas por comités nacionales especializados en indexación y homologación bibliográfica o instituciones *ad hoc*.

---

[112] Conforme a lo anterior y a diversos precedentes (recaídos en diversas sentencias en el ámbito iberoamericano) se modificó el criterio general en cuanto a la *lex artis;* en efecto, durante mucho tiempo se había supuesto que la *lex artis ad hoc* únicamente tenía por fuente la literatura médica especializada. Empero, los precedentes señalados han dado pábulo a modificar este criterio; en efecto, la *lex artis ad hoc* se ha venido impregnando cada vez más de componentes éticos y su contenido está sujeto a interpretación a través de peritajes, consensos, recomendaciones de sociedades científicas y las determinaciones administrativas y judiciales.

Resultados de investigación	Metodología y algoritmos	Disponibilidad de información	Metaevaluación
Ley y orden público	Políticas de salud	Libertad prescriptiva	Autonomía
Recursos disponibles	Entrenamiento	Criterios de comisiones *ad hoc*	Criterio judicial

Figura 5–1.

- Las publicaciones emitidas por los institutos nacionales de salud e instituciones *ad hoc* en los cuales se refieran resultados de consenso.
- Las publicaciones que demuestren mérito científico y validez científica.
- Los criterios de la Secretaría de Salud.
- Los criterios interpretativos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- La farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.
- Los diccionarios de especialidades farmacéuticas autorizados por la Secretaría de Salud.
- Los criterios de comisiones y comités *ad hoc*.

Sin embargo, el escenario de la *lex artis* no se reduce solamente a la literatura médica, de por sí abigarrado, según se ha destacado, sino que ha de entenderse como una suerte de construcción normativa (vía interpretación analógica o integración) que está sujeta a los elementos que se ilustran en el gráfico que se muestra:[113]

Merced a lo anterior, el acto de revisión judicial, pericial o arbitral resulta *a posteriori* en cuanto a la concreción del acto médico; sin embargo, en razón de los elementos en juego, la labor del intérprete requiere asimismo y de manera necesaria realizar interpretación analógica e integración, lo cual es igualmente parte del quehacer profesional durante la ejecución del acto médico *ad hoc.*

Entonces, tanto la interpretación analógica como la integración requieren el siguiente trabajo de análisis:

[113] Jorge Manuel Sánchez González ha destacado reiteradamente la necesidad de buscar algunas estrategias para evaluar los sitios web de donde se obtiene información, así como la información misma. Así, resultan confiables los criterios del Código HON, es decir, el código de conducta de la Fundación *Health On the Net.* Al efecto se recomienda el artículo Información médica en internet. *Revista de Posgrado de la Vía Cátedra de Medicina* 2003, junio;128:6–10. http://unne.edu.ar/revista 128/ inf_med_internet.htm.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

a. Certeza en las hipótesis que fueron empleadas para instaurar los baremos.
b. Identificar la certeza y confiabilidad de las fuentes empleadas para la construcción de los baremos.
c. Tener por ciertos los alcances de la libertad prescriptiva en el acto médico *ad hoc*.
d. Identificar los elementos análogos y los diferenciales existentes, tanto en el baremo como en el acto médico *ad hoc,* a fin de valorar el correcto ejercicio de la libertad prescriptiva.

Lo anterior es un ejercicio no sólo necesario sino indispensable, pues en el escenario de la resolución de controversias, ya sea en el medio judicial o en el ámbito de los medios alternos, las partes argumentan en ánimo de convencer al tercero imparcial y, por lo tanto, la interpretación de la *lex artis* se orienta más que a un ejercicio objetivo, hacia un alegato, que de suyo habrá de estar sesgado por el interés en juego.

Tales elementos han de ser valorados especialmente por el personal pericial que participe en la causa, pues en este rubro el personal judicial, no obstante su preparación especializada, depende de la correcta asesoría médica.

Algo similar acontece incluso con el personal arbitral médico, pues no obstante su nivel de especialización, también depende de una correcta evaluación de la literatura que le es aportada por las partes que, igualmente, y por regla general, son seleccionadas para reforzar sus argumentaciones.

Al respecto, la bibliografía especializada aporta los siguientes datos de interés:

a. Saura Llamas J y Saturno Hernández,[114] en su trabajo dentro del Grupo de Evaluación y Mejora de los Protocolos, al observar la no uniformidad en los mismos han propuesto un modelo estándar o esquema de elaboración de los protocolos:

"Las fases de construcción de un protocolo son:

1. Fase de preparación, que consta a su vez de: elección del problema que hay que protocolizar, definir el tipo de protocolo, establecer un grupo de trabajo y fijar un cronograma.
2. Fase de elaboración del documento del protocolo, que incluye cuatro partes: hacer una aproximación fundamentada al tema, tener en cuenta unas recomendaciones generales para el diseño del documento del protocolo, construcción de algoritmos o árboles de decisión y utilización de un modelo para la presentación del protocolo. El esquema propuesto para el documento final consta de las partes: denominación, índice, de-

[114] Unidad docente de Medicina Preventiva y Salud Pública, Centro de Salud Universitario Barrio del Carmen, Murcia. DOCUMED Base de Datos de Documentación Médica Española. Universitat de València. www.uv.es/~docmed/documed/documed/200.html.

finición, definir la población diana, definir la actividad por realizar, recogida de información, plan de actuación (diagnóstico, terapéutico, seguimiento y recomendaciones al paciente), recursos sanitarios, organización y funcionamiento, sistema de registro, evaluación del protocolo, bibliografía y anexos.

3. Fase de análisis crítico.

4. Fase de difusión e implantación.

5. Fase de evaluación."

b. Luis Jasso Gutiérrez[115] señala: "Cuando se investiga información en libros de texto, no es raro que tengan errores, ya sea porque para el momento en que se consultan ya perdieron vigencia. Por otra parte, en lo que se refiere a las actualizaciones de temas específicos publicados en las revistas médicas, no es raro que resulten ineficaces para solucionar problemas clínicos concretos.

En estudios realizados en diversas partes de un mismo país y entre países, se ha demostrado que la práctica médica, ya sea para establecer el diagnóstico o instituir una terapéutica, es común que revele diferencias inaceptables. Por otra parte, también es del conocimiento que sólo una minoría de las intervenciones médicas de uso diario están apoyadas en estudios científicos fiables."

c. Merced a lo anterior, ha sido necesario revisar la confiabilidad de la bibliografía a fin de establecer revisiones sistemáticas y metaanálisis:

"Las revisiones sistemáticas (también llamadas *overviews)* son investigaciones que analizan los resultados de estudios concurrentes según un protocolo previamente especificado, para encontrar una respuesta concluyente a alguna pregunta de interés asistencial o sanitario. Se denominan "sistemáticas" porque aplican una serie de herramientas del método científico para reducir los posibles **sesgos**. Éste es el aspecto fundamental que diferencia este tipo de síntesis de las tradicionales revisiones "narrativas" (las clásicas actualizaciones) que se basan en criterios muchas veces extremadamente subjetivos para arribar a conclusiones y recomendaciones finales."[116]

---

[115] *Fundamentos y prácticas de la medicina basada en evidencias*, en *La medicina pediátrica basada en evidencias*. XI Jornadas Pediátricas Regionales. Academia Mexicana de Pediatría, A. C. Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de Querétaro. Octubre de 1999:17.

[116] Medicina basada en evidencias o en pruebas (breve tutorial en español). www.enlacesmedicos.com/mbesp.htm. En igual sentido, Cook DJ, Mulrow CD, Haynes RB: Systematic reviews: synthesis of best evidence for clinical decisions. *Ann Intern Med* 1997;126 (5):376–380.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

> "Por cuanto hace al metaanálisis, si bien el gran ensayo clínico "*randomizado"* o "megaensayo" sigue siendo el *"standard de oro"* para valorar la efectividad de distintas conductas terapéuticas, las diferencias en estudios clínicos suelen ser sutiles o moderadas y pasan desapercibidas para estudios con tamaños muestrales pequeños. Aún diseñando un megaensayo, su realización puede ser poco factible o sus conclusiones pueden llegar demasiado tarde para problemas urgentes.

"La principal ventaja del metaanálisis es precisamente salvar estas dificultades, sumando las potencias estadísticas de varios estudios al analizarlos en conjunto. De esta manera, es posible detectar diferencias de efectos pequeñas o en subgrupos de pacientes. Además, al combinar los resultados de todos los estudios disponibles acerca del mismo tema, el metaanálisis salva otro gran conflicto de la práctica médica, transformando las conclusiones de estudios discordantes en recomendaciones concluyentes y claras para la acción. Las principales utilidades del metaanálisis consisten entonces en sus dos funciones específicas que son: resumir información y reconocer patrones. Pero su utilidad no se limita al médico asistencial, sino que también orienta a los investigadores al resumir la información disponible y guiar la elaboración de hipótesis que merecen ser investigadas, mejorando de esta manera los recursos destinados a la investigación."[117]

Según estos criterios, podrían enumerarse algunas indicaciones y contraindicaciones contenidas en los cuadros 5–1 y 5–2:

Expuesto lo anterior, parece necesario recomendar para el análisis de casos la revisión bibliográfica previa a fin de tener la necesaria certeza legal en los estándares de *lex artis* y no emplear literatura no indexada más que en casos excepcionales debidamente justificados.

Obvio es que las partes habrán de asumir la carga de la prueba respecto de la confiabilidad de la literatura no indexada. De igual suerte, se habrá de generar una nueva excepción en el terreno del litigio, pues cuando se aduzca bibliografía no calificada, *la contraria podrá asumir válidamente la excepción de referencias no indexadas*.

Según podrá observarse, lo anterior arroja nuevas reglas en el terreno procesal; sin embargo, a entender del autor resulta un *mal necesario*, pues de otra suerte se

Cuadro 5–1. Indicaciones para el metaanálisis

Necesidad de una toma de decisión urgente, donde se hace imposible implementar un nuevo ensayo clínico
Investigación de seguridad y efectos adversos de drogas y terapéuticas

[117] *Idem*.

Cuadro 5–2. Contraindicaciones para el metaanálisis

No debería usarse este método como base para la aprobación y registro de drogas
Tampoco con la intención de transformar un efecto irrelevante en significativo a través de la combinación de los mínimos efectos de múltiples estudios
Se considera también un mal uso del metaanálisis el utilizarlo para eludir la realización de un estudio propio, con la esperanza de que será publicado con mayor rapidez

corre el riesgo de no cumplir el ya clásico *desideratum* propuesto por Teodoro Geiger en cuanto a la seguridad jurídica. Y esto es una exigencia insoslayable al integrar e interpretar los estándares médicos.

Ciertamente, y según reportan las publicaciones especializadas, los esfuerzos de grupos como MBE *Evidence Based Medicine* y el Grupo *Cochrane Collaboration* y los demás análogos que se han sumado a estos esfuerzos tienen sus limitaciones.

Sobre el particular, Jesús Kumate señala:

"La Medicina Basada en Evidencias (MBE) es una deidad de moda en el ámbito académico, más en las especialidades que en la medicina general. Ha impuesto o recordado que los resultados y conclusiones de los trabajos de investigación clínica para ser válidos deben resultar de estudios doble ciego, aleatorizados y con un tamaño de muestra suficiente para obtener diferencias estadísticamente significativas...

"La MBE sirve para evaluar la efectividad de las acciones y terapéuticas respecto a condiciones o enfermedades definidas, proporciona **una probabilidad**[118] del efecto esperado de una intervención médica basada en el promedio obtenido de todos los pacientes del ensayo."[119]

Otro de los grandes problemas que supone el estudio de la *lex artis ad hoc* lo es evaluar en el caso concreto el ejercicio de la libertad prescriptiva. Con dicho propósito son de destacarse los siguientes elementos metodológicos:[120]

- El ejercicio de la libertad terapéutica supone la permisión al médico para optar por los medios a su alcance, en términos de lo aceptable de la necesidad del paciente; es decir, no se trata de exigir inopinadamente las técnicas, métodos y procedimientos de mayor sofisticación, sino lo que el deber de cuidado requiera, en términos del entrenamiento del personal.

[118] No ha de perderse de vista que la medicina no es una ciencia exacta y no es infrecuente que los algoritmos se construyan a base de probabilidades.

[119] Reflexiones sobre la medicina basada en evidencias. XI Jornadas Pediátricas Regionales. Academia Mexicana de Pediatría, A. C. Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de Querétaro. 1999, oct.;203.

[120] Adoptados en los protocolos de trabajo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Es necesario establecer puntualmente cuáles eran las necesidades reales del paciente, y no atenerse únicamente a sus declaraciones en el expediente.
- El ejercicio de la libertad prescriptiva no supone el abandono del deber de cuidado; entonces no son admisibles actos de negligencia, impericia o dolo.
- En la evaluación del caso será imprescindible evaluar la presencia del riesgo inherente y su significación en el caso.
- De ser posible, se evaluará cuáles son las hipótesis señaladas en las referencias bibliohemerográficas, a fin de identificar las analogías y diferencias en el caso médico *ad hoc*.

Así, también se ha observado gran utilidad en sujetar la evaluación de cada caso en especial a estudios doble y triple ciego. Lo anterior evita sesgo y permite que los parámetros por evaluar realmente constituyan exigencias de *lex artis ad hoc* y no se trate de las meras impresiones del evaluador.

Merced a lo anterior, todos los pronunciamientos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico son de la institución de manera colegiada y para ello se exige de igual suerte hacer una revisión bibliohemerográfica especial para el caso, a fin de que los parámetros estén provistos de un criterio de razonable seguridad jurídica.

El algoritmo de la figura 5–2 muestra el procedimiento institucional.[121]

Por supuesto que no son todos los problemas observados en la práctica; solamente a manera de referencia el cuadro 5–3 ilustra algunos de los muchos observables.

Para algunos autores, la exigencia de *lex artis ad hoc* debería ser una medicina de excelencia caracterizada por las modas terapéuticas y la tecnificación a ul-

Figura 5–2. Estudios ciegos en CONAMED.

Cuadro 5–3. Algunos problemas prácticos y sus consecuencias

Problema	Efectos
Guerra entre escuelas, grupos y especialidades	Víctimas de los bandos contendientes
Aplicación incorrecta del método	Inocentes procesados o sancionados injustamente, o ambas cosas
Ignorancia del método	Degradación del acto médico
Academicismo	Instrumentos médicos preciosistas, pero inútiles para la Justicia

tranza (el autor no lo cree); basta que el profesional haya observado *el razonable deber de cuidado* en términos de las necesidades específicas del paciente.

Siguiendo al profesor y pediatra norteamericano Charles C. Janeway, podría decirse:

...saber hacer unas cuantas cosas muy bien, pero sobre todo saber dejar de hacer un sinnúmero de cosas malas, es una buena fórmula anti–iatropatogénica.[122]

El problema de los algoritmos

Como es de sobra sabido, la palabra "algoritmo" procede del último nombre del erudito persa Abu Ja'far Mohamed ibn Musa al–Khowarizmi, célebre matemático que inició, entre otras cosas, la modelación a través de simuladores.

Respecto de los algoritmos ha escrito el connotado investigador mexicano Alberto Lifshitz:

- Un algoritmo es la descripción del método mediante el cual se realiza una tarea.

[121] Es importante aclarar que estos estudios de múltiple control tienen, en cuanto a semejanza con los estudios ciegos aplicados en investigación farmacológica, por una parte, que el personal ponente y por otra el personal de asesoría desconocen qué habrá de concluir el otro "ciego" respecto del asunto. Una vez establecidos los criterios de cada uno se contrastan y confrontan; se integra la ponencia hasta resolver la confronta (no antes). Hecho lo anterior, cuando se le presenta al pleno la ponencia, no se informa de las conclusiones de la ponencia a quienes intervienen, sólo se plantea el caso y se emite el criterio de los no ponentes (otro "ciego"). Establecido esto, se hace confronta con él o con los ponentes, y una vez resueltos *por consenso* los puntos de controversia si los hubiere es que se llega al criterio. Adicionalmente se remite el estudio a sanción (con los mismos parámetros) y sólo de esta suerte se puede llegar a un criterio institucional.

[122] Se recomienda la lectura del interesante artículo "Iatrogenia en pediatría", original de Roberto Kretchmer. Publicado por *El Colegio Nacional* en el libro *Iatrogenia*, coordinado por Ruy Pérez Tamayo. México, 1994.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Es una secuencia de instrucciones que, si se realizan adecuadamente, conducen a un resultado previsto.

Hoy por hoy nadie puede dudar de la utilidad de estos auxiliares conceptuales. El siguiente cuadro es altamente expresivo de ventajas y desventajas:

- Los algoritmos clínicos tienen su principal aplicación en la estandarización de los procedimientos para el equipo de salud.
- Tienen la ventaja teórica de ser altamente predictivos y de proponer los caminos más cortos para llegar a un resultado.
- Sin embargo, la predictividad se limita al sector que exploran.
- Los algoritmos tienden a volver excesivamente mecánico el razonamiento, a frenar la capacidad de un juicio crítico y la adquisición de una experiencia personal.
- El médico no puede ser un procesador de algoritmos.
- Lo mismo sucede con los datos "patognomónicos".

El uso de algoritmos en medicina está altamente generalizado; de hecho, y si se observa cualquier sesión académica, la exposición magistral siempre se ajusta a los siguientes rubros (en la especie se toma una referencia conforme a la exposición del célebre Harrison).

Contenido estándar de un algoritmo clínico:

- Consideraciones generales.
- Etiología y patogenia.
- Cuadro clínico.
- Datos de laboratorio.
- Diagnóstico.
- Evolución de la enfermedad y complicaciones.
- Tratamiento.

Otro ejemplo se observa en la literatura que se refiere a medicamentos:

- *Lex artis* en medicamentos:
  - Descripción.
  - Forma farmacéutica y formulación.
  - Indicaciones terapéuticas.
  - Farmacocinética y farmacodinamia en humanos.
  - Contraindicaciones.
  - Precauciones generales.
  - Precauciones o restricciones de uso durante el embarazo y la lactancia.
  - Reacciones secundarias y adversas.

- Interacciones medicamentosas y de otro género.
- Alteraciones de pruebas de laboratorio.

De entre ellos debe entresacarse el régimen obligacional aplicable, pues ello innegablemente aporta bases objetivas al análisis.

Y ya que de algoritmos se trata, se presenta el siguiente cuadro sinóptico:

- Algoritmo general para la evaluación de casos:
  - Identificación plena del problema.
  - Identificación de las normas generales aplicables.
  - Identificación de los principios científicos de la práctica médica *(lex artis).*
  - Identificación de los principios éticos.
  - Interpretación correcta de los anteriores.

Y en la figura 5–3 se presenta otro cuadro para evaluar correctamente las obligaciones de medios (que siempre entrañan alternativas entre dos o más opciones).

Sin embargo, ojalá en la praxis fuera tan fácil como recopilar información y contrastarla con las evidencias del caso; el asunto no es tan simple y la experiencia demuestra los siguientes rubros de problematicidad:

1. En razón de tratarse la literatura médica de síntesis de la investigación clínica, no siempre está al alcance la referencia exhaustiva a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se estudiaron los efectos de los insumos, técnicas y procedimientos investigados.
2. Ello hace que no siempre sea posible distinguir cuáles han de ser tenidos como parámetros iatropatogénicos; entonces, el observador imparcial no

Aplicación de un cuestionario ramificado, a la manera del árbol de Porfirio, para un conjunto inicial de ocho objetos: subdivisión ordenada en alternativas recíprocamente excluyentes.

Mario Bunge

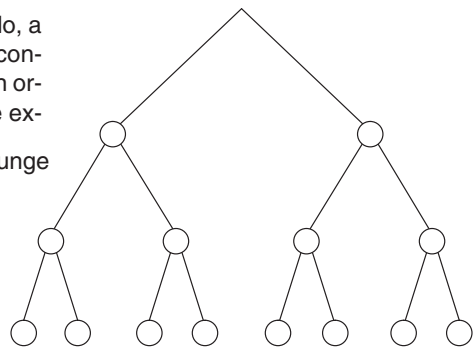

Figura 5–3. Algoritmo general para la identificación de las obligaciones de medios (siguiendo a Mario Bunge en *La investigación científica*.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

puede menos que dirigir su interpretación hacia el riesgo inherente: sería injusto no hacerlo de otra manera.

3. Habitualmente las referencias más ameritadas provienen del extranjero; entonces, a falta de referencias nacionales, no es infrecuente la necesidad de tener que presentar en un estudio tales datos, pese a que la realidad podría ser distinta de la fijada en los textos de referencia.
4. No es infrecuente que los algoritmos disponibles sean omisos en cuanto a las hipótesis por investigar en el caso debatido en los tribunales (en efecto, el objeto de la literatura médica no es suponer cuáles podrán ser las causas de una demanda). Ante esto es indispensable que el evaluador recurra a la integración; es decir, a plantear un criterio de analogía y buscar aplicar un criterio del *"justo medio",* y no asumir la existencia de mal praxis sino ante evidencias palmarias de ella.
5. Por otra parte, y estando las alegaciones de las partes encaminadas para llevar a buen puerto la defensa de "su" caso, no es infrecuente toparse con el argumento de que existió riesgo inherente en el procedimiento, técnica o uso del insumo, y basta citar una o dos referencias para intentar colocarse en esta hipótesis, pese a que en el caso concreto la realidad fuere otra. (Por eso, el evaluador debe estar en guardia ante tales tramoyas procesales.)

Sin duda, el anterior es simplemente un enunciado de algunos problemas; a ellos debe agregarse que los enunciados lógicos siempre serán asunto en el que debe existir especial cuidado. Ese tema por sí solo podría dar lugar a un texto; empero y con ánimo de síntesis, se presentan los siguientes rubros a los cuales hay que prestarles atención:

- Es importante tener por cierto si el enunciado de *lex artis* que se interpreta es una regla general o bien se trata de una regla especial.
- Si el caso a estudio es *sui generis* y, por lo tanto, se trata de una excepción a la regla general.
- Se debe tener presente en qué hipótesis es valedero el informe contenido en la literatura médica.
- Se debe contrastar la o las hipótesis previstas en la literatura con el caso a estudio.
- Se debe tener muy presente la posibilidad de falsación (tanto en la literatura como en el caso en estudio).
- La literatura debe ser evaluada a la luz del principio contrastación–verificación.

Finalmente, es necesario señalar que ninguna regla, principio o algoritmo es "universal" en el sentido de omnicomprensivo; se refiere sólo a la o las hipótesis demostradas en la experiencia científica reportada.

La deontología médica y su problematicidad en el derecho sanitario

Ciertamente, el *ethos* de cada uno de los involucrados en el proceso salud–enfermedad cumple su parte en la toma de decisiones y genera consecuencias en la relación jurídica médico–paciente; al respecto se han generado las más apasionantes y apasionadas polémicas.[123]

En tal contexto, el primer elemento o grupo de aporías surge del llamado problema de las orientaciones o escuelas en el ámbito de la bioética, y en él se encuentra de nueva cuenta la iteración del añejo problema filosófico, es decir, la pretensión de validez universal.

A esto han de agregarse las recientes reivindicaciones del nihilismo filosófico, merced a las cuales se pretende la reivindicación extrema del principio de autonomía en detrimento incluso del orden público y de la ley.

Así las cosas, para la solución de aporías no es posible sesgar el análisis a la aceptación o rechazo de corrientes, escuelas o grupos de opinión, por más que fueren las mayoritarias en el ámbito del pensamiento bioético de un país o región.[124]

La solución, pues, estriba en la sistematización deontológica, puesto que la deontología profesional médica, en tanto disciplina encargada de establecer los deberes del profesional sanitario, requiere un análisis desapasionado y objetivo.

Así las cosas y según ha destacado el connotado Ramón Martín Mateo en su obra *Bioética y derecho,* vivimos con diversas *morales integradas,* es decir, todas las corrientes han hecho sus aportaciones en el ámbito filosófico, así como en la ética y la deontología profesional.

En esos términos, la magnitud de los problemas ha de ser resuelta en términos de la lógica de lo razonable (y en ello se sigue al maestro Luis Recaséns Siches) (cuadro 5–4).

---

[123] En el ámbito del surrealismo jurídico y las tentativas instrumentalizadas se han planteado situaciones extremas, que afortunadamente y por regla general no han tenido eco en la legislación:
"Derecho" al suicidio.
"Derecho" al hijo.
"Derecho" al resultado curativo.
"Derecho" a privar de la vida a "seres sin valor".
"Derecho" a afrentar sexualmente a la mujer.
"Derecho" a matar por motivos religiosos.

[124] Ciertamente y como se ha observado, la aceptación o rechazo social tiene lo suyo en la construcción de estándares; empero, no es el único elemento de referencia, si bien entraña un dato social insoslayable.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Cuadro 5–4. Lógica de lo razonable

Está influida por la axiología, la realidad y la experiencia
Se sustenta en valoraciones
Está limitada por las posibilidades fácticas
Las finalidades del acto humano están delimitadas por la congruencia entre los valores y lo posible

Sin perjuicio de lo expuesto, el *ethos* individual sigue siendo de importancia en el escenario de la atención médica, y lo es porque todos y cada uno de los elementos personales de la atención médica aportan su visión de los hechos. Así, mientras que el profesional de la salud busca el apego científico y la protección de la salud, la población espera el reforzamiento de visiones individuales; por ello de ninguna manera es fácil la solución de las aporías y dilemas bioéticos, antes llamados *casos de conciencia*.

Por otra parte, ha de reconocerse que, pese a que la sociedad posmoderna debería haber perdido su capacidad de asombro, en la praxis no es así. A cada nueva aportación científica ha de seguir un proceso de asimilación, y mientras esto sucede es observable una reacción social que por un lado exige resultados y por otro asume una actitud reactiva ante lo nuevo. Tal proceso no solamente es lógico, sino que resulta natural.

Merced a lo anterior, ha sido destacada sobradamente la falta de paralelismo entre los descubrimientos biomédicos y la evolución psicológica.

El algoritmo de la figura 5–4, original de Mario Bunge,[125] explica de manera gráfica esta situación que, además, resulta igualmente aplicable a la *lex artis* en general.

Por si fuera poco, los principios aportados por el *Juramento* son sólo eso, y en la praxis ameritan ser aplicados al caso concreto. Por supuesto, dicha tarea no solamente no es fácil sino que, por el contrario, es observable la existencia de peligrosas oscilaciones según el intérprete y, por si fuera poco, hasta en tanto no sea emitida una legislación *ad hoc* prevalecen criterios antinómicos que son llevados a los tribunales; éstos, al ser bombardeados por la dramática conflictiva de las partes y la suya propia, han de enfrentar además una falta de profesionalización en materia de metodología de análisis, que redunda igualmente en disparidad de criterios.

Respecto del *Juramento,* cuyos principios son generalmente aceptados a título de punto de partida del criterio deontológico, se ha realizado, sin embargo, una certera crítica que denota el estado de la cuestión; así, refiere Ruy Pérez Tamayo:[126]

---

[125] *La investigación científica.* México, Siglo XXI Editores, 2002:9.

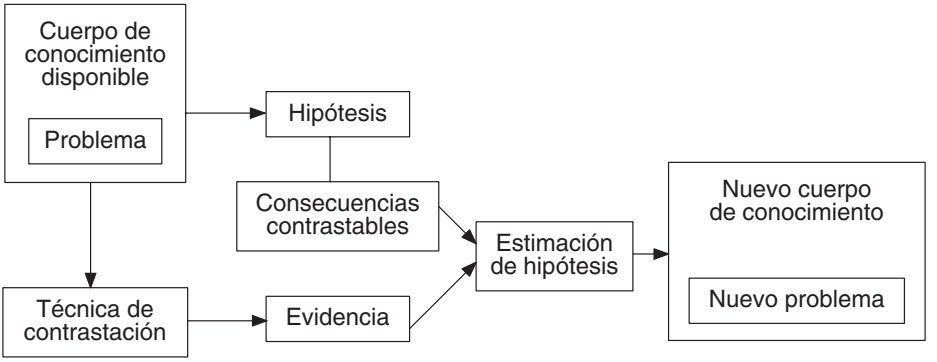

Figura 5–4.

"Siempre he pensado respecto al código que se dice es el más antiguo —y que se aplica a los médicos—, el *Juramento Hipocrático*, que leído con cuidado poco tiene que ver con la medicina actual; ése fue un código generado hace veinticinco siglos por una secta pitagórica, que, además, era minoritaria en el mundo helénico."

Ahora bien, los clásicos principios del ejercicio médico en tanto criterios filosóficos dan lugar a innumerables disquisiciones y aporías, las cuales de manera esquemática se ilustran en la figura 5–5.[127]

Según podrá observarse sólo en el segmento 7, existe conformidad entre la justicia, la autonomía y la beneficencia.

Escribe María Castellanos Arroyo:[128]

"Si como hemos dicho, la Deontología Médica es la Ética aplicada al ejercicio de la profesión médica, ésta obliga a los profesionales sanitarios a buscar lo mejor para cada paciente, individualizando y personalizando la atención médica y revistiéndola de la mejor calidad científica y humana.

Sin embargo, este "buscar lo mejor para cada enfermo" en particular hay que adaptarlo hoy a unos principios básicos en bioética y, por lo tanto, en deontología médica; estos principios dan una estructura canónica a la bioética y soportan con rigor las decisiones éticas de los profesionales de la medicina y de la salud. Éstos son:

[126] El arte médico y la *lex artis*. *Revista CONAMED* 1999, enero–marzo;3(10):10.

[127] En diversos congresos internacionales, no sólo de bioética sino de filosofía del derecho, se han propuesto diversas posibilidades de solución; sin embargo, la aportación de alternativas sistemáticas sigue enfrentando los problemas señalados en el presente trabajo. El caso más reciente se refiere a la clonación, para la cual las diversas legislaciones han dado respuestas que denotan falta de consenso.

[128] La deontología médica: teoría y práctica en Derecho biomédico y bioética.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

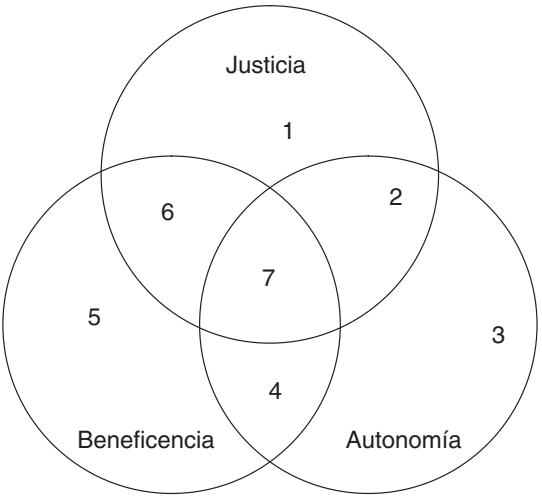

Figura 5–5.

- Principio de beneficencia.
- Principio de no maleficencia.
- Principio de autonomía.
- Principio de justicia."

Concluye la autora citada en el sentido de que, no obstante el debate en los diversos congresos de la especialidad, la opinión mayormente aceptada estima que la jerarquía es la siguiente:

- 1º Principio de justicia.
- 2º Principio de autonomía.
- 3º Principio de beneficencia.

Para García Morente,[129] los valores se descubren al igual que las verdades científicas.

Pudiese acontecer que en cierto tiempo el valor no fuese reconocido como tal, hasta que alguien o algunos hombres tuviesen la posibilidad de intuirlo y entonces lo descubren en el sentido pleno de la palabra.

El valor no se manifiesta como algo que antes no era y ahora sí lo es, sino como algo que antes no era intuido y ahora lo es.

---

[129] García Maldonado JV: Permanencia conceptual. *El Catoblepas, revista crítica del presente. Número 19,19 de septiembre de* 2003:14.

Poseer valor no es tener una realidad entitativa más ni menos, sino simplemente no ser indiferente, tener ese valor. El valor no es un *ente,* es un *valente,* es siempre algo que se adhiere a un objeto y por consiguiente es una cualidad.

El propio autor, en su célebre discurso de ingreso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1932, *Ensayos sobre el progreso,*[130] *destaca una serie de principios* para evaluar o cualificar el *progreso;* así, refiere una serie de directrices merced a las cuales es posible resolver el conjunto de antinomias que se han venido mencionando.

El primer grupo se refiere a la *realización de valores* y de ahí podrían desprenderse los siguientes axiomas:

i. Existe progreso ante el descubrimiento o invención de un valor.
ii. También implica progreso la institución destinada a un valor.
iii. Es progreso el aumento de bienes en cantidad.
iv. Por el contrario, el aumento de males será siempre un retroceso.
v. La conversión de un bien fin en un bien medio no constituye progreso; se trataría de un retroceso.

El segundo grupo se refiere a la estimación de valores; ello es posible a través de la educación. Los siguientes axiomas corresponden a este grupo:

vi. Todo aumento para estimar la capacidad humana es un bien.
vii. Toda rectificación de aberraciones entraña progreso.

El tercer grupo alude al *juicio sobre el progreso universal.* Con dicho propósito podrían reconocerse los siguientes axiomas:

viii. El fomento y desarrollo de un valor inferior en detrimento de un valor superior constituye un retroceso.
ix. El descubrimiento de un problema y cambio de actitud es progreso.
x. El fomento y desarrollo de un valor superior en detrimento de un valor inferior puede constituir un retroceso.
xi. Se debe buscar el desarrollo paralelo de los valores.
xii. Los valores en sí no son incompatibles, sólo la técnica de su realización puede ponerlos en conflicto.

Entonces, de los axiomas enunciados surgen los elementos metodológicos necesarios para resolver dilemas y aporías; en efecto, si el problema es planteado correctamente, el propio planteamiento llevará a la solución. En esos términos, el progreso universal resulta de los progresos particulares.

[130] Cuya referencia y lectura son obligadas pues, a juicio de quien esto escribe, aporta soluciones irrefragables.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Siguiendo los asertos anteriores, podría establecerse una ruta crítica para resolver las antinomias a la luz de los principios específicos del *arte médico* en términos de los siguientes elementos, los cuales se enuncian en el que debiera ser su orden de aplicación:

1. Preservar la vida.
2. Aliviar el sufrimiento.
3. No hacer daño.
4. Decir la verdad.
5. Respetar la autonomía del paciente.
6. Tratar con justicia a los pacientes.

Y en este rubro permítase al autor hacer remembranza de una frase del connotado Gregorio Marañón, una de entre las tantas rescatables del eminente médico, una que podría resumir el escenario al que se refiere el presente trabajo y que, sin duda, no por casualidad ha seguido a quien esto escribe a lo largo de la vivencia del derecho sanitario:[131]

"Aunque la verdad de los hechos resplandezca, siempre se batirán los hombres en la trinchera sutil de las interpretaciones."

EL MÉTODO CLÍNICO Y LA MEDICINA FORENSE

A últimas fechas, no solamente en México sino en otras latitudes[132] se ha debatido si para el auxilio de los tribunales y los órganos de procuración de justicia sólo han de acudir médicos forenses, y cuál debe ser la intervención del médico clínico; esto especialmente se ha discutido cuando el asunto se refiere a la evaluación del acto médico.

Sobre el particular es pertinente aclarar que sea cual fuere la especialidad del facultativo (es decir, médico forense o clínico), al auxiliar a las autoridades estará realizando una función medicoforense.[133]

La legislación nacional es meridianamente clara al señalar no sólo la no discriminación de especialistas sino, por el contrario, su concurrencia para buscar la verdad histórica, y esto da origen a cuestiones metodológicas que se analizarán más adelante.

---

131 Y que el autor se ha permitido citar en otros trabajos.
132 Verbigracia: España. Sobre este punto se recomienda el interesante libro de Barreda García A: *Medicina legal. Temas procesales.* Madrid, Editorial Montecorvo, S. A., 1978:65 y ss.
133 Debe recordarse la definición clásica de Ambrosio Paré: *El arte de hacer relatorios para la justicia.*

Al respecto, el Código Federal de Procedimientos Penales contiene las siguientes reglas:

1. La atención médica de quienes hayan sufrido lesiones provenientes de delito se hará en los hospitales públicos (art. 188).
2. Se instituye un régimen de responsiva, es decir, el acto médico formal, mediante el que un profesional de la medicina acepta hacerse cargo de un paciente ante una autoridad (art. 187, tercer párrafo).[134]
3. La responsiva impone al médico, entre otras, la obligación de extender los certificados de sanidad, defunción y los demás que solicite la autoridad (art. 190).
4. Los certificados de defunción o de sanidad expedidos por médicos particulares estarán sujetos a la revisión de los médicos oficiales, quienes rendirán el dictamen definitivo (art. 191).[135,136]
5. En caso de urgencia, cualquier médico presente en el lugar donde se encuentre el paciente debe atenderlo e informar a la autoridad, entre otros datos, de la naturaleza de las lesiones (art. 192).
6. Los médicos de hospitales públicos que atiendan lesionados se tendrán por nombrados como peritos, sin perjuicio de hacer concurrir a otros para que dictaminen y hagan la clasificación legal de lesiones (art. 229).
7. Las necropsias se realizarán en los hospitales públicos en donde el paciente hubiere fallecido, sin perjuicio de hacer concurrir a otros peritos (art. 230).
8. Fuera de los casos anteriores, la necropsia se realizará por médicos oficiales (art. 231).
9. No se impide la pericia médica de parte, la cual podrá recaer incluso en médicos no oficiales (art. 222 y subsecuentes).

La legislación procesal civil tampoco discrimina la naturaleza del perito, esto es, pueden participar tanto peritos oficiales como particulares, y no existe señalamiento expreso en el sentido de que deban ser médicos forenses.

[134] Existe asimismo en las normas del derecho sanitario la responsiva médica otorgada ante hospitales para el caso de traslado.

[135] Es criticable el texto del precepto legal; en efecto, el llamado certificado de sanidad se instituyó para la sanidad marítima y supone constatar que en una embarcación no hay ningún pasajero afectado por alguna enfermedad transmisible objeto de vigilancia internacional. Por otra parte, se alude a un estado de sanidad que supondría la ausencia de enfermedad cuando en puridad habría de señalarse el egreso hospitalario o la ausencia de algunos signos, síntomas y síndromes. Valga recordar el concepto de salud instituido por la Organización Mundial de la Salud.

[136] En el precepto de mérito priva confusión entre certificado y dictamen; en efecto, el certificado es una constancia médica de que algo es cierto, en tanto que el dictamen supone análisis y discusión de hechos desde el ángulo médico.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Las disposiciones anteriores, según se ha dicho, tienen repercusiones innegables en el aspecto metodológico. Entre ellas obsérvense solamente algunas:[137]

- En principio, los protocolos del ejercicio medicoforense están orientados hacia el ámbito criminalístico; en efecto, si se observa que en México la criminalidad sigue siendo, como afirmara Quiroz Cuarón, del tipo atávico muscular, no resulta extraño que haya sido necesario orientar a la medicina forense al esclarecimiento de estos hechos (lesiones, homicidio) y que los protocolos de estudio se refieran a esto y no a la evaluación del acto médico.[138]
- Esto origina que el personal forense vea circunscrito su ámbito de acción (por necesidades del servicio público) a la traumatología y tanatología medicoforenses y que el análisis del acto médico se vea inserto en los protocolos generales (que, según se ha visto, por necesidad estadística están orientados a otros rubros).
- Por otra parte, es innegable que el personal forense ha debido orientar su trabajo y su formación al ámbito criminalístico y que esto repercute en el análisis de casos clínicos.[139]
- Por su parte, el personal clínico (igualmente por razones de servicio) ha destinado su actividad a la atención de pacientes y no a la pericia medicoforense.[140]

---

[137] Sin perjuicio de lo que suceda en otros rubros.

[138] Algunas referencias estadísticas soportan el porqué de que la medicina forense se haya dedicado, primordialmente, al esclarecimiento de violencias. Un interesante estudio de la Mtra. Haydée Rosovsky, *Accidentes y conducta violenta asociados a la ingesta de alcohol en la Ciudad de México: hacia una estrategia preventiva,* señala que: según los datos proporcionados por el SEMEFO, entre 1990 y 1993 esta institución captó 21 371 muertes ocurridas en accidentes de todo tipo; de éstos, 62.5% correspondieron a decesos en accidentes de tránsito. A los accidentes los siguen en importancia los homicidios (N = 4 668) y los suicidios (N = 1 370). Otro estudio, *La inseguridad pública en México,* a cargo del Centro de Estudios Económicos del Sector Privado, A. C., refiere a la letra: "En relación con el homicidio (crimen violento) debe mencionarse que las cifras son alarmantes. Por una parte, el estudio de victimización reporta que se cometieron 17 648 homicidios en el país en el 2001, aproximadamente. Esto equivale a 18 homicidios por cada 100 000 habitantes o a 48 homicidios diarios." Más adelante, refiere el estudio: "Por su parte, la Secretaría de Seguridad Pública reporta que el número aproximado de denuncias por homicidio fue de 26 769, lo que representa 26 homicidios por 100 000 habitantes o 70.5 homicidios diarios.

[139] En efecto, no es usual que delinca el personal sanitario; por el contrario, presta servicios para proteger la salud y, por lo tanto, no puede dársele el tratamiento de un presunto responsable de hechos violentos, ilícitos sexuales, patrimoniales, etc.

[140] Es más bien circunstancial que el clínico apoye a la administración de justicia en el ámbito pericial.

- Es innegable que si bien el personal pericial oficial está avezado a hacer relatorios para la justicia, no siempre puede disponer de la interpretación actualizada de la *lex artis* médica.
- En cambio, el clínico que por razón natural tiene un mayor acercamiento con la *lex artis* no necesariamente dispone de las herramientas metodológicas necesarias para la peritación.

Los anteriores elementos han generado no pocos dolores de cabeza a la administración de justicia, pues los debates periciales a veces resultan interminables y no sólo esto: en algunos casos se presentan 10 o más peritos para la revisión de un caso en particular.[141,142]

Así, también el abordaje metodológico por los especialistas citados difiere, pues mientras que el personal forense orienta su trabajo principalmente a la búsqueda de indicios de culpa, el personal clínico orienta su trabajo, por regla general, al señalamiento de la *lex artis* y la explicación del hecho médico.

Merced a lo expuesto, se han observado las siguientes desviaciones prácticas:

1. No siempre se explicita la *lex artis* aplicable (frecuentemente se presentan referencias harto generales y no ajustadas al caso concreto).
2. No se ponderan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se prestó la atención; a menudo se presentan referencias de literatura extranjera no necesariamente aplicables en México.
3. No es infrecuente haberse omitido ponderar que el médico actúa con el ánimo de curar, y se estudia el caso asumiendo una presunta responsabilidad por la mera denuncia.
4. Se identifican indebidamente elementos civiles, sanitarios y administrativos con presupuestos penales para el fincamiento de responsabilidades.
5. Se omite la valoración integral y sistemática de las normas del derecho sanitario.
6. Frecuentemente se omite ponderar que el personal sólo responde por negligencia, impericia o dolo, y en cambio se exigen indebidamente resultados no previstos en la *lex artis* médica.
7. Frecuentemente se emiten apreciaciones periciales con el único propósito de desacreditar al perito o intérprete, y no para buscar la verdad.

No se cree necesario abundar al respecto y ya que el presente capítulo se refiere al ámbito metodológico, recuérdense algunas líneas generales contenidas en la bibliografía. Así escribía el dilecto maestro Alfonso Quiroz Cuarón:[143]

"Si la medicina forense es el conjunto de todos los conocimientos médicos y biológicos aplicados a resolver los problemas que se plantean desde la vertiente

[141] Ver el capítulo de este libro.
[142] Es imaginable el problema que representa llegar a un consenso pericial.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

del derecho, su método no es otro que el de las ciencias médicas, y el método de la medicina forense es el conjunto de los recursos de que ésta se vale para tratar de resolver los problemas que quienes se encargan de administrar justicia le plantean."[144]

Por su parte, Roberto Hernández y Hernández apunta:

"El método toma el nombre de la ciencia, por lo que en clínica será el método clínico; en epidemiología, el método epidemiológico; en estadística será el método estadístico, pero todos estos particulares parten del método general, el científico."

De lo anterior se sigue que la metodología eficaz para el análisis de casos por virtual mala práctica ha de responder, *prima facie,* al método clínico y no suponer que el objetivo es analizar un hecho ilícito en sí (esto permite evitar sesgos).

Es innegable, asimismo, la necesidad de ajustar el análisis a las necesidades forenses; sin embargo, el estudio debe ir orientado, primero, al derecho sanitario (que es la disciplina jurídica especial que explica la *lex artis)* y no a la orientación penalística que priva en el medio mexicano.[145]

Por otro lado, no ha de perderse de vista que el mayor número de casos podrá implicar, cuando más, elementos de incumplimiento civil o administrativo, mas no penal.

Lo anterior lleva a insistir en la necesidad de que en los estudios del acto médico se apliquen en su justa medida y de manera complementaria los elementos metodológicos de la clínica y la pericia forense; en efecto, no es dable preterir las herramientas tradicionales de alguna de las dos.

Al respecto puede decirse, siguiendo a Barreda García:[146]

"Dondequiera que haya un médico forense su dictamen habrá de rendirse por encima de todo en lo tocante al cuerpo humano; pero tal afirmación, repetiremos hasta la saciedad, es en ese sentido, no en el que antes o después no puedan intervenir otros facultativos en Medicina que contribuyan a ilustrar a los Tribunales. El binomio médicos y letrados juega un papel primordial, y en esta era tecnológica en que vivimos cada vez tiene más pujanza y a ella habrá que referirse y apo-

---

143 *Medicina forense.* México, Editorial Porrúa, S. A., 1977:83 y ss.

144 Refiere el maestro la necesidad de no perder de vista que en tanto ciencia positiva, la medicina forense, al igual que las ciencias médicas en general, requiere dos elementos metodológicos esenciales: la observación y la experimentación. Así puntualiza: "La observación y la experimentación tienen por objetivo descubrir las causas de los fenómenos que se estudian y a la vez establecer las leyes que los rigen en la aparente irregularidad de los mismos."

145 Esto supone evaluar el cumplimiento de la amplia normativa *jus sanitaria,* y sólo de encontrarse indicios penalísticos proceder al análisis de un tipo penal (homicidio, lesiones, etc.). El problema es que frecuentemente los estudios de caso se realizan al revés, es decir, parten indebidamente de lo penalístico.

146 *Op. cit.,* pág. 65.

yarse la justicia de los hombres en cuanto a la pericia médico–legal, apreciándola con libertad."

Para concluir esta parte, sin duda parece necesario recordar algunas reflexiones de tratadistas ampliamente reconocidos en el ámbito medicoforense.

Escribe Claudio Leopoldo Simonin:[147]

"Delante del médico forense,[148] la víctima de una agresión o de un accidente de derecho común se deja influir en sus declaraciones por las ideas de venganza, por las preocupaciones de interés, por ciertos hombres de negocios, mientras que la sugestión histérica y la exageración de los desórdenes subjetivos falsean las constataciones clínicas; el error puede insinuarse fácilmente.

"El médico que trata al enfermo no encuentra más que la buena voluntad, la sinceridad del enfermo, dominado por el sufrimiento, suplicante, confiado, deseoso de ayudar a su salvador; es un auxiliar, un aliado; en cambio, cuando se presenta ante el inculpado, el perito se encuentra un adversario, un hombre guiado por la pasión y los malos instintos, astuto, desconfiado, odioso, preocupado por escapar a la acusación."

Por su parte, refiere Gisbert Calabuig:[149]

"En la elaboración pericial comenzaremos por analizar los componentes del problema médico–legal, estudiándolos luego aisladamente y, acto seguido, relacionándolos entre sí para llegar por inducción a la idea más general de la causa, evolución, circunstancia, etc., todo lo cual se sintetiza finalmente en un juicio de valoración que se plasma en forma de conclusiones."

Sin embargo, no puede perderse de vista que las conclusiones se ajustan a una escala de valores. Merced a lo anterior no siempre el criterio expresado en un peritaje se ajusta a la verdad y así se tienen las siguientes hipótesis:

- Las conclusiones tienen un rango de certeza absoluta.
- Las conclusiones sólo tienen rango de convicción no probatoria.
- El resultado pericial puede interpretarse tanto en sentido positivo como en sentido negativo; la certeza es relativa.

Ello sin tomar en cuenta, por supuesto, las deficiencias en la interpretación del acto médico. Al respecto es de importancia, y a título de ejemplo, citar algunos ejemplos de peritajes deficientes:

1. En cierto peritaje se concluyó lo siguiente:
"En base a la característica de la lesión observada en el hemitórax anterior al nivel de la región esternal y descrita como equimosis, las contusiones

147 *Medicina legal judicial.* Barcelona, Editorial JIMS, 1966.
148 Y aquí hay que recordar que aun el clínico al intervenir ante los tribunales ejerce, incidentalmente si se quiere, la medicina forense.
149 *Medicina legal y toxicología.*

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

que presentan algunos órganos ya descritos en el protocolo de la necropsia médico legal y así mismo, por las huellas de cortadura observadas en las prendas de vestir del tipo mameluco y camiseta que portaba el menor hoy occiso, se puede manifestar una muy probable mecánica de hechos en donde perdiera la vida el menor occiso hijo de Josefina (N); determino que estando el menor occiso acostado sobre el colchón de la parte baja de la litera, siendo del tipo matrimonial en una posición de decúbito dorsal, llegando al lugar de los hechos el personal de Urgencias Médicas para brindar los primeros auxilios al menor occiso, los cuales uno de ellos emplea una tijeras con las que corta la tela de las siguientes prendas de vestir mameluco y camiseta en su parte superior, al nivel del hemitórax anterior con la finalidad de descubrir el hemitórax anterior y parte del abdomen para empezar a realizar las maniobras de resucitación cardiopulmonar (RCP), colocando muy probablemente la palma de la mano sobre esta región y realizar una presión intensa al hemitórax anterior, ocasionándose las lesiones descritas al exterior y en el interior las cuales fueron las que le provocaron su fallecimiento."

En la especie, este dictamen contiene innumerables deficiencias y entre ellas se destacan las siguientes:

- Se habla reiteradamente de *occiso:* según es de sobra sabido un *occiso* es alguien que fue víctima de un homicidio. En la especie está muy difundido en el ámbito ministerial y de la peritación emplear esa terminología *a priori* y ello es incorrecto; en la especie no es lo mismo encontrar un occiso a resultas de una muerte violenta que un paciente fallecido en medio de una atención médica, y en el curso de la averiguación *y no antes de ella* es cuando se podrá determinar si el paciente fue víctima de algún ilícito (se trata de una deficiencia metodológica en razón de extrapolar indebidamente las referencias a hechos violentos en asuntos de atención médica).
- En segundo lugar y lo más grave del asunto: *en este informe pericial se confunden las prácticas de resucitación o reviviscencia con un homicidio. Es decir, el paciente no fue victimado, murió por causas distintas a la atención médica; empero, gracias a la mala dictaminación pericial se inició averiguación previa en contra de personal notoriamente inocente.*

2. En un certificado de defunción se refirió lo siguiente: causa: *congestión visceral generalizada*, agregando además que *falleció a consecuencia de negligencia médica y homicidio*.

- La primera deficiencia estriba en hablar de *congestión visceral generalizada.* En la especie no se trata de una causa de muerte, es simplemente un dato que equivale a tanto como decir que el cadáver presentaba algún

signo positivo de muerte. Sin embargo, un certificado así, que además transgrede las reglas establecidas para esta clase de certificaciones (no se emplea la clasificación internacional de enfermedades), carece de utilidad para la justicia: se trata de una certificación "en blanco".

- La segunda deficiencia, y más grave que la anterior, es atribuir la causa de muerte a negligencia médica (nótese que se trata de un certificado, no de un dictamen). En la especie se asume una mera impresión sujeta a prueba y con ella se produce indebidamente una certificación irregular. Además, la negligencia médica, aun en la hipótesis de comprobarse, no es causa de muerte.

Peritajes como éstos poco ayudan a la justicia; por el contrario, confunden y pueden generar errores jurídicos en perjuicio de inocentes.

En la praxis se ha observado, entre otros, los siguientes problemas (todos ellos graves):

- Se sigue suponiendo que el médico tiene la obligación de curar.
- Se sigue pensando que todo acto de mala práctica es sinónimo de responsabilidad.
- Se pretende que debe prevalecer el criterio "clínico" del intérprete.
- No se ponderan las condiciones de modo, tiempo y lugar.
- Se siguen presentando conclusiones meramente academicistas.

EVALUACIÓN DE LA LITERATURA MÉDICA ACEPTADA. *LEX ARTIS* Y OBLIGACIONES MÉDICAS

Sin duda, el problema al que ahora se referirá el autor ha sido planteado en toda su dimensión por Barreda:[150]

Cualquiera que sea el sistema que impere en un ordenamiento jurídico procesal, en el mundo moderno se pregona a los cuatro vientos la libertad que tienen los tribunales para juzgar, distinguiéndose unos sistemas de otros por el mayor o menor arbitrio que se otorga al juzgador. Son un anacronismo histórico, un mal superado, aquellas pruebas tasadas, las ordalías, que tantas resoluciones injustas produjeron y que tantas voces levantaron en unánime protesta. Pero, desgraciadamente, tuvieron que pasar muchos años, y hasta siglos, para que se reconociera tal error, después de pagar un amplísimo tributo de sangre inocente, de condenas sin justificación alguna por tales drásticas y lacónicas resoluciones. El mundo, para perfeccionar la justicia, tuvo que ir forjando a través de los tiempos las insti-

[150] *Idem,* pág. 124.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tuciones en defensa de los inculpados, rodeándolas de las garantías necesarias, poniendo coto cada vez mayor a aquellas pruebas y haciendo que el poder del juzgador fuera acrecentado con el arbitrio necesario para sentenciar cada vez más en loor de la justicia. No quiere decir esto que la solución exacta sea conceder ese arbitrio, porque al ser todo obra de los hombres, tendrá todas las imperfecciones propias de toda obra humana. Encontrar el justo medio en un ordenamiento es muy difícil, sobre todo, de aplicar, pero no por eso debe dejar de intentarse encontrar el sistema ideal que culmine en la sentencia justa.

Mediante el sistema de libertad en la apreciación de las pruebas, el juzgador no se encuentra vinculado por el parte médico, es decir, no está obligado a dar valor determinado a ninguna prueba en lo particular; en esos términos es un axioma el que enuncia: *la Medicina no se impondrá ante los Tribunales sino por su rigor científico*.

Para el personal pericial sí resulta obligatorio ajustarse a la *lex artis;* de hecho, el intérprete médico, sea perito o árbitro,[151] tiene en el estado del arte médico su parámetro referencial.

Así, ha de señalarse que la *lex artis* no es solamente un conjunto de elementos técnicos; se trata de un conjunto de reglas de derecho consuetudinario[152] que el común de la profesión establece en un lugar y tiempo determinados para definir las obligaciones del personal en interés del paciente, en ánimo de proteger la salud y en términos de los avances científicos y tecnológicos.

Esto es, no solamente se trata de recomendaciones o preceptivas pragmáticas; se convierten en obligatorias en tanto definen lo debido y lo indebido y, por lo tanto, lo justo y lo injusto en el quehacer médico.

Lo anterior lleva, de paso, a uno de los grandes temas de la teoría general del derecho: el de la costumbre como fuente jurídica, es decir, el estudio del derecho consuetudinario.

Sobre el particular refiere uno de los tratadistas clásicos del derecho, Claude Du Pasquier: *"La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el* jus moribus constitutum*."*[153]

De acuerdo con la teoría romanocanónica, más tarde, gracias a la injerencia de las escuelas histórica y racionalista,[154] y en especial por el concurso de autores franceses como Baudry–Lacantinerie, Houghes, Fourcade, Geny, y en el medio mexicano García Máynez, se puede señalar que la costumbre posee los siguientes elementos:

---

151 Cuando se trate de arbitraje médico, por supuesto.
152 Es decir, que se adoptan por uso y costumbre.
153 *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* pág. 36.
154 Hasta llegar al realismo sociológico de Holmes y Pound.

1. Está integrada por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo.
2. Tales reglas transfórmanse en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

Es decir, los dos elementos de derecho consuetudinario quedan expresados en la fórmula: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.[155] Dicho en otros términos, se trata de un uso reiterado que, por su naturaleza, podrá convertirse en preceptiva, es decir, en norma de derecho.

El elemento denominado *consuetudo* requiere a su vez tres características:

a. Formación espontánea.
b. Práctica regular y constante.
c. Duración más o menos larga.[156]

La sustentación jurídica de la *lex artis* médica se encuentra en los artículos 34 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal; 51 y 100 de la Ley General de Salud y 9° del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

La terminología empleada por el legislador es la siguiente: "los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión..."[157] *"los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica"*...[158] *"los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica."*[159]

Entonces, la expresión generalmente aceptada es precisamente la definitoria, y en medicina lo es en tanto dos elementos: la suficiente evidencia científica y la aceptación reiterada en la atención médica. Merced a lo expuesto, la *lex artis* puede ser clasificada en razón de sus fuentes, según ya se referido.

Como podrá observarse, no toda la información sobre medicina tiene sustento como para ser tenida como fuente de *lex artis;* por el contrario, es necesario para el intérprete tener en cuenta no sólo los requisitos jurídicos establecidos al efecto, sino discriminar las fuentes que no posean, según se ha señalado, mérito científico y validez estadística.

---

155 García Máynez E: *Introducción al estudio del derecho.* México, Editorial Porrúa, 1998:62 y ss.

156 *Enciclopedia jurídica OMEBA.* Tomo V, págs. 14 y ss. Buenos Aires. Por supuesto, el uso y la costumbre médicos no pueden contravenir la ley.

157 34 de la Ley de Profesiones.

158 100, fracción I de la Ley General de Salud.

159 9º del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Una vez barruntado el asunto de qué es la *lex artis* médica en sentido lato, resulta necesario referirse a lo que, en general, podría denominarse información médica.

El autor estadounidense Claude E. Shannon sostiene que información *es todo aquello que reduce la incertidumbre entre varias posibles alternativas,* y precisamente el objetivo general de la literatura es reducir el margen de incertidumbre en el acto médico.

Hay que dejar sentado algo: el propósito de la literatura médica es referir técnicas, métodos y procedimientos para la protección de la salud, y su objetivo primario no es deslindar responsabilidades por mala práctica; sin embargo, tiene un propósito normativo *en la medida en que establece parámetros para la ordenación de la atención médica*.[160]

Señala Barreda García que la objetividad propia de la ciencia de Hipócrates pondrá en muchas ocasiones en situaciones en las que la aparente confusión o contradicción se disipará ante la evidencia científica... sin que los adelantos científicos, hoy por hoy, puedan probar, con la claridad que la Justicia pregona, nada sobre responsabilidad de persona alguna.[161]

Discriminar entre tanto como se ha escrito y se publica en estos días no es fácil; así lo refiere Miguel H. Ramos en un estudio que, según entiende quien esto escribe, resulta de obligada lectura.[162] El citado autor, siguiendo a Sackett, hace una glosa (bastante afortunada, a juicio del autor) de cómo se inserta el médico en el mundo de la información:

1. Consulta a colega.
2. Revisión de biblioteca personal.
3. Visita a biblioteca médica.
4. Búsqueda bibliográfica electrónica.

Coincide el autor con Ramos cuando señala: *En general, los médicos no tienen una forma sistematizada para la búsqueda de información. Esto puede hacer eclosión al evaluar los casos, pues no es infrecuente observar que la discusión verse*

---

[160] En buena medida, la literatura no contiene normas, sino recomendaciones (principios de habilidad) glosados por el investigador para la salud,;lo que da a la literatura el carácter normativo es el uso generalmente aceptado, y esto convierte a diversas recomendaciones en reglas obligatorias. Como podrá observarse, el problema estriba en cuándo se trata de meras preceptivas y ante qué supuestos se trata de reglas de comportamiento obligatorio.

[161] *Op. cit.,* pág. 125.

[162] Información médica en Internet. *Revista de Posgrado de la Vía Cátedra de Medicina* 2003, junio;128:6–10. http://unne.edu.ar/revista128/inf_med_internet.htm.

Cuadro 5–5. Evaluación (confiabilidad) de sitios Web (principios del Código HON)*

1. Autoría
2. Complementariedad
3. Confidencialidad
4. Atribución, referencias y actualización
5. Garantía
6. Transparencia de los autores
7. Transparencia del patrocinador
8. Honestidad en la política publicitaria

* Fundación *Health on the Net* (código de conducta).

sobre la aplicación de referencias no actualizadas o empleadas simplemente con el propósito de dar credibilidad al punto de vista de alguna de las partes.

Por su parte, Jorge Manuel Sánchez González[163] hace referencia especial a la necesidad de buscar algunas estrategias para evaluar los sitios web de donde se obtiene información, así como a la información misma. Al respecto existen varios rubros, motivo de evaluación, que se presentan en los cuadros 5–5 y 5–6.

Se sigue de lo anterior que el analista de casos de atención médica debe evaluar la información empleada, para establecer con certeza y seguridad su marco de referencia (esto es un principio del método científico).

Por su parte, Miguel H. Ramos refiere algunas reglas para evitar la entropía clínica:[164]

1. Consultar base de datos de prestigio.[165]

Cuadro 5–6. Confiabilidad de la información científica

Claridad. Es necesario revisar la redacción, la traducción y su comprensibilidad
Pertinencia. La información debe guardar relación con los objetivos de la medicina en general y en especial con el problema en estudio en lo particular
Actualización. Se requieren fuentes vigentes y referir a dicha actualización
Validez científica. Las fuentes de información deben ser confiables

[163] La sociedad de información y la página electrónica de la Academia Mexicana de Cirugía. *Bol Acad Mex Ciruj* 2004;8(2):13–20.

[164] Se llama entropía en informática a la medida de incertidumbre existente ante un conjunto de mensajes de los cuales va a recibirse uno solo. Se puede decir que se trata de *la medida de desorden;* entonces, el quid del asunto es evitar el empleo de información sin validez científica.

[165] Las de consulta más frecuente son: MEDLINE base de datos de la *National Library of Medicine;* EMBASE recopila datos de origen europeo y tiene su sede en Holanda; CINAHL base de datos de enfermería y relacionados en salud, y LILACS base de datos de Literatura Latinoamericana y del Caribe en Ciencias de la Salud.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Cuadro 5–7. Principales problemas metodológicos

Ignorancia y aplicación incorrecta del método científico
Academicismo
Conclusiones sin la rigurosa comprobación experimental
Concluir a través de la comprobación de unos pocos datos
Concluir o generalizar a partir de interpretaciones adecuadas o forzadas
Opinión reduccionista o limitada al ámbito de una encuesta corriente
Actitud defensiva hacia el médico
Degradación del acto médico
Instrumentos médicos preciosistas pero inútiles para la justicia

En estas hipótesis existe un problema adicional: se trata de apreciaciones no imparciales.

2. Revisar información suministrada por universidades, sociedades científicas y organizaciones.
3. Identificar, de los tres indicadores de seguridad: que tenga impreso el logotipo de *HONcode,* que sea propiedad de una organización y que tenga *copyright*.[166]

Es necesario insistir en que la variedad de métodos y opiniones podría llevar al caos, a la entropía médica, y esto puede propiciar errores jurídicos, lo que redundaría en injusticia.

Sin duda habría mucho que decir y, por supuesto, no es el propósito de estas líneas analizar en su totalidad los problemas de metodología; baste la glosa contenida en el cuadro 5–7, en donde se hace referencia a los observados con mayor frecuencia.

En igual sentido, es necesario ponderar que al evaluar dictámenes periciales existe un rango de confiabilidad que se ilustra en el cuadro 5–8.

Por supuesto, el evaluador debe mantener una actitud objetiva e imparcial y tener presente que la medicina es una ciencia rigurosa pero no exacta, y que el médico por regla general posee obligaciones de medios, no de resultados. Concluye este rubro siguiendo al maestro Recaséns Siches:

Cuadro 5–8. Desviaciones de criterio

Información manipulada
Datos falsos
Versiones técnicas elaboradas con el solo propósito de incidir en el ánimo del juzgador
Interpretación francamente alejada del conocimiento médico (especialmente por no médicos)

[166] Es necesario señalar, asimismo, que el evaluador debe enfrentar frecuentemente la aportación por las partes de literatura que no reúne los requisitos señalados en los cuadros anteriores, y esto resta validez probatoria a sus afirmaciones.

Los hechos humanos, aunque tengan sus causas y produzcan efectos, poseen una dimensión desconocida en el mundo de la naturaleza: poseen sentido o significación, y se relacionan con valoraciones. El hombre frente a los objetos y a los fenómenos de la naturaleza se halla frente a algo externo y extraño a él. Por el contrario, el hombre frente a las conductas y a las obras humanas se encuentra con algo que es expresión de vida humana, con algo que es él, con algo que puede ser entendido o comprendido.

A MANERA DE EPÍLOGO

Sin duda, una de las consecuencias de los trabajos de Einstein se refiere a que el notable científico destruyó el concepto de un **ahora** universal tal como lo dicta *el sentido común*. Gracias a sus aportaciones se demostró la absoluta simultaneidad de eventos en diferentes marcos de referencia que se mueven relativamente.

En ese contexto se está ante un cuerpo de evidencia experimental que emerge; por lo tanto, es una *lógica del descubrimiento* la que finalmente podrá centrar el análisis y, por supuesto, es imprescindible no perder de vista las reglas de la lógica formal a fin de no sesgarse ante los siempre posibles sofismas[167] en la deducción y en la demostración.

No es por cierto ocioso recordarlos. Así, siguiendo a Larroyo y Cevallos, se presentan los siguientes cuadros sinópticos:

Sofismas de la deducción

I. Sofisma de consiguiente (convertir equivocadamente las preposiciones).
II. Sofisma de accidente (confusión entre lo esencial y lo accidental).
III. Sofisma de relativo (pasar deductivamente de lo relativo a lo absoluto).
IV. El paralogismo del cuarto término (se toma el término medio con significación diferente en cada una de las premisas).

Sofismas en la demostración

I. La ignorancia de la cuestión.
II. La petición de principio.
III. El sofisma de suposición.
IV. El círculo vicioso.

Ciertamente y siguiendo de nueva cuenta a Popper, el crecimiento de la ciencia se da en términos de conjeturas y refutaciones; a base de conjeturas que son pues-

[167] Lógicamente hablando, señalan Francisco Larroyo y Miguel Ángel Cevallos, el sofisma es un argumento falso con visos de verdad. *Vide: La Lógica de las Ciencias.* México, Editorial Porrúa.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tas a prueba, que son sometidas a refutación a través del ejercicio de la crítica de la comunidad científica[168] y, por qué no, del propio investigador.[169]

El avance del conocimiento científico se da, pues, gracias a una labor que ciertamente puede tenerse por titánica; en medio de todo, en toda relación médico–paciente surge la posibilidad de enjuiciar al médico y enjuiciar el acto biomédico esperado. Desde esa óptica y en términos de la lógica de lo razonable y la lógica del descubrimiento, no se pueden valorar solamente elementos aislados; la atención médica **es un proceso** y por lo tanto se refiere a la prevención, el diagnóstico, la terapia y la rehabilitación. Desde este esquema, la valoración misma para efectos del derecho ha de revestir el único método que es válido en derecho: buscar la valoración eficaz para rendir culto a la justicia.

Y ya que, en suma, la valoración es un elemento de lógica, sean pues la lógica del descubrimiento y la lógica de lo razonable las que priven, como decía Descartes.

"Lo poco que he aprendido carece de valor si se compara con lo que ignoro y no desespero en aprender."

---

168 A eso se agregaría la sana crítica en el proceso.
169 *La lógica del descubrimiento científico* (1934).

6

El médico forense y su evaluación del acto médico

Víctor Agustín José Frigieri

Los magistrados judiciales se encuentran con frecuencia ante problemas cuya solución requiere conocimientos especiales, ajenos a su preparación jurídica, y en tales casos recurren a técnicos en la materia objeto del estudio, a los cuales piden opinión sobre el punto por aclarar. Esta colaboración incorporada a la práctica y a los textos legales es lo que se llama peritaje judicial. El perito es quien la realiza y puede ser ordenada por el juez.

Respecto a la pericia, la Real Academia la define como la sabiduría, práctica, habilidad, experiencia de una ciencia fuerte. Por lo tanto, perito es el que por sus especiales conocimientos, ya sean éstos prácticos o teóricos, informa al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se hallan relacionados con su especial saber o experiencia.

Esta función, tratándose de cuestiones biológicas, la efectúa el médico, preferentemente el médico legista, y dichas prácticas han quedado ya consagradas. La necesidad judicial de recurrir al perito médico para aclarar puntos relacionados con su ciencia es norma establecida en las leyes procesales de todos los países.

El médico, al aceptar esta tarea, debe darse cabal cuenta de su responsabilidad, ya sea que la desempeñe episódicamente o como funcionario oficial. Esta misión moral no siempre es comprendida por los médicos y los jueces, que se colocan por debajo de la grandiosidad de estas funciones y de la responsabilidad que representan frente a la conciencia de todo hombre honesto, según las palabras de Visbert.

La función pericial debe necesariamente reunir dos condiciones en el médico: preparación técnica y moralidad. No puede ser perito quien no las posea, ya que

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

el deber primario es decir la verdad y para ello hay que saber encontrarla y después querer decirla. La búsqueda de la verdad será un problema científico, mientras que la revelación es fundamentalmente moral.

Ahora bien, la elección o intervención de cualquier médico para un peritaje lo interpreta el autor como un error, pues considera que es la especialización en medicina legal la que debe otorgar la base para tal elección. Esta afirmación se basa en la realidad, que demuestra que el ordenamiento jurídico no adopta precauciones para garantizar el máximo de idoneidad requerida.

Es que generalmente la ley exige solamente la habilitación profesional y a lo sumo la acreditación de la especialidad, pero es sabido que en los hechos reales tales recaudos resultan por demás insuficientes. Esto tiene como resultado que muchas veces una pericia de extrema trascendencia para la suerte del pleito, en la cual se discuten aspectos de suma importancia de la ciencia médica, quede en manos de profesionales inexpertos, con todo lo que ello significa.

En casi todos los países del mundo se ha revertido esta antigua situación y hoy se prefiere la titulación como especialista en medicina legal, independiente de otro saber médico que pueda poseer el postulante a perito. En todo proceso judicial, el objetivo es claro e inequívoco: llegar al conocimiento de la verdad, logrado el cual se puede cumplir con el precepto de dar a cada uno lo suyo.

Cuando el médico legista acepta peritar, está comprometido a actuar de acuerdo con los preceptos básicos de su juramento hipocrático, en el sentido de que su profesión la realizará sin discriminación, sin parcialidad, sin prejuicios, con total libertad académico–científica, sin sometimiento cierto a presiones o influencias de índole alguna. Esto significa actuar únicamente motivado por la conducta destacada.

La peritación medicolegal o medicoforense se refiere a las operaciones médicas que tienen por fin la determinación o el esclarecimiento de un hecho de probables consecuencias judiciales. Integra una etapa del proceso jurídico: la de la prueba. El médico como perito cumple en los juicios (p. ej., donde se cuestiona la responsabilidad profesional de un colega) un rol de prioritaria importancia, debiendo actuar —como lo señala el clásico maestro argentino Nerio Rojas— *"con la ciencia del médico, la veracidad del testigo y la ecuanimidad del juez*".

La decisión del magistrado implica siempre una gran responsabilidad. Esa responsabilidad no sólo es del juez, sino también de los que lo asesoran en materias que desconoce por medio de informes y que luego utiliza como base de sus decisiones. Como dijo Ambrosio Paré: *"...los jueces deciden según se les informa..."* Ante un dictamen del magistrado le asiste al sentenciado el derecho a reclamar los daños causados por dicha resolución si es que la considera injusta o que ha sido elaborada sobre un informe incompleto inadecuado e insuficiente, como podría ser un informe que no recoja todas las secuelas o todos los daños personales, que no haya estudiado correctamente la relación causal o las exigencias del tra-

bajo habitual para valorar una incapacidad laboral. Además, una de las vías para recusar las sentencias judiciales con las que una de las partes esté disconforme va a ser siempre la reclamación de los informes periciales en los que se basó el juez para dictar sentencia.

Enfrentado así el problema de la responsabilidad profesional de quien es requerido para asesorar o auxiliar a la justicia cuando a ella se le plantea un problema de carácter médico biológico, se entiende que el convocado debe reunir ciertos requisitos:

- Una elaboración médica básica.
- Una formación medicolegal.
- El conocimiento de los derechos de los pacientes y lesionados.
- El conocimiento de los requisitos legales y éticos del ejercicio de la función pericial.

Y sobre todo, debe poseer unas condiciones humanas fundamentales y esenciales para realizar su labor, porque ellas pueden ser consideradas casi como un aval de su buen ejercicio profesional; entre ellas están: imparcialidad, objetividad, veracidad, honestidad, responsabilidad respecto a su trabajo, juicio, metodología, prudencia, reflexión y mucho sentido común.

Ahora bien, asentado lo anterior, es dable remarcar que en casos de responsabilidad médica (mala praxis), sin perjuicio de las distintas pruebas acercadas a las contiendas judiciales, adquiere primordial significado la prueba pericial, ponderándosela según las reglas de la sana crítica. Por la relevancia que esta prueba tiene no puede hablarse de su aceptación sin más. El juzgador no homologa la pericia, sino que *la evalúa* sobre las bases que marca la ley.

Es importante recordar la particular relevancia que tiene en la materia la opinión del Cuerpo Médico Forense. Esto es así no sólo por tratarse de un órgano imparcial auxiliar de la justicia, sino también porque los miembros son designados de acuerdo con antecedentes y especialidad. Ellos cuentan con la posibilidad de intercambiar ideas en juntas forenses o ante situaciones dudosas, de efectuar consultas con otros experimentados facultativos. Por lo tanto, si el peritaje del citado órgano es coherente, categórico y fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél.

Asimismo, es dable destacar que si bien la labor pericial no tiene efecto vinculante, sino solamente consiste en contribuir a formar la convicción del juez, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto sin fundar su discrepancia, salvo en los casos en que así lo exige la ley.

La prueba pericial, y más aún cuando dictamina el Cuerpo Médico Forense, es bastante vinculante —siempre que otra prueba no la desvirtúe—, porque nor-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

malmente un magistrado no conoce la ciencia médica como para abstraerse de los dichos plasmados por los peritos y sacar su propia conclusión en esta materia específica.

O sea, el juez, como se ha desarrollado más arriba, no está obligado por el dictamen, pero sí a aplicar su sana crítica para el dictado de una sentencia justa. Esta sana crítica debe corresponder con el razonar humano, que no puede ir contra los hechos concluyentes, el cual corresponde con la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes. Contrario sería cuando se vulnera la sana crítica: la valoración ilógica que es contraria al raciocinio humano, arbitraria, absurda o irracional.

Podrá el juzgador apartarse de los dictámenes periciales medicoforenses cuando éstos no den razón o fundamento analítico a sus conclusiones, o cuando éstas no armonicen racionalmente con las demás pruebas acercadas al proceso.

Las Periciales Médico Forenses son un medio de prueba de especialísima consideración en denuncias por la llamada genéricamente mala praxis médica.

La prueba (del latín *probare)* consiste en la demostración que se hace de la existencia de hechos materiales o de actos jurídicos, conforme a las observaciones objetivas. Procura proveer una prueba técnica medicolegal objetiva y veraz sobre aspectos biológicos y biopatológicos, con el fin de ilustrar y mejor proveer a la causa. Se efectúa sobre personas, cosas o hechos. En lo referente a las denuncias o imputaciones por incorrecto accionar médico, procura el perito oficial de la justicia reconstruir técnicamente un hecho histórico, del pasado, con método medicolegal, procurando medir y discernir sobre las imputaciones culposas o dolosas (o ambas), de acuerdo con los cuestionarios de oficio.

El derecho sanitario y la medicina legal como integrante natural del mismo asesoran en materia penal, civil, laboral, canónica, siempre que la materia biológica humana, integralmente considerada, sea sustrato de normas y disposiciones administrativas. El aporte bioético, doctrinario y jurisprudencial del derecho sanitario es sustento necesario de los avances legislativos y con más fundamento en la actualidad, pues la biotecnología aporta constantemente materias no regladas, imprescindiblemente posibles de normalizar en la sociedad moderna, como el caso del genoma humano, los embriones de probeta, el diagnóstico de muerte cierta, las tecnologías que prolongan la vida de los enfermos terminales, por mencionar algunas.

El derecho de los pacientes es capítulo importantísimo del derecho sanitario, y los avances habidos en la materia han sido captados fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia medicolegal, y en algunos casos por la legislación internacional y de este país.

Mucho queda por hacer en la materia propia del derecho sanitario y claramente se vislumbra la necesidad de actualizaciones constantes de todos los expertos que *transdisciplinariamente* involucran a tan fundamental temática.

Para el dictamen pericial será necesario el aporte de la totalidad de los elementos incorporados a la instrucción de la causa de que se trate, pues en la reconstrucción técnica de un hecho histórico, con la peculiar dificultad que siempre la caracteriza, toda la información recabada resulta útil para evaluar su coherencia con las imputaciones concretas, muchas veces poco concretas, no puntuales o genéricas o carentes de la información científica adecuada, como suele suceder en aquellos pacientes denunciantes o sus representantes que actúan con ligereza.

Singular trascendencia tienen la historia clínica, el consentimiento informado y el protocolo operatorio. En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la realización de la autopsia forense, que integrará, con los indicios o evidencias que pudiese recoger, otro elemento de valoración pericial.

Es en el fundamental capítulo discursivo pericial donde el experto valora el nexo de causalidad entre las imputaciones realizadas en la denuncia y el presunto daño causado. Aquí se impone la prudencia del perito, quien deberá manejar *el arte de la medida en sus expresiones* y situarse en relación de persona, tiempo y lugar respecto al presunto ilícito, ya que *el simple error diagnóstico no configura por sí solo el tipo delictivo,* pues la ley no puede perseguir jamás a un inocente, sometido por la propia naturaleza de su arte conjetural a la posibilidad de equívocos de diagnósticos, tan ordinarios a la duda científica y al diagnóstico diferencial. De ahí que la medicina forense se relacione con el derecho en dos vertientes: por un lado se apropia de la mentalidad jurídica, que será la única forma de proporcionar elementos periciales útiles a la justicia, y por el otro, conoce en cada caso la específica naturaleza del problema jurídico para el que es preciso su auxilio técnico, único modo de orientar en el sentido más práctico la intervención del especialista.

Cuando se pondera el mérito del proceso en un caso de responsabilidad médica para juzgar cómo se procedió, es fundamental tener en cuenta que *no se trata de una mera reconstrucción mecánica de hechos objetivos como si se tratara de una colisión entre automotores,* sino de evaluar un proceso continuado de toma de decisiones. Lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás en forma inversa el acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que el profesional debió tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuáles eran los elementos con que contaba o podía contar el médico, cuáles las opciones posibles. Salvo casos groseros, lo que debe juzgarse es si la acción que realizó, si la decisión que tomó, estaban dentro de los cánones adecuados a lo que él vio, pudo o debió percibir en tal momento.

El código de procedimiento en materia penal de la Argentina determina que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca.

Durante largos años, el concepto paternalista del trabajo del médico confirió a su accionar una especie de *"estado de omnipotencia*" con cierta *"semiimpunidad"*. Esta situación mantenía a los médicos indemnes de rendir cuentas de su accionar a no ser ante una grosera y evidente maniobra, y que precisamente por esas características era fácilmente detectable.

Los modernos conceptos bioéticos generaron profundos cambios sociales, culturales, morales y éticos. El enfermo comenzó a querer saber más de su afección e impuso su voluntad de decidir ante diversas opciones.

Esta profunda transformación originó el malestar de los que no aceptaron el cambio, de aquéllos que a pesar de pregonar una medicina humanista, como debe ser, se olvidaban precisamente del ser humano.

La consecuencia lógica de esta diferencia ideológica o conceptual dio origen a que aumentasen los reclamos por el mal accionar del profesional.

En los últimos años dichos reclamos se han recrudecido, con notorio aumento hacia las especialidades quirúrgicas, entre ellas traumatología, luego obstetricia y anestesiología, que es otra fuente generadora de reclamos.

Desde la óptica de quien estas líneas escribe, como médico y como médico forense ha analizado cada demanda y desde hace tiempo existe en él o tiene la profunda convicción, que se permite sostener hoy, de que el núcleo central del reclamo, en gran número de casos, *es la deficiente relación médico–paciente, el escaso o nulo consentimiento informado que se brinda al paciente y la deficitaria confección de la historia clínica*.

Y esto lo avalan hoy los magistrados intervinientes, quienes al comienzo de cualquier acción así lo solicitan, como tratando de demostrar desde el principio el proceder del médico, ya que no siempre las causales son por faltas a la *lex artis ad hoc*, sino por inobservancia de los principios bioéticos fundamentales.

En la Argentina, como en cualquier país del mundo, en los juicios sobre responsabilidad médica se propone fijar una situación penal o una indemnización en el orden civil. Es indiscutible que perseguir la reparación monetaria del dolor o la muerte de un familiar quita toda la grandeza a la acción reivindicatoria, salvo que tenga por objetivo atender la subsistencia del propio perjudicado o personas de su dependencia directa, incapacitadas para mantenerse, o bien proporcionar un bienestar compensatorio al damnificado.

El ejercicio de la Medicina no es un privilegio, ni confiere a sus actores prerrogativas de ninguna especie; los médicos no son, no deben pretender ser seres separados de los demás integrantes de la sociedad. Si otras actividades profesionales buscan y exigen tratamientos de castas, los médicos no, ya que están ligados a todos los hombres de todas las clases sociales.

Pero los médicos son distintos de los demás hombres:

- Porque tienen mayores obligaciones, pues actúan sobre seres humanos.
- Porque deben mirar más a los otros hombres que a ellos mismos.
- Porque siendo científicos y artistas son doblemente humanos, por la ciencia que presupone el uso permanente de la inteligencia y por el arte, por la necesidad de vivir en una atmósfera de permanente afectividad. A veces se necesita más arte médico que ciencia médica para tratar a algunos enfermos o que creen que lo son.

Los partidarios de la irresponsabilidad dicen que el diploma es prueba oficial de idoneidad; que las ciencias médicas no progresarían con rapidez ante la permanente amenaza de un juicio; que los abogados no pueden juzgar faltas técnicas de los médicos; que la medicina es un arte conjetural nada matemático y en evolución constante; que el error es a veces el camino de la verdad.

Esta posición no es defendible: "*La responsabilidad es la obligación legal y moral que tiene el médico de responder por los daños originados en un acto profesional, por culpa grave."* El médico puede delinquir como hombre, como hombre utilizando medios profesionales o como profesional. En los dos primeros casos puede haber dolo o culpa; en el último, sólo culpa. Von Liszt dice que la imprudencia es "*la no previsión del resultado previsible en el momento en que la manifestación de la voluntad se produce. El resultado es previsible cuando el autor hubiera debido y podido preverlo".*

Los médicos deben aceptar la responsabilidad porque los hace mejores, los humaniza frente a la profesión. Serán iguales que los demás hombres con todas las debilidades y fortalezas y expuestos como todos al error. Pero que los hombres de leyes recuerden la permanente tragedia en que viven los médicos, frente a sus enfermos con sus dolencias y su propio dolor ante la impotencia. El médico, que es siempre amigo de los hombres, debe encontrar solidaridad en sus jueces, quienes deben, a su vez, ser más humanos para alejarse de la frialdad de los códigos.

El médico tiene éxitos por la buena medicina que realiza y también por la buena condición humana que despliega.

El enfermo debe tener fe en su médico y esa fe depende de la cultura, de la sociabilidad, del trato, de las ideas, de los sentimientos. El enfermo estudia al médico tanto como éste lo estudia, y aún más. Las fallas del médico contribuyen a que el escepticismo del paciente aumente y su fe disminuya. Éste debe ser comprendido en su yo enfermo y en su yo sano, en su espíritu y en sus gustos. Hay que inspirar confianza, ser suave, sin afectación, sin rudeza, y conocedor sin pedantería.

El médico debe ser un poco miembro de la familia del paciente. La medicina en equipo no ha de desplazar al médico de la familia. El equipo debe estar siempre a las órdenes del médico de cabecera y ese equipo no debe deshumanizar al facultativo, sustituyéndolo con estudios complementarios que luego se agrupan en una fría carpeta.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Hay que pensar que el enfermo está siempre inferiorizado, como un niño con miedo. Se debe tratar de quitar a la medicina ese aspecto mágico o teatral que a veces algunos le imprimen, ya que éstos en ocasiones achican los espíritus sobrecogidos por la incertidumbre.

La ciencia en general y los últimos avances científicos constituyen una fuerza nueva con un poder extraordinario, sumamente terrible y peligroso si se lo deja andar libremente sin obedecer a frenos éticos, morales, sociales y jurídicos. De aquí la necesidad de que la noción de responsabilidad ocupe un lugar preferente en las relaciones individuales y sociales de todos los hombres de ciencia, cualquiera que sea su rama o la especialidad que cultive.

El derecho comienza a asomarse al curioso brocal de ese pozo insondable que es la conciencia de los médicos y en cuyo fondo se guardan muy importantes y vitales secretos, no raras veces tremendos e inconfesables, que por lo común escapan de la más poderosa acción policial y judicial.

Entiendan los médicos que el derecho moderno no tiene más remedio que irrumpir, y a veces con mano dura, para poner orden en las actividades de las ciencias. Ellas deben mantenerse según las normas de los postulados jurídicos. La responsabilidad legal, exigida con rectitud y prudencia, evitará que la ciencia y los hombres de ciencia lleguen a olvidar a la humanidad o, mejor aún, al ser humano a cuyo servicio están.

Para terminar, a modo de colofón, una cita de un maestro médico argentino, el Dr. Belbey, quien sostenía: *"Los médicos no somos profesionales de la muerte; mientras exista un resto de vida, nuestro deber es alentar esa llama*"... y el autor agrega: *No sólo en la lucha entre la vida y la muerte se mide la responsabilidad del médico*.

Recuerden siempre los médicos que como profesión la medicina es excelsa, pero como ciencia es humildísima.

Finaliza el autor expresando la convicción de que la prueba pericial medicoforense rendirá al juzgador su más que necesario e imprescindible auxilio siempre que sea completa, metódica, no contradictoria, y de razón lógica en las conclusiones de su dictamen.

REFERENCIAS

1. **Romo PO:** Peritación médico legal.
2. **Vázquez FR:** Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina.
3. **Vázquez FR, Tallone F:** Derecho médico y mala praxis.
4. **Casa MMO:** La atención médica y el derecho sanitario.

7

Métodos de análisis de casos eticoclínicos. La bioética como ayuda en la toma de decisiones clínicas

Francisco J. León Correa

En el ámbito clínico se presentan a menudo cuestiones éticas que pueden, incluso, no ser reconocidas como tales, y que se resuelven de forma intuitiva (según la ciencia, conciencia y experiencia del médico). Pero en otras ocasiones se plantean auténticos dilemas éticos, es decir, problemas cuya solución se encuentra entre dos proposiciones que parecen oponerse entre sí y constituir ambas un deber para el médico. En estos casos conviene seguir un método sistemático de reflexión que permita elegir una solución correcta en relación con principios éticos universales. Estos procedimientos no aseguran la certeza de la respuesta, pero al menos garantizan que todos los datos relevantes serán tenidos en cuenta, para que el médico no decida empujado por la presión del momento.

Los métodos para resolver problemas éticos en la práctica clínica son muy variados y puede decirse que cada corriente en bioética ha elaborado sus propias propuestas de cómo analizar un caso. Algunos proponen precisamente que la bioética tendría como objeto la resolución de casos concretos, sin que deba pretender elaborar una fundamentación de los mismos. Pero la mayoría piensa que efectivamente no puede haber una buena praxis, un buen método de resolución de casos, sin una buena teoría, y al revés, no sería una buena teoría ética la que no pudiera guiar a los especialistas en la toma de decisiones ante situaciones complejas y concretas.

En la experiencia del autor como docente de bioética con alumnos de medicina y de enfermería ha podido aprender que no existe un único método más fácil para los estudiantes, y que es una buena opción ofrecerles varios modelos, de modo que cada uno escoja aquél con el que se sienta más identificado, o que le resulte

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

más sencillo de aplicar. En el presente trabajo se expondrá un método integrado, que sigue en parte el modelo elaborado por la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria.[1] También como anexos se ofrecen otros dos modelos, uno del Prof. Diego Gracia sobre la deliberación moral necesaria para la toma de decisiones en el ámbito clínico[2] y el que se utiliza en el Centro de Bioética de la Universidad Católica de Chile.[3] Cada quien podrá escoger el que considere más oportuno, teniendo presente que un modelo es una ayuda para analizar racionalmente un problema eticoclínico y llegar a la decisión mejor o a la más prudente, y a veces a la menos imprudente posible. Cada modelo es una herramienta de trabajo; el fin no es el modelo, sino la decisión mejor o más correcta posible.

En general, y simplificando notablemente, se puede decir que la bioética norteamericana se preocupa más de los procedimientos para tomar decisiones; busca el modo de acción más adecuado, sin fundamentar tanto los principios que propone. Influyen en esto su pragmatismo y las presiones legales, que exigen que se sea muy cauteloso. En cambio, la bioética europea y la latinoamericana, aunque influidas por la norteamericana, están más orientadas a la metabioética, es decir, a definir las ideas que sustentan los modelos bioéticos. Ésta no es una cuestión simple, pues si bien se puede estar de acuerdo en afirmar que es esencial el respeto a la vida humana, a la libertad individual o al bien común, no es tan fácil reconocer los límites naturales de la vida humana, fijar los límites de la libertad individual o decidir cómo se debe enfocar el bien común.

Cada corriente bioética tiende a diseñar su propia metodología para analizar los problemas éticos y, a veces, se presentan como si estuvieran en competencia, aunque en cierto modo pueden considerarse complementarias.

En un resumen sencillo se podría decir que:[4]

- **a.** La *bioética de los principios* se plantea resolver los conflictos basándose en unos principios éticos universales que guían la actuación del médico (no maleficencia, justicia, beneficencia, autonomía).
- **b.** La *bioética de las virtudes* propone como cuestión fundamental el "buen hacer profesional", estrechamente conectado con el "bien del paciente", que es el fin prioritario de la actuación del médico y anterior a sus intereses personales.
- **c.** El *casuismo* analiza las situaciones concretas en función de sus circunstancias, sin recurrir a teorías éticas de carácter universal.

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA TOMA DE DECISIONES DIFÍCILES

En el esquema que se presenta en el cuadro 7–1 se tienen en cuenta los cuatro principios que se acaba de mencionar, por considerarlos útiles para el análisis ra-

Cuadro 7–1. Método integrado para el análisis de dilemas en bioética

Fase de formación
Marco de referencia:
Personalismo ontológico
Derechos humanos
Principios o guías generales:
Nivel universal–no maleficencia–justicia
Nivel particular–beneficencia–autonomía
Fase de información y análisis
Recogida de datos:
Detección de problemas y definición de los términos
Búsqueda de experiencias semejantes
Estudio de las circunstancias más relevantes
Examen de posibles cursos de la acción
Sujetos:
Profesional competente
Paciente capaz/familiares
Actuación específica:
Correcta (en relación al marco y principios éticos)
Adecuada (circunstancias)
Consecuencias:
Positivas, previsibles, queridas...
Negativas, imprevisibles, no queridas...
Toma de decisión y ejecución:
Elección de un comportamiento
Justificación respecto a los principios
Realización, aunque requiere esfuerzo

cional de los problemas éticos. Se intenta ofrecer una *metodología integrada* que analice las circunstancias del caso concreto, elaborando unas normas específicas para esa situación determinada a la luz de los principios generales. En todos los momentos del esquema interviene la *prudencia,* que une la formación y la experiencia (sabiduría práctica) para matizar el análisis y la toma de decisiones con el "buen hacer" médico.

Hay una fase de formación que, en realidad, es previa: se dirige al desarrollo de una sensibilidad ética en el profesional ("saber para actuar"). Después viene propiamente la fase de análisis, que incluye la información necesaria para formular el mejor juicio posible ("actuar en el saber").

El **marco de referencia,** que en algunos autores no está definido, es lo que hace variar la interpretación de los principios generales. En este caso es el personalismo ontológico: implica que por el solo hecho de ser, todo hombre es *persona* (sujeto moral y jurídico de derechos), lo que se refleja en el modo de considerar

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

los principios éticos y aplicarlos en pacientes concretos. De este modo, el análisis también tendrá en cuenta los *derechos humanos,* basados en *la dignidad personal* que existe en todo ser humano, que no se pierden por el estado de enfermedad ni por otras circunstancias.

Los **principios éticos** de autonomía, beneficencia, justicia y no maleficencia son guías generales de la actuación; para llevarlos a la práctica se deducen normas de comportamiento, puesto que la ética es una ciencia normativa, no sólo descriptiva. En esta derivación o en su aplicación posterior puede haber discrepancias, más que en los mismos principios. Estas normas incluyen derechos y deberes que afectan al médico y al paciente, como el consentimiento informado, la confidencialidad, la veracidad, etc.

Diversos autores han propuesto jerarquizar estos principios desde diferentes puntos de vista. Resulta de especial interés la aportación de Diego Gracia.[5] Distingue dos niveles: dos de los principios se colocan a *nivel universal;* son presupuestos éticos de la relación médico–paciente, es decir, previos a ella y por lo tanto independientes de la voluntad del paciente:

- El *principio de no maleficencia*, que se refiere a la inocuidad de la medicina (*primum non nocere):* hay que respetar la vida física de cada persona, no porque agote toda su riqueza, sino porque es el fundamento en que se realiza.
- *El principio de justicia* exige tratar a todos con la misma consideración, sin hacer discriminaciones. Tiene en cuenta que la vida y la salud son bienes no sólo personales, sino también sociales. Este principio pretende conseguir el bien social, refiriéndose a la sociedad en general y a las personas en torno al médico y al paciente. Tiene en cuenta la equidad, que lleva a proteger más a los más desfavorecidos.

Los otros dos principios se encuentran *a nivel particular* y son los elementos éticos que constituyen la relación médico–paciente. Aunque algunos autores han intentado jerarquizarlos, pueden considerarse relativos uno al otro y se debe tener en cuenta a ambos al analizar cada caso:

- *El principio de beneficencia* pretende que la actuación del médico sea beneficiosa para su paciente. En el ámbito personalista, el bien del paciente no es mera corrección técnica; el respeto a la persona no consiste sólo en llegar a un acuerdo o elegir lo que más se adapte a la situación, sino que incluye el bien objetivo.[6]
- *El principio de autonomía* tiene en cuenta la libertad y responsabilidad del paciente, que decide lo que es bueno para él. En caso de conflicto, un profesional no puede hacer bien al paciente en contra de la voluntad de éste, pero

tampoco es posible obligar al médico a hacerle un mal (o lo que considere como tal), pudiendo llegar a romperse la relación profesional. Además del desacuerdo (en pacientes con capacidad de decisión), pueden surgir problemas cuando falta la autonomía, como en los niños, pacientes mentalmente incapaces, en coma, etc. Hay que saber respetar la autonomía aunque se encuentre reducida, y buscar a la persona más adecuada en su entorno para colaborar en la decisión.

Una vez expuesto el marco de valores y principios morales que conservan su objetividad frente al sujeto se pasamos a comentar la segunda parte del esquema. En la **recogida de datos** se incluye:

- **Detección de problemas.** En la realidad, lo esencial y lo secundario se presentan entremezclados. Si es posible, interesa jerarquizar los problemas por orden de importancia, destacando lo principal. Cuando sea preciso, hay que separar los aspectos éticos de los técnicos. En ocasiones habrá que definir términos como, p. ej., "enfermo terminal" (se puede estar discutiendo si un tratamiento es aplicable o no a un paciente determinado en fase terminal y resultar que no reúne los criterios que lo definen como tal).
- **Búsqueda de experiencias semejantes.** Suele ser de notable ayuda la experiencia personal acumulada, también la consulta con compañeros y, en tercer lugar, la bibliografía. En las situaciones que se incluyen en el código deontológico conviene consultar éste, especialmente una edición comentada. La legislación vigente puede ayudar marcando más bien lo que no debe hacerse, pero no suele indicar lo que sí se debe hacer.
- **Estudio de las circunstancias.** Deben tenerse en cuenta las más relevantes en relación con la enfermedad, recogiendo las circunstancias generales del caso, familiares, personales (edad, cultura, profesión, nivel socioeconómico, creencias, estado anímico, etc.), y también las del profesional responsable. Aunque a veces pueden no influir sustancialmente en las decisiones por tomar, siempre ayudan a encontrar la forma más adecuada de llevarlas a la práctica.

El **examen de posibles cursos de la acción** es el punto crucial, junto con la toma de decisión, y el que requiere mayor formación en bioética. Se estudiarán las posibilidades de acción más viables (con sentido común) y las que solicite el paciente, considerando los elementos que configuran la moralidad de los actos libres: el fin subjetivo (intención del sujeto que actúa), la acción en sí misma y las consecuencias derivadas de la actuación.

El sujeto se refiere tanto al profesional sanitario como al paciente (o familiares), puesto que los dos llevan a cabo la toma de decisiones. Por ambas partes se

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

debe actuar con intención recta, buscando el bien del paciente, sin dejarse llevar por intereses económicos, comodidad (p. ej., al derivar determinados pacientes), motivos supuestamente humanitarios, etc. Por parte del médico entrarían en juego las disposiciones y cualidades que tiene como persona y como profesional; aquí sólo se lo va a mencionar, pero es elemental el deber de seguir la propia conciencia y, por supuesto, preocuparse de adquirir una formación consistente. Además:

El médico debe ser competente para resolver el caso, es decir, la persona idónea, a quien incumbe decidir. Habitualmente el responsable de un paciente es su médico de cabecera, y no el sustituto por unos días o un especialista con el que consulte puntualmente.

El paciente debe ser *capaz,* es decir, con suficiente discernimiento para decidir y con aptitud legal para hacerlo. Esto incluye edad, inteligencia y voluntariedad, supliendo su ausencia con familiares o tutores (aunque se considera que en estos casos siempre hay una corresponsabilidad por parte del médico). Cuando exista cierta capacidad, aunque no sea total, las opiniones del paciente deberán ser valoradas, especialmente en las decisiones importantes.

- Actuación específica: hay que preguntarse:
  - ¿Es *correcta?,* es decir, ¿está de acuerdo con el marco de referencia y los principios éticos?
  - ¿Es la más *adecuada* en esas circunstancias? P. ej., si un médico ha decidido que va a comunicar un mal pronóstico a un paciente a pesar de la oposición de su familia, tendrá que pensar cómo le informa, en función de las circunstancias por las que esté pasando el enfermo y la familia.
- Consecuencias: toda acción puede traer consigo unos efectos positivos y otros negativos, queridos y no queridos, previsibles e imprevisibles (obviamente, éstos no se pueden tener en cuenta), etc. Es una exigencia de responsabilidad tratar de evitar las consecuencias negativas en lo que sea posible, pero no se puede supeditar a ellas la opción por seguir, ya que es imposible conocer todas las consecuencias que pueden derivarse de una acción, ni hasta qué límite deben investigarse.

Los efectos *previsibles* revisten especial importancia en atención primaria al llevar a cabo las actuaciones de medicina preventiva. Éstas tienen una relevancia ética especial, porque las decisiones que se toman repercuten en personas generalmente sanas, afectan a un número mayor de personas que las actuaciones terapéuticas y los resultados tardan más en poder evaluarse. En muchas ocasiones es difícil determinar si una de estas decisiones es buena en sí misma y, por lo tanto, las consecuencias adquieren mayor peso.

Algunos autores se han interesado por estos temas, pero en general se les ha prestado escasa atención en bioética.

Cuadro 7–2. Breve esquema para el análisis de dilemas en bioética

1. Detección de problemas
2. Búsqueda de experiencias semejantes
3. Estudio de las circunstancias
4. Examen de posibles cursos de la acción
5. Toma de decisión y justificación
6. Ejecución (dificultades)

A la **toma de decisión y ejecución** se llega a través de los puntos anteriores; si se han tenido en cuenta se puede justificar la elección de un comportamiento respecto al marco de referencia y principios éticos, considerando especialmente los de carácter universal.

Se debe realizar lo que se ha visto claro aunque exija esfuerzo, tanto si las consecuencias son desagradables para el paciente o la familia como si lo son para el médico. En muchas ocasiones lo que más cuesta es, precisamente, poner los medios necesarios para ejecutar lo que se ha decidido.

En todo el esquema debe estar presente *la prudencia,* que da unidad al análisis: ayuda a profundizar en la reflexión inicial para aplicar correctamente los principios éticos y, a la vez, que el juicio ético subjetivo se adapte al valor objetivo.

Como puede apreciarse, la metodología para analizar dilemas éticos en la práctica clínica no resulta sencilla, y exige un ejercicio intelectual que puede ser arduo. Tanto si se discute un caso cerrado como uno abierto, se trata de reflexionar sobre posibles soluciones para ver cuáles de ellas se ajustan mejor a la ética, ya que ésta pierde su interés cuando deja de educar para la acción y se queda en un tratado de buenas intenciones.

En la práctica se puede utilizar el esquema anterior resumido en seis pasos, tal como se recoge en el cuadro 7–2.

ANEXO I

Metodología del análisis eticoclínico

Prof. Dr. Diego Gracia

1. Analice detenidamente todos los posibles problemas del caso:
   a. Problemas de salud física o psíquica (diagnósticos, tratamiento, cuidados necesarios a corto, mediano y largo plazo, pronóstico, calidad objetiva de vida...).

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

b. Problemas psicológicos o emocionales (capacidad y competencia de los participantes en la toma de decisiones).
c. Problemas en la relación médico–paciente (información al paciente en calidad y cantidad).
d. Preferencias del paciente; confidencialidad, participación de los familiares y amigos; participación de los profesionales de la salud involucrados).
e. Problemas socioeconómicos (recursos, estructura familiar, nivel cultural; recursos del hospital).
f. Problemas legales reales o potenciales.

2. Trate de identificar los **problemas** éticos. Defina cada uno por separado. Señale si hay una relación de dependencia entre ellos. Señale si hay conflictos de intereses entre los distintos problemas éticos.
3. Establezca una lista de todos los **principios** éticos implicados. Si hay conflicto entre ellos: principios *prima facie*.

Evalúe como está implicado cada uno de los principios en cada posible curso de acción.

Analice cuáles están claramente respetados y cuáles están potencial o realmente amenazados.

4. Establezca una lista de todos los cursos posibles de acción para resolver los problemas.
5. Justificación del curso de acción seleccionado.
Revise todas las consecuencias de cada curso de acción posible y distinga si son subjetivas u objetivas.
6. Contraste cada una de las soluciones propuestas posibles con el sistema de referencia. Aquélla que respete mejor el sistema de referencia será la más aceptable racionalmente. Si la posible solución respeta el nivel de los principios, será además la más buena y la más correcta. Si la posible solución no respeta el nivel de los principios en función de las consecuencias, se habrá escogido el mal menor y ello constituirá una excepción, pero es su obligación justificarla detallada y convincentemente.
7. Tome la decisión final.

ANEXO II

Método de análisis utilizado en el Centro de Bioética y en el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para la resolución de los problemas eticoclínicos

Consta de las siguientes etapas:

Etapas del análisis eticoclínico

1. Identificación y descripción del(los) problema(s) eticoclínico(s).
   Descripción operacional.
   Referencia a nociones básicas de ética clínica involucradas (p. ej.: enfermo terminal, competencia, etc.).
   Identificación de objeto, fin y circunstancias del(los) acto(s).
2. Referencia a principios de ética clínica involucrados:
   Principio de no maleficencia.
   Principio de beneficencia.
   Principio de autonomía.
   Principio de confidencialidad.
   Principio de justicia.
3. Análisis de la información clínica éticamente relevante.
   Certeza del(los) diagnóstico(s).
   Pronóstico de sobrevida.
   Competencia del paciente.
   Red de apoyo social.
4. Evaluación de alternativas de acción y sus resultados.
   Beneficios y riesgos de las alternativas.
   Morbilidad.
   Mortalidad.
   Costos: físicos, psicológicos, económicos y espirituales.
5. Resolución del problema.
   ¿Quién debe decidir?
   ¿Qué aspecto de la decisión cae directamente bajo la responsabilidad médica?
   Competencia o capacidad del paciente y/o sus familiares para participar activamente en el proceso de toma de decisiones.
6. Implementación práctica de la solución.
   ¿Quién?
   ¿Cuándo?
   ¿Cómo?

Identificación y descripción del problema eticoclínico

Como en todo ámbito de la vida, la primera condición para resolver adecuadamente un problema es haberlo identificado con la suficiente claridad. En el caso en cuestión, el de los problemas eticoclínicos, se aconseja formular las correspondientes preguntas de un modo operacional, que permita dar respuestas preci-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

sas. Así, p. ej., el planteamiento de un problema eticoclínico muy frecuente en la práctica de la medicina interna es el siguiente: ¿Es moralmente lícito limitar la terapia X a este paciente? ¿Debo comunicar el diagnóstico de cáncer y su correspondiente pronóstico a un paciente? ¿Puedo hacer este procedimiento diagnóstico sin informar a mi paciente de sus posibles riesgos?

Referencia explícita a los principios éticos involucrados

Se trata de identificar aquellas verdades prácticas comunes, reconocidas por los distintos códigos de ética médica, que están en juego o que han entrado en conflicto, generando una dificultad en la toma de decisiones médicas, como p. ej.:

- Respeto a la vida humana.
- Principio de beneficencia y no maleficencia.
- Confidencialidad.
- Derecho y deber de informar.
- Respeto a la autonomía del paciente.

Recopilación de la información clínica éticamente relevante

Aunque el razonamiento ético es, por su misma naturaleza, distinto del que utilizan las ciencias empíricas de modo que no es posible derivar el deber ser (ético) de una simple probabilidad estadística, todo análisis de un problema eticoclínico que aspire a ser realista ha de estar fundado en datos clínicos objetivos. En este contexto, la aplicación de las reglas formales de inferencia propuestas por la medicina basada en evidencias puede resultar de mucha utilidad, preparando el terreno para una "ética basada en evidencias". En este sentido interesan particularmente:

- La certeza del diagnóstico.
- El pronóstico de sobrevida.
- La determinación de la competencia del paciente.
- La consideración de los aspectos económicos y sociales relevantes (red de apoyo social).

Evaluación de las alternativas de acción

Es necesario evaluar su correspondiente:

- Morbilidad
- Mortalidad.
- Costos económicos.

Resolución del problema

La adecuada formulación del problema eticoclínico realizada en la primera etapa del análisis constituye la base de la efectiva resolución del dilema planteado. En esta etapa es importante determinar quién es la persona que debe decidir, así como cuáles son los aspectos de la decisión que caen directamente bajo la responsabilidad médica. Aquí influye, sin duda, la capacidad que tengan el paciente o sus familiares para participar activamente en el proceso de toma de decisiones (determinación de competencia, tratada en otro artículo de esta monografía).

Implementación práctica de la solución propuesta

Dado que las circunstancias representan uno de los elementos que determinan la moralidad de nuestros actos, es importante buscar también el mejor modo de poner en práctica la solución propuesta al problema, prestando atención al cuándo, el cómo y el quién.

REFERENCIAS

1. Grupo de trabajo de la SEMFYC: *Sobre bioética y medicina de familia.* Palma de Mallorca, 1996. Y también, Mª Nieves Martín, Mª Teresa Delgado y Rogelio Altisent: *Bioética aplicada en atención primaria.* Madrid, Du Pont Pharma, 1996, donde los autores aplican el modelo a varios casos eticoclínicos en atención primaria de salud.
2. **Gracia D:** Métodos de análisis de problemas éticos en la clínica humana. En: *Bioética clínica.* Bogotá, El Búho, 1998:85–98.
3. **Taboada P:** *Ética clínica: Principios básicos y modelos de análisis*. Boletín de la Escuela de Medicina. Santiago de Chile, PUC, 1998;27,1:7–13.
4. **Gracia D:** Para un análisis más detallado de estas corrientes, *op. cit.* pp. 87–94.
5. **Gracia D:** Fundamentos de bioética. Madrid, Eudema, 1989:505–506.
6. Para el análisis de un modelo personalista en Bioética, ver Manuel de Santiago: *Una perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética*. En: *Biblioteca básica para el médico de atención primaria.* Madrid, Du Pont Pharma, 1996:29–80.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

8

Deber de cuidado

María del Carmen Dubón Peniche

La medicina y su ejercicio se orientan a preservar los bienes más preciados del ser humano: la vida y la salud, los cuales están tutelados por el ordenamiento de mayor jerarquía jurídica, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es decir, se encuentran protegidos por el orden jurídico nacional en distintas formas: la vida, como un derecho fundamental (derecho personalísimo) y la salud, como una garantía (derecho a la protección de la salud).

La actividad médica conlleva un deber ético en la atención del paciente, apegado a diversas disposiciones legales, principalmente las reguladas por el derecho sanitario mexicano; es decir, la práctica de la medicina y la prestación de servicios de salud cuentan con ordenamientos específicos, derivados de artículos constitucionales; la primera, en tanto ejercicio y actividad de una persona, se encuentra regulada por la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, y la segunda, por la Ley General de Salud.

Adicionalmente, surgidas de la Ley General de Salud y de manera especial de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, en México se dispone de una serie de instrumentos que orientan la práctica médica; entre ellos están las Normas Oficiales Mexicanas, las cuales también son de utilidad en la legitimación del acto médico y forman parte integrante del orden jurídico del país, como lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia.[170]

También existen otros ordenamientos de carácter sanitario, administrativo, civil y penal, los cuales establecen las desviaciones en que pueden incurrir los prestadores de servicios de salud.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Ahora bien, sobre el médico pesa indudablemente el esmerado deber de cuidado en el ejercicio de su profesión, estando obligado a impedir, con los recursos disponibles, aquellos acontecimientos adversos o fatales que sean consecuencia de su acción u omisión, en cuanto a la elección de medios y el método empleado.

Es un hecho que en los últimos años la medicina ha evolucionado de modo acelerado, principalmente en cuanto a avances tecnológicos; sin embargo, con el desarrollo de medios y avances científicos, también se han ampliado las responsabilidades del personal de salud, situación que exige la constante revisión de los deberes médicos, pues todos los actos que el médico efectúa llevan implícito un conjunto de deberes que traen como consecuencia ciertas obligaciones; es decir, habrá responsabilidad cuando medie una acción u omisión cometida con plena libertad y capacidad, voluntaria o involuntaria, que provoque un determinado daño.

---

[170] Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX, Enero de 1999. Página: 116. Tesis: 2a. V/99. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa. Normas oficiales mexicanas. la atribución concedida al director general de normas de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, para expedirlas, contenida en el reglamento interior de la dependencia, no vulnera los principios consagrados en los artículos 16, 49 y 73, fracción x, de la Constitución Federal. Los artículos 17, fracción I, del anterior reglamento interior de la secretaría mencionada y 24, fracción I, del mismo ordenamiento reglamentario en vigor (este último publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de octubre de mil novecientos noventa y cinco), confieren a la Dirección General de Normas la atribución para formular, revisar, aprobar, expedir y difundir las Normas Oficiales Mexicanas en el ámbito competencial de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; esta facultad no resulta contraria a los principios de legalidad, reserva de la ley y de subordinación que prevén los artículos 16, 49 y 73, fracción X, constitucionales, ni constituye una indebida delegación de facultades legislativas en favor de una autoridad administrativa, tomando en cuenta que en los numerales 1o., 2o., 3o., 39 fracción V y 40 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, en vigor a la fecha de expedición de tales reglamentos, el propio órgano legislativo federal otorgó a la secretaría señalada la facultad de expedir las Normas Oficiales Mexicanas de carácter obligatorio en el ámbito de su competencia; por tanto, al establecerse en los citados reglamentos la autoridad específica en quien recae esa atribución, ello no implica más que la debida pormenorización y desarrollo de las citadas disposiciones legales, que en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada por el artículo 89, fracción I, constitucional, debe realizar el jefe del Ejecutivo Federal, mediante la expedición de las normas relativas al establecimiento de los órganos necesarios para la realización de las funciones previstas en la ley a cargo de una secretaría de Estado y en acatamiento, además, a lo señalado en los artículos 14 y 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que prevén que los titulares de las dependencias de la administración pública federal, para el despacho de los asuntos de su competencia, podrán auxiliarse de los funcionarios que determine el reglamento interior respectivo, en el que también deben precisarse sus atribuciones. Amparo en revisión 1763/98. Herramientas Truper, S.A. de C. V. 27 de noviembre de 1998. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Fortunata Florentina Silva Vásquez.

En ese sentido, el médico se encuentra sujeto, con motivo de su práctica profesional, a un conjunto de deberes y obligaciones mediante los cuales debe preservar la vida, proteger la salud y respetar la dignidad de la persona.

Lo anterior encuentra sustento en los artículos 51 de la Ley General de Salud y 9º de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica,[171] de los cuales se desprende que la atención médica debe realizarse conforme a los principios científicos y éticos que rigen la práctica médica; en efecto, los citados artículos establecen:

Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Artículo 9°. La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

En ese sentido, el paciente puede exigir que los medios empleados sean los idóneos, en términos de la *lex artis* médica, así como el apego del facultativo a los principios éticos de la práctica médica (conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica).

Cabe recordar que la doctrina denomina *lex artis* al conjunto de procedimientos, técnicas y reglas generales de la profesión.[172] De ahí que, para determinar la conducta del profesional de la salud conforme a la *lex artis,* deben tenerse presentes los estándares de calidad, atendiendo al modo, tiempo y lugar donde se brinde el servicio. En consecuencia, la conducta del profesional de la salud que no se efectúa en términos de la *lex artis* da lugar a mal *praxis*.

Desde el punto de vista jurídico se ha considerado que la mala práctica deviene por dolo o culpa. En efecto, las especies de la mal *praxis* reconocidas en el derecho mexicano son la negligencia, la impericia y el dolo.[173] Sin embargo, también es aceptado que el médico no comete un acto por intención dolosa (consenso social legítimo que, en principio, aleja aquella intervención de la órbita penal); es decir, que cuando atiende a un paciente, no lo daña en forma premeditada, pues en su actuar busca mejorar su estado de salud; es decir, la actividad del médico está encaminada a preservar la vida, los órganos y su función.

Atendiendo a lo anterior, debe puntualizarse que en el contexto del acto médico, la culpa se singulariza como una falta, un defecto de la conducta, de la voluntad o del intelecto; una desatención o descuido, carencia de conocimientos científicos necesarios para el caso, o bien de la técnica aplicable. Estas limitaciones

[171] Ley General de Salud, Compilación Jurídica Mexicana. México, Editorial Legatec, 2004.
[172] Acosta Ramírez V: *De la responsabilidad civil médica.* Chile, Jurídica de Chile, 1990.
[173] Código Civil Federal. México, Editorial ISEF, S. A., 2003.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

evidencian que no se previó lo que era previsible, o se lo previó pero no se observó la conducta para evitarlo.

Esta noción de culpa se finca sobre un supuesto: *quien realiza cierta conducta está sujeto a determinado deber de cuidado para que su comportamiento alcance los objetivos legítimos y evite las consecuencias ilegítimas.*

El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos:

a. La violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, que se encuentran destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo.

b. La producción de un resultado típico imputable objetivamente al profesionista por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico.

Ahora bien, se entiende por deber de cuidado *al conjunto de reglas que debe observar el médico mientras desarrolla una actividad concreta a título de su profesión, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia;* es decir, que se trate de una atención legítima, efectuada en el establecimiento idóneo, con los recursos necesarios para su realización y estando capacitado para tal fin. O sea, la adopción de *cautelas de generalizado uso* en la atención del enfermo.

A mayor abundamiento, el derecho sanitario reconoce dos variantes: el deber de cuidado interno, circunscrito a la pertenencia o adscripción del facultativo a una determinada actividad, obligada a saber y querer realizarla de forma correcta, precedida siempre de la información y reflexión precisa, incluyendo los aspectos de tipo ético, y el deber de cuidado externo, en el cual el facultativo deberá ajustar su comportamiento conforme a los principios científicos y éticos, objeto de la atención brindada.

La atención médica entraña riesgo; sin embargo, cuando el facultativo incumple su deber de cuidado, genera riesgo excedente del normal. Por ello, en estos casos se hace necesario valorar la nota de prevenibilidad, puesta a contribución de la diligencia necesaria, en el orden normal de las cosas, para impedir la originación del daño.

En ese sentido, al comportarse el médico con diligencia y conforme al deber de evitar la creación de riesgos, se encuentra exento de culpa.

Ahora bien, en el terreno del derecho sanitario es necesario tener en cuenta que la conducta de los profesionales de la salud debe entenderse en su justa valoración, habida cuenta que se trata de una de las actividades humanas que más riesgo pueden originar y proyectar, al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas.

De igual forma, debe entenderse que la medicina es una ciencia rigurosa, pero no exacta, con un plus especial de exposición y riesgo, en la que la atención, la pericia y la reflexión deben prodigarse en mayor forma que en otras profesiones.

La realización de las actividades médicas por los facultativos, técnicos y auxiliares correspondientes exige una cuidadosa atención a la *lex artis;* empero, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el cual actúa, lo cual obliga a métodos y atenciones diferentes. Ello exige, en muchos casos, valorar restrictivamente los grados de intensidad en que se haya podido incurrir en estas infracciones culposas y sanitarias, pues además no debe olvidarse la libertad prescriptiva del médico, la cual consiste en la posibilidad jurídica de recomendar, de acuerdo con su leal saber y entender (según la antigua fórmula hipocrática), la forma de tratamiento de mayor beneficio para el paciente.

La medicina, según se mencionó, no es una ciencia exacta en tanto que en ella intervienen elementos de difícil previsibilidad que pueden propiciar errores de diagnóstico, tratamiento, o bien de cualquier otra naturaleza, los cuales, si están dentro de lo razonable, pueden escapar del rigor de la atribución de mala práctica.

En la actualidad constituye una tendencia casi uniforme clasificar las obligaciones del deber médico en tres grandes grupos: obligaciones de medios o de diligencia, de seguridad y de resultados. Las primeras, sin duda, son las de mayor importancia en relación a la atención médica, pues siempre son exigibles al personal de salud, y consisten en la adopción de medios ordinarios para el diagnóstico y tratamiento; es decir, el apego a la *lex artis* médica. Así, tanto la legislación como la doctrina coinciden en que este tipo de obligaciones vinculan, no la promesa de un resultado, sino la exigibilidad de atención médica como tal, criterio universalmente aceptado en el derecho sanitario.

Es decir, la obligación médica frente al paciente es por regla general de medios y excepcionalmente de resultados, puesto que el profesional sólo compromete observar una conducta diligente (brindar la atención), que procure el restablecimiento, en lo posible, de la salud del enfermo, cuya obtención no se garantiza. En efecto, la naturaleza de la ciencia médica no permite afirmaciones terminantes o matemáticamente categóricas, y esa característica propia de la medicina es lo que ha llevado a evaluar las obligaciones de los facultativos como de medios, debido a la imposibilidad de la ciencia para abarcar la infinita variedad de cada individuo. En esos términos, el médico no se compromete a lograr un resultado concreto (la curación definitiva del paciente), sino a emplear todos los medios que le son exigibles (que su propia experiencia y las disciplinas científicas de su profesión ponen a su alcance) para procurar la recuperación en el estado de salud del enfermo. Así las cosas, en las obligaciones de medios, como el médico no puede prometer un resultado, sólo será responsable cuando actúe sin la pericia, diligencia o cuidado que la naturaleza de la obligación le exigían que tuviera.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Finalmente, por cuanto hace a las obligaciones de resultados o determinadas, son más bien infrecuentes en cuanto al tratamiento médico, pues como se ha visto, difícilmente se puede obligar al personal de salud a obtener un resultado en la atención. No obstante, debe hacerse notar que en términos de la legislación vigente existen casos en los cuales podrá exigirse un resultado; es decir, cuando así se haya pactado, pues la exigibilidad de resultados se sustenta esencialmente en los derechos de contratación de las partes.

Para ejemplificar lo anterior, puede mencionarse que tratándose de insumos para la salud, éstos deberán suministrarse sin adulteración, alteración o fecha de caducidad vencida. De igual forma, en el caso de intervenciones quirúrgicas, la cirugía de resultados es fundamentalmente la de naturaleza estética y son exigibles esta especie de obligaciones cuando el facultativo hubiere asumido expresamente el resultado, siendo ello posible.

Por cuanto hace a las obligaciones de seguridad, caracterizadas como el deber de evitar siniestros, esencialmente se refieren al uso correcto y al mantenimiento de aparatos y equipos a fin de evitar accidentes. Dichas obligaciones son atribuibles no sólo al personal médico, sino extensivas al personal directivo, administrativo y de mantenimiento, así como al establecimiento mismo.

En razón de lo antes expresado, adquiere fundamental importancia que el facultativo tome conciencia de los ordenamientos legales y de los principios generales establecidos en la *lex artis,* para asegurar que la atención de los pacientes se realice en condiciones idóneas, atendiendo a las características del padecimiento.

REFERENCIAS

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Compilación Jurídica Mexicana. México, Legatec, 2004.
2. Ley General de Salud, Compilación Jurídica Mexicana. México, Legatec, 2004.
3. Ley Reglamentaria del artículo 5° constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal. México, PAC, 1999.
4. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época, segunda sala, enero 1999.
5. Jurisprudencia Tribunal Supremo: *Negligencia médica.* España, 1999.
6. **Casa Madrid MO:** *La responsabilidad profesional del médico, el derecho sanitario y la filosofía del derecho.* México, Academia Mexicana de Cirugía, 1999.
7. **García RS:** *Consideraciones sobre el derecho penal y la práctica médica.* México, MUIR, 1999.
8. **Vázquez FR:** *Derecho médico y mala praxis.* Argentina, Juris, 2000.
9. **Soproviero JH:** *Mala praxis, protección jurídica del médico.* 2ª ed. Argentina, Abeledo–Perrot.

9

La causalidad

Leonardo Rodríguez Quesadas

INTRODUCCIÓN

El tema de la causalidad es harto complejo, especialmente para ser agotado desde la perspectiva de un texto que *per se* busca aportar los elementos técnicos básicos de su práctica.

Así, el rubro al que se refiere el presente trabajo ha sido multitratado y abordado desde diversas ideologías, entendidas éstas como diversas posiciones ante la realidad, así como desde perspectivas fenomenológicas, tanto subjetivas como objetivas. En este contexto, su tratamiento normativo también es prolijo, disperso y casuístico.

De tiempo en tiempo han variado el concepto de causa y el principio de causalidad, en la dinámica búsqueda de mejores asideros para su entendimiento y aplicación.

No obstante, mediante el presente se busca establecer los aspectos principales por observar que originan el andamiaje de este principio; dicho de otra forma, su estructura básica desde la óptica de su aplicación en derecho sanitario.

Por lo tanto, con objeto de evitar falsas expectativas, y también para un mejor entendimiento, es necesario establecer que la causalidad o *el principio de causalidad*, desde el punto de vista gnoseológico y ontológico, se encuentra como parte de la filosofía en general; dentro de ésta, *como amigo de la sabiduría particular* en su aproximación a la explicación, concepto y conocimiento de la aparición o presentación de las cosas o situaciones por sus causas eficientes.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Esto es, el porqué, el cómo y el cuándo ocurren los fenómenos; asimismo, cuándo se los puede atribuir, o imputar, a persona determinada.

En este orden, ¿con qué reglas se rigen principalmente? En lo sustancial, con aquello que puede denominarse como sus primeros principios o condiciones necesarias para que los mismos se hagan evidentes, es decir, se presenten o normativamente puedan atribuirse a una persona determinada.

Se observa que la causalidad *principalmente tiene su origen en el mundo fáctico,* de los hechos, y en especial en el mundo de las leyes naturales de las ciencias, y no en el ámbito jurídico, lo que desde luego complica su entendimiento y aplicación.

De ahí la dificultad que existe para su aprehensión y comprensión como institución jurídica, advirtiendo que el derecho, desde la óptica dogmática, es un predicado estático del orden social, en circunstancias de lugar, tiempo y modo preestablecidas, las cuales está llamado a confrontar y regular, así como a darles causa legal.

En esta inteligencia, dentro del mundo jurídico, el principio de la causalidad se encuentra vinculado con la filosofía del derecho como categoría básica de atribución, y en su concreción respecto de lo jurídico práctico, o técnico jurídico, tanto con la teoría general del conocimiento jurídico como con la interpretación y aplicación de la norma misma.

El tema en cuestión, en forma reflexiva, se aborda de lo general a lo particular; esto es, desde los aspectos esenciales terminológico, filosófico, científico y propiamente jurídico.

Todo ello se efectúa para soportar y esbozar los principios que observa la Comisión Nacional en su actuar natural de *resolutor* de controversias surgidas entre los usuarios y los prestadores con motivo de la atención médica, por la vía arbitral y sus aspectos principales que se observan en los pronunciamientos que realiza al respecto.

APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA AL TEMA

Como ya se ha mencionado, el aspecto terminológico presenta complicaciones y es debatido. Eso ha generado confusión, imprecisión en los conceptos, errores de enfoque y métodos equivocados de investigación.

En este orden de ideas, se inicia con la voz *causa* en la órbita del lenguaje común. A continuación se tratará su acepción de la filosofía, para continuar con la ciencia y luego aterrizar en el ámbito jurídico.

Desde el lenguaje común, *causa* es un sustantivo femenino, principalmente considerado como el *fundamento u origen de algo.*[174]

Empero, como el lenguaje no es unívoco sino equívoco, en el ámbito común también hace referencia a:

- Motivo o razón para obrar.
- Empresa o doctrina en que se toma interés o partido.
- Litigio, pleito.
- La causa o por causa de. Debido a, por el motivo que se indica.
- Formar, o hacer, uno causa común con otro. Aunarse con una persona para un mismo fin.
- Hacer uno la causa de otro. Favorecerla.[175]

En esta inteligencia, la referencia enseña lo que es materia de este estudio; esto es, la acepción de *fundamento u origen de algo*.

Merced a ello, la voz **causal** es lo *que se refiere a la causa o se relaciona con ella;* en forma menos usada, es entendida como *razón y motivo de alguna cosa.*[176] Y la voz *causar: producir la causa su efecto; ser causa, razón y motivo de que suceda una cosa; por extensión, ser ocasión o darla para que una cosa suceda.*[177]

Dichos sentidos de fundamento, razón o motivo de que algo suceda se entienden como **atribución;** esto es, la acción de atribuir[178] o el **atribuir** como aplicar hechos o cualidades a alguna persona o cosa. O el figurativo **achacar, imputar.**[179]

Esta última acepción es más cercana a la institución jurídica de la imputación, entendida como la capacidad de una persona de conocer, querer y conducirse de una forma determinada.

En este orden de ideas, lo que se busca destacar como aspecto relevante de la causa en la órbita del lenguaje común es su aproximación a **atribuir un efecto a una situación determinada,** ya sea por acción o por comisión por omisión, del hombre o de la naturaleza, **con las consecuencias** que el ordenamiento jurídico le asigne.

CAUSALIDAD FILOSÓFICA

En la terminología de filosofía, principalmente se observa como:

- **Causa eficiente.** *Primer principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa.*

174 Voz *causa*. Diccionario de la Lengua Española. Acervo Jurídico V3.
175 *Idem.*
176 Voz *causal. Op. cit.*
177 Voz *causar. Op. cit.*
178 Voz *atribución. Op. cit.*
179 Voz *atribuir. Op. cit.*

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- **Causa final.** *Fin con que o por que se hace alguna cosa.*
- **Causa formal.** *La que hace que alguna cosa sea formalmente lo que es.*
- **Causa impulsiva.** *Razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa.*
- **Causa instrumental.** *La que sirve de instrumento.*
- **Causa primera.** *La que con independencia absoluta produce el efecto, y así, solo Dios es propiamente causa primera.*
- **Causa segunda.** *La que produce su efecto con dependencia de la primera.*[180]

De las anteriores acepciones filosóficas, la que se acerca a este objeto de estudio es la entendida como el **principio productivo del efecto con relación a la primera,** de forma tal que actualizándose la causa, necesariamente se observará el efecto, ello de manera invariable, y sujeta a la identidad o semejanza de condiciones.

Así las cosas, se observa que, en su acepción amplia, la **causa**, en el ámbito de la filosofía, es entendida como la **relación entre dos situaciones, en virtud de la cual la segunda situación es necesariamente previsible y esperable a partir de la primera**.

Dicho de otra forma, **para estar en posibilidad de hablar de la causa** se requiere observar:

- Dos situaciones.
- Que están relacionadas, ligadas o vinculadas.
- De forma tal que la segunda situación se deduce o predica de la primera.
- En términos de que la segunda situación es necesariamente previsible y esperable a partir de la primera. No accidental o contingentemente.
- Ello es, la segunda, racionalmente, es deducible o predicable a partir de la primera, como una fuerza que necesariamente produce el efecto.
- O se explica empíricamente; esto es, a partir de la experiencia de la segunda situación, el efecto es necesariamente previsible y esperable, por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión.

En este orden de ideas, la delimitación de la causa históricamente se ha observado de dos maneras:

Como una **relación racional,** en la que la **causa** es la **razón del efecto,** siendo **deducible de ella.** *"Esta concepción describe a menudo la acción de la causa como la de una fuerza que genera o produce necesariamente el efecto."*[181] Y más referido a los actos positivos.

a. Como **relación empírica,** en la cual el **efecto es previsible a partir de la causa, por la constancia y uniformidad de relación de sucesión.** Este

[180] Voz *causa. Idem.*

concepto prescinde de la idea de fuerza. Por ello, según el autor, permite explicar y atribuir los efectos de las situaciones surgidas por la comisión por omisión.

b. Presentan ambas explicaciones de la causa, en común *"... la noción de previsibilidad unívoca, esto es, infalible, del efecto, a partir de la causa y por lo tanto la necesidad de la relación causal"*.[182]

Merced a lo anterior, se observa que ya sea desde la órbita racional o por la fuerza generadora como aspecto empírico, siendo el efecto explicación de la constancia y uniformidad de la relación de sucesión, para estar en posibilidad de hablar de la causa se debe presentar el efecto necesariamente, sin lugar a dudas, en idénticas o semejantes condiciones, para que se pueda considerar a la situación como causa del efecto.

Dicho en otras palabras, acercándolo al tema de la atención médica, debe ponderarse:

- La teleología o finalidad de la propia atención médica.
- Los principios que la rigen.
- La historia natural de la patología.
- Las complicaciones esperables por el tratamiento (medicamentoso o quirúrgico).
- **Si el efecto adverso** (segunda situación) **se explica** empíricamente, como efecto necesariamente previsible y esperable de la primera situación (mala práctica), por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión.
- Y por último, si racionalmente la primera situación (atención médica en grado de mala práctica) es la generadora del evento adverso (efecto), es deducible o predicable a partir de la primera como una fuerza que necesariamente produce el efecto.
- Esto es, el evento adverso sólo se puede explicar a título de **necesidad como actualización de la situación causal que *per se* debe ser ilícita, para estar frente al principio de causalidad.** Y por ende, se estará en la posibilidad de atribuir, o no, determinadas consecuencias jurídicas sancionadoras al agente de la misma.

CAUSALIDAD CIENTÍFICA

A este respecto, la ciencia moderna no se ha escapado del problema terminológico ni de las consecuencias de éste.

[181] Voz *causalidad.* Abagnano N: *Diccionario de filosofía.* 4ª reimpr. México, Fondo de Cultura Económica, 1985:152–158.
[182] Voz Causalidad. Ibídem.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Al respecto se observan tres acepciones:

- Categoría correspondiente al nexo causal.
- Como principio, ley general de causación.
- Y como doctrina, que de manera excluyente sostiene la validez universal del principio causal.

Al primero se lo entiende como **causación**, esto es: *"...la conexión causal en general, así como todo nexo causal en particular..."*.[183] Y al segundo de ellos se busca hacer referencia: *"... al enunciado de la ley de causación, en esta forma u otra similar y si es posible más refinada: la misma causa siempre produce el mismo efecto. Será conveniente restringir la denominación de ley causal a enunciados particulares de la determinación causal..."*.[184]

Para efectos del presente, interesa observar tangencialmente su acepción racional empírica, entendida como nexo causal, referida a la **causación;** esto es, la conexión causal en lo general o en lo particular.

Dicho en otra forma, **en qué términos y condiciones se puede, racional y empíricamente, identificar el evento como efecto adverso,** y, por ende, atribuir la afectación al agente como sujeto cuyo actuar o ausencia condicionó o favoreció la presencia del daño.

De nueva cuenta y por exclusión, si el efecto adverso no se presenta o explica, racional y empíricamente, necesariamente como actualización de la situación causal que *per se* debe ser ilícita, no se estará frente al principio de causalidad de atribución en el derecho sanitario. Por ende, no se estará en la posibilidad de atribuir determinadas consecuencias jurídicas sanitarias al agente dañoso de la misma.

CAUSALIDAD JURÍDICA

El mundo del derecho no ha sido la excepción. Y dependiendo del segmento del orden jurídico que se observe, tendrá sentidos semejantes, aunque con matices diversos.

De inicio, se señalará que en el derecho romano, tangencialmente de forma general y sin entrar en detalle, se respondía de la *injuria;* desde su aspecto práctico, no entraba al detalle del nexo causal y se dirigía al aspecto de atribución de responsabilidad por hecho propio, ajeno, de animales o de cosas.

Así las cosas, la voz "causa" proviene del latín *causa,* proceso, y sustancialmente se encuentra relacionada con el derecho **instrumental** o procesal, ciencia

---

[183] Bunge M: *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna.* 1ª ed. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1977:18 y ss.
[184] *Ibídem.*

jurídica de aparición posterior al derecho civil, de forma tal que en este ámbito se entiende como:

- Proceso criquial que se instruye de oficio o a instancia de parte.
- Continencia de la causa.
- Causa ilícita. *La que se opone a las leyes o a la moral.*
- Causa lucrativa. *Título dimanado de la liberalidad, por oposición al conmutativo u oneroso.*
- Causa motiva. *Causa impulsiva*.
- Causa onerosa. *La que implica conmutación de prestaciones*.
- Causa pública. *Utilidad y bien del común*.
- Causas mayores. *En el derecho canónico, las que son reservadas a la Sede apostólica, de las cuales sólo juzga el Papa.*
- Acriquiar la causa. *Agravar o hacer mayor el delito o la culpa*.
- Arrastrar la causa. *Abocar un tribunal el conocimiento de alguna causa que pendía en otro.*
- Conocer de una causa. *Ser juez de ella*.
- Dar la causa por conclusa. *Declararla terminada y a punto de ser sentenciada*.
- Salir uno a la causa. Mostrarse parte en un pleito.[185]

En derecho civil. Fin en vista del cual una persona se obliga frente a otra; el Código Civil la considera elemento esencial para la validez de las convenciones. Enriquecimiento sin causa, como fuente de las obligaciones. Falsa causa que por error se encara como si fuese la de la obligación. Causa ilícita, inmoral, aquélla que es contraria a la ley o las buenas costumbres, y que acarrea la nulidad del acto jurídico.

Como motivo legal. *P. ej.: causa que dispensa de la tutela; causa de interrupción o suspensión de la prescripción; causa de nulidad de un acto, de un testamento, etc.*

En derecho procesal relacionada con la acción o derecho. *Fundamento legal del derecho que un litigante hace valer ante la justicia. La causa de una demanda se distingue de su objeto. P. ej.: Una acción de nulidad puede tener por causa una incapacidad, un vicio del consentimiento, etc.; una acción de rescisión de un contrato sinalagmático puede tener por causa la inejecución de las obligaciones de uno de los contratantes. Para que haya autoridad de la cosa juzgada es preciso principalmente que el nuevo juicio se funde en la misma causa que el anterior.*

Dentro del proceso. *P. ej.: llamamiento de las causas; la causa ha sido oída; poner en causa; causa en estado; en todo estado de causa, etc.*[186]

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[185] Voz *causa. Diccionario de terminología jurídica.* Acervo Jurídico V3,1998–2002 LEJR.

En este orden de ideas, siendo el origen propio de la voz "causa" el derecho civil, se observará someramente como la causa eficiente *"... en el sentido de fuente del cual nace o se origina..."*[187] *el acto o la situación jurídica.*

Las escuelas o corrientes causalistas han sido ampliamente clasificadas y entre ellas se observan principalmente las:

- **Subjetivas**, que observan la **causa** referida a **la voluntad del sujeto** de derecho. Sostenida, entre otros, por Domat, Pothier, Larombière, Bufnoir, Demolombe, Duranton y Demogue.
- Y la causalista **objetiva**, que **identifica la causa con el objeto** o razón de ser. Participan en ella principalmente Aubry y Rau.

Asimismo, existe una corriente **anticausalista,** que sintéticamente establece que la búsqueda de un concepto de causa es artificial y confusa. Idea falsa e inútil. La causa no es una referencia jurídica pura. Participan en esta idea, entre otros, Ernst y Laurent, Baudry Lacantinerie, Barde, Arthur, Timbal, Huc, Gornill, Giorgio Giorgi, Dabin y Planiol.

Y por último, históricamente regresa el **neocausalismo** con Henri Capitant.

Se hace notar que la idea de causa se encuentra relacionada con el concepto de **caso fortuito,** del latín *casus*, literalmente "caída", de donde "acontecimiento, circunstancia", ya usado en el latín jurídico, latín fortuito, "debido al azar".[188]

Se observa, igualmente, que caso fortuito es todo acontecimiento debido al azar y que excluye toda culpa por parte del deudor o del autor aparente del daño en la responsabilidad civil.

Hay autores que no distinguen el caso fortuito de la fuerza mayor. Otros estiman que esta última es debida a la participación del hombre, a diferencia del primero, que es derivado de la naturaleza. Empero, ambos excluyen por regla general la obligación de responder.

Es necesario hacer notar que desde la perspectiva civil no se responde por la afectación cuando ocurre por:

- Caso fortuito o fuerza mayor, salvo que se haya contribuido o coadyuvado a ella o se haya expresado la voluntad de responder.
- Culpa inexcusable de la víctima.

Por otra parte, en el derecho penal, al igual que en otras figuras jurídicas, el nexo entendido como causalidad parte, al igual que en la institución jurídica de la res-

---

186 *Ibídem.*

187 Voz *causa* de los actos jurídicos. Dr. Daniel Ignacio Parodi: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992.

188 Voz *caso fortuito. Diccionario de terminología jurídica.* Acervo Jurídico V3, 1998–2002.

ponsabilidad, del derecho civil y poco a poco se matiza, conforme a su experiencia, en el marco conceptual del ilícito penal (afectación del orden público e interés social). Se observa que dentro de las escuelas del derecho penal este nexo ha sido entendido de diversas maneras, de tal forma que:

- **El causalismo** se entiende como un mero efecto, mecánico, de la naturaleza, ya que participa de su acepción de las ciencias naturales. Esto posteriormente se matiza con el causalismo *normativista,* sustancialmente entendiendo que la causa de la causa es la causa de lo causado o teoría de la concausa. Posteriormente es matizada y limitada por la vía del regreso, esto es, como mera voluntariedad.
- **La teoría finalista** de Hans Welzel la estima como un acto voluntario, teniendo suma dificultad para establecer el nexo en los ilícitos de omisión, que finalmente cae en la atribución.
- Y por último, el **funcionalismo** de Claus Roxin y Günter Jakobs; los autores se refieren a una situación que apartándose de lo esperado en función del rol que se desempeñe, **aumenta el riesgo en la presentación del siniestro.**

Las principales teorías o explicaciones del efecto adverso son las siguientes:

- **Teoría de la causa única y absoluta.** "*Esta posición es la adoptada por los primeros principios de la letalidad absoluta de la herida en el homicidio, está muy bien representada por Joaquín Francisco Pacheco,...".*[189]
- **Teoría de la causalidad adecuada.** "Sostiene que la conducta ha de ser idónea para producir cierto resultado, lo que significa que debe contener la posibilidad de su realización y que no puede atribuirse al agente los resultados imprevisibles o excepcionales. Ha sido sostenida, entre otros, por Florián, Grispigni, Massari, Delitala, von Hippel y Merkel."[190]
- **Teoría de la condición más activa o más eficaz.** "...sostiene que si bien todas las condiciones son necesarias, ya que todas ellas contribuyeron en cierto modo al resultado, no puede desconocerse una clara diferencia entre ellas en cuanto a su respectiva eficacia. La que más ha contribuido a la producción del resultado, en el conflicto de las fuerzas antagónicas, es la verdadera causa. La verdadera causa es aquella condición de eficacia predominante".[191]
- **Teoría de la causalidad eficiente.** "Señala que por causa debe entenderse la fuerza o ser que con su acción produce un hecho cualquiera; en el campo

[189] Jiménez de Asúa L: *Teoría del Delito.* Iure Editores. Colección Textos Jurídicos. Pág. 66.

[190] Voz *teoría de la causalidad adecuada*. Reyes Echandía A: *Diccionario de Derecho Penal.* 6ª ed. Santa Fe de Bogotá, Themis, 1999:40.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

del derecho sería la persona que con su acción produce un hecho jurídicamente relevante; pero para que tal resultado se produzca es necesaria la presencia de dos elementos: la condición y la ocasión, que suprimida hace imposible la realización del evento. De esta concepción participan, entre otros, Stoppato, Longhi, Del Guidice y Manzini".[192]

- **Teoría de la causa jurídica.** "... pretendieron encontrar en el hecho ilícito en cuanto éste aparece en la cadena causal, la causa jurídica del resultado...".[193] Son partidarios de esta escuela Mosca, Tosti, Angiolini y Ferri.
- **Teoría de la *conditio sine qua non*.** "*Según esta concepción, un fenómeno no es jamas la consecuencia de un solo antecedente; su verdadera causa, en sentido lógico, es la totalidad de las condiciones necesarias para que se produzca, o aquella condición que, suprimida, hace imposible la realización del evento."* De esta concepción participan, entre otros, Rocco, Vannini, von Liszt y Radbruch".[194]
- **Teoría de la condición legal.** "*Las leyes causales sólo deben ser aplicadas por el Juez, cuando hayan alcanzado reconocimiento general dentro de los círculos determinantes de los investigadores científicos."*[195]
- **Teoría del principio del riesgo.** "Claux Roxin es quien aporta el principio del riesgo a la ciencia jurídico penal. Esta teoría no busca la comprobación del nexo causal en sí, sino explicar los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona". "...un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado...".[196]

Para efectos del presente estudio, armonizando lo aplicable de las anteriores teorías, interesa la acepción de **causalidad** bajo el enunciado siguiente: *"... existe entre dos hechos un nexo o relación causal cuando uno de ellos, el efecto, puede reducirse a otro como a su causa"*.[197]

---

[191] Máquez Piñeiro R: *Derecho penal.* Parte general. 4ª ed. Trillas, 1997:178 y ss.
[192] Voz *teoría de la causa eficiente. Op. cit.*
[193] Jiménez de Asúa L: *Op. cit.*
[194] Voz *teoría de la* conditio sine qua non. *Op. cit.*
[195] Rudolphi HJ: *Causalidad e imputación objetiva.* Traducción de Claudia López Díaz. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Colección de estudios número 13. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, agosto de 1998:17 y ss.
[196] Daza Gómez C: *Teoría general del delito.* 2a ed. México, Cárdenas Editor Distribuidor,1998:113 y ss.
[197] Voz *causalidad.* Bunster A: *Enciclopedia jurídica mexicana.* Letra II, Letra C. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa–Universidad Nacional Autónoma de México, 2002:109 y ss.

Respecto del nexo causal como institución jurídica en los llamados delitos de resultado, el maestro Mariano Jiménez Huerta, en el tomo II de su obra *Derecho Penal Mexicano,* precisa que:

> "Una vez establecido que la conducta del agente ha sido **c***onditio sine qua non* del resultado, hay que dilucidar si el nexo que liga a ambos es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado típico. Es **racionalmente adecuado el nexo causal** cuando el **resultado acaecido se encuentra frente a la conducta del sujeto en una relación de homogeneidad y continuidad**, esto es, cuando se halle dentro de la línea del peligro que la conducta del agente inició y es su efecto normal y ordinario dadas las circunstancias del caso concreto, aunque su producción fuere rara con tal de que no implique algo del todo excepcional; **es inadecuado cuando, contrariamente, se presenta con caracteres de heterogeneidad frente a la conducta del sujeto activo, implica algo del todo excepcional en orden al ritmo normal de las cosas y es oriundo de otras concausas que relacionadas con la conducta del agente, tienen destacada autonomía.** Empero, no destruyen la concreta adecuación del nexo causal las especulaciones abstractas y generales respecto a lo que hubiere acaecido en circunstancias diversas de las que concurrieron en el caso concreto."[198]

De las anteriores posiciones como elementos comunes se observa:

- La existencia de dos situaciones. En sentido contrario, si no hay efecto adverso, no puede hablarse de nexo causal.
- Tales situaciones habrán de estar relacionadas, ligadas o vinculadas. Si no existe una relación de existencia condicionada, a semejanza de los vasos comunicantes, tampoco podrá hablarse de nexo causal.
- La segunda situación se deducirá o predicará de la primera por una continuidad necesaria e ininterrumpida de situaciones cuando la segunda situación o efecto adverso sea necesariamente previsible y esperable a partir de la primera. No accidental o contingentemente. Por ende, cuando se actualiza el siniestro por situaciones contingentes al agente no hay nexo causal.
- Esto es, la segunda racionalmente es deducible o predicable a partir de la primera, como una fuerza que necesariamente produce el efecto.
- Lo anterior se explica empíricamente; esto es, a partir de la experiencia de la segunda situación el efecto es necesariamente previsible y esperable, por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión.

Es imprescindible señalar que en el ámbito del derecho sanitario, la causalidad reúne los elementos anteriores, y no resulta aventurado decir que la fuente teorética del derecho sanitario tiene su basamento en la interpretación penalística antes glosada.[199]

[198] Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. México, Porrúa, 1981:276 ss.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

PRIMEROS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA HEURÍSTICA EN LA CONSIDERACIÓN DE LA CAUSALIDAD ANTE CONAMED

Para explicitar este rubro es necesario partir de que la materia por ser conocida y resuelta por la CONAMED es la interpretación, estudio y evaluación del acto o evento médico y el contexto en que se brinda, con sus usos y prácticas que le son propias. Dicho de otra forma, del correcto y necesario entendimiento del acto médico, y las circunstancias, subjetivas y objetivas, concretas que lo rodean.

Asimismo, su centro de atención es la persona humana, entendida como la sustancia individual de naturaleza racional, con esferas propias biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales.

Por ello, en forma enunciativa y no limitativa, es necesario partir de los siguientes supuestos básicos o generales:

- La ciencia médica es una ciencia rigurosa y no exacta.
- Hay enfermos y no enfermedades.
- Hay aspectos multifactoriales, subjetivos y objetivos, que inciden en la propia atención médica.
- No hay medicina ni tratamiento inocuos.
- Toda atención médica quirúrgica presenta riesgos, complicaciones, accidentes e incidentes.
- El momento y lugar en que se brindó la atención: esto es, el *ex ante* y no el *ex tunc*.
- El horizonte subclínico y clínico de la historia natural de la patología, así como su pronóstico.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico:

- La atención médica se da en la búsqueda de un fin tutelado por el Estado, como lo es la protección a la salud de la que es titular y corresponsable el paciente.
- La prohibición de sobrevaloración de la conducta del agente.
- En casos de urgencia se obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico de un peligro real, actual e inminente, no ocasionado por el agente, incluso lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios.
- Que la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional

[199] Por ello fue asumida, en esos términos, en el protocolo institucional de CONAMED.

del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.
- Que se realice la acción o la omisión causalista bajo un error invencible.
- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, que no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar en otra forma.
- El evento adverso se produce por caso fortuito o fuerza mayor sin que el agente haya contribuido, dado causa al mismo o se hubiera obligado a responder de ello.

En esta inteligencia, por exclusión, **si el efecto adverso dañoso no se presenta o explica necesariamente como actualización de la situación causal que *per se* debe ser ilícita, no se estará frente al principio de causalidad.** Y por ende, hay imposibilidad de atribuir determinadas consecuencias jurídicas al agente de la misma.

De forma tal que **sólo cuando** se pueda acreditar **de manera evidente y notoria** que el efecto adverso es, necesariamente, producto racional de una fuerza generadora, o empíricamente previsible por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión que se estime ilícita, por ser contraria a la *lex artis* médica, se estará en posibilidad de hablar de la causalidad y, por ende, de la atribución de la misma a su agente.

Así las cosas, la culpa se conforma de:

- Una acción u comisión por omisión, que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el agente debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.
- Un evento adverso que no se previó siendo previsible y evitable.
- Y un nexo causal que vincula ambos extremos de manera natural, constatándose indiscutiblemente la relación de causalidad entre el hecho y la afectación observada o su atribución legal.

Por lo tanto, la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la culpa y ulteriormente la necesaria responsabilidad, **no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto,** sino comprobar *la estricta y necesaria relación* entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el evento adverso que se produjo.

Asimismo, el agente, salvo que se haya comprometido a ello, queda relevado de responder del evento adverso si acredita que se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; igualmente, cuando el evento adverso se presenta por casos fortuitos que solamente obligan cuando se ha dado causa o contribuido

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

a ello, aceptado expresamente su responsabilidad o cuando la ley imponga dicha carga.

Y así también, cuando el agente se ve imposibilitado de cumplir su obligación según la máxima que señala que *a lo imposible nadie está obligado,* quedará el agente liberado de la exigencia jurídica.

REFERENCIAS

1. **Bunge M:** *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires, Sudamericana, 1977:18–19.
2. **Daza GC:** *Teoría general del delito*. México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998:113–114.
3. **Jiménez de Asúa L:** *Teoría del delito.* Iure Editores, Colección Textos Jurídicos, 66–67.
4. **Jiménez HM:** *Derecho penal mexicano.* México, Editorial Porrúa S. A. de C. V., 1981:276 y ss.
5. **Pavón VF:** *La causalidad en el delito.* 4ª ed. México, Porrúa, 1993.
6. **Hans JR:** *Causalidad e imputación objetiva.* Traducción de Claudia López Díaz. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Colección de estudios número 13. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, agosto de 1998:17–18.
7. **Sánchez–Vera, Gómez TJ:** *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Colección de estudios número 4. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1997:83–84.

Diccionarios y enciclopedias

1. Voz *causa de los actos jurídicos*. Dr. Daniel Ignacio Parodi: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:880–895.
2. Voz *causa ilícita*. Dr. Armando V. Silva: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:896–902.
3. Voz *causalidad.* Álvaro Bunster: *Enciclopedia jurídica mexicana.* Letra II, Letra C. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa–Universidad Nacional Autónoma de México, 2002:109 y ss.
4. Voz *causalidad criminal*. Dr. Juan Antonio Vitolio: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:904–908.
5. Voz *causas de inculpabilidad.* Dr. José Manuel Núñez: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:910–912.
6. Voz *causas de inimputabilidad*. Dr. José Manuel Núñez: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo II, B–CLA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:913–914.
7. Voz *imputación*. Dr. Juan Carlos Smith: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo XV, IMPO – INSA. Buenos Aires, Editorial Driskill, S. A., octubre de 1992:247–257.
8. Voz *causalidad*. Abagnano N: *Diccionario de filosofía.* 4ª reimpr. México, Fondo de Cultura Económica, 152.158.
9. Voces: *atribución, atribuir, causa, causa segunda, causal* y *causar,* del *Diccionario de la Lengua Española,* Acervo Jurídico V3 1998–2002 LEJR.
10. Voces: *causa* y *caso fortuito* del Diccionario de Terminología Jurídica. Acervo Jurídico V3 1998–2002 LEJR.

11. Voces: *teoría de la causalidad adecuada, teoría de la causa eficiente* y *teoría de la* conditio sine qua non. Reyes Echandía A: *Diccionario de derecho penal*. 6ª ed. Santa Fe de Bogotá, Editorial Themis, S. A. de C. V., 1999:40 y ss.

Principal jurisprudencia consultada

Novena época. Instancia: Segundo tribunal colegiado en materia civil del segundo circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Septiembre de 2002. Tesis: II.2o.C.368 C. Página: 1438. Responsabilidad objetiva.[200] No se configura por el solo hecho de ser ascendiente de un menor que participe en los hechos, sino que se requiere demostrar un nexo causal (Legislación del Estado de México). Segundo tribunal colegiado en materia civil del segundo circuito. Amparo directo 319/2002. Jacobo Valdez González y otra. 11 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

Novena época. Instancia: Segundo tribunal colegiado en materia de trabajo del sexto circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Agosto de 2002. Tesis: VI.2o.T. J/5. Página: 1097. Enfermedad no profesional. Para acreditar la relación causal entre ésta y el medio en el cual el trabajador preste o haya prestado sus servicios, la junta, con apoyo en el artículo 782 de la Ley Federal del Trabajo, debe ordenar las diligencias que juzgue convenientes. Segundo tribunal colegiado en materia de trabajo del sexto circuito. Amparo directo 24/2001. Rodolfo Sánchez Cruz. 14 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretario: José Ignacio Valle Oropeza. Amparo directo 211/2001. Juan Ramón Pérez Ramírez. 23 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretaria: María de Jesús Temblador Vidrio. Amparo directo 298/2001. José Antonio Muñoz Corona. 20 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretario: Waldo Guerrero Lázcares. Amparo directo 309/2001. Nicolás García Castro. 20 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Armando Hernández Orozco. Secretario: Mario Ariel Acevedo Cedillo. Amparo directo 117/2002. Marcelino García Pérez. 9 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lorenzo Ponce Martínez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Horacio Óscar Rosete Mentado. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción número 165/2002, pendiente de resolver en la Segunda Sala.

Novena época. Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Fede-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

200 La responsabilidad objetiva no se observa en casos de atención médica legítima.

ración y su Gaceta. Tomo: XV, Junio de 2002. Tesis: I.7o.P.7 P. Página: 643. CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 607/2002. 22 de marzo de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz.

Novena época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Septiembre de 2001. Tesis: I.3o.C.239 C. Página: 1359. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. LE CORRESPONDE AL DEMANDADO DEMOSTRAR QUE EL DAÑO SE PRODUJO POR LA CONDUCTA INEXCUSABLE DE LA VÍCTIMA. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 10283/98. Vicente Pineda López y otra. 21 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Ramón Alberto Montes Gómez. Amparo directo 323/2001. José Pérez Nieto. 19 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Gladys de Lourdes Pérez Maldonado.

Novena época. Instancia: DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, Enero de 2003. Tesis: I.13o.C.14 C. Página: 1859. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EXTRACONTRACTUAL. ACCIÓN IMPROCEDENTE CUANDO SE RECLAMAN DERECHOS DERIVADOS DE UNA CARTA DE PORTE. DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 630/2002. Grupo Nacional de Autotransporte de Carga, S. A. de C. V. 29 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Sánchez. Secretaria: Gabriela Elena Ortiz González.

Novena época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Octubre de 2002. Tesis: VI.2o.T. J/6. Página: 1168. ENFERMEDAD PROFESIONAL. LA BRONQUITIS CRÓNICA SE CONSIDERA DERIVADA DE LA RELACIÓN LABORAL CUANDO SE ACREDITA CON LA PRUEBA PERICIAL. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 93/2001. José Flores Sánchez. 15 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Quesada Sánchez. Secretario: Horacio Óscar Rosete Mentado. Amparo directo 476/2001. Filemón Alducín Castillo. 25 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretaria: María de Jesús Temblador Vidrio. Amparo directo 527/ 2001. Lucía Ramos

Alvarado y otros. 6 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretario: Waldo Guerrero Lázcares. Amparo directo 438/2001. Instituto Mexicano del Seguro Social. 16 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretaria: María de Jesús Temblador Vidrio. Amparo directo 232/2002. Miguel Salazar Moredia. 12 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lorenzo Ponce Martínez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Horacio Óscar Rosete Mentado. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, mayo de 2000, página 830, tesis I.5o.T. J/30, de rubro: "ENFERMEDAD PROFESIONAL. LA BRONQUITIS CRÓNICA INDUSTRIAL SE CONSIDERA DERIVADA DE LA LABOR CUANDO CON LA PRUEBA PERICIAL SE ACREDITE, AUNQUE EL CÓDIGO OBRERO NO LA ESTABLEZCA, PUES SE LE PUEDE APLICAR POR ANALOGÍA EL ARTÍCULO 513, FRACCIONES DE LA 1 A LA 30, DEL MENCIONADO ORDENAMIENTO.".

Novena época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Octubre de 2002. Tesis: XV.2o.11 P. Página: 1445. REPARACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL, MOTIVACIÓN DE LA CONDENA A LA. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Amparo directo 441/2002. 28 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Graciela M. Landa Durán. Secretaria: María Dolores Moreno Romero.

Novena época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Enero de 2001. Tesis: VI.1o.P.86 Página: 1781. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, MATERIAL E INDEMNIZACIÓN ECONÓMICA. TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO O LESIONES. DIFERENCIAS Y CUANTIFICACIÓN DE CADA UNO DE ESOS CONCEPTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 742/99. 13 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: José Manuel González Jiménez. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, página 1199, tesis VI.1o.P. J/8, de rubro: "DAÑO MORAL E INDEMNIZACIÓN CON MOTIVO DE HOMICIDIO O LESIONES, PRESUPUESTOS QUE SE DEBEN ACTUALIZAR PARA QUE PROCEDA EL PAGO COMO RESULTADO DE ESTOS DELITOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).".

Novena época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Fede-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

ración y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: VI.1o.P. J/8. Página: 1199. DAÑO MORAL E INDEMNIZACIÓN CON MOTIVO DE HOMICIDIO O LESIONES, PRESUPUESTOS QUE SE DEBEN ACTUALIZAR PARA QUE PROCEDA EL PAGO COMO RESULTADO DE ESTOS DELITOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 617/99. 19 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez. Amparo directo 700/99. 6 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez. Amparo directo 771/99. 31 de agosto de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores. Amparo directo 766/99. 21 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Remes Ojeda. Secretario: Juan Carlos Ramírez Benítez. Amparo directo 46/2000. 13 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Mayo de 1993. Página: 393. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA. RESPECTO DE DAÑOS CAUSADOS EN COMÚN A TERCERAS PERSONAS. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo directo 500/92. Isabel Rodríguez Lucio. 20 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretaria: Silvia Marinella Covián Ramírez. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917–1988, Segunda Parte, tesis relacionada con la jurisprudencia 1639, página 2655.

Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: I, Segunda Parte–1, Enero a Junio de 1988. Página: 165. CASOS FORTUITOS EXTRAORDINARIOS. CIRCUNSTANCIAS POR LAS QUE OBLIGAN. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 2966/87. María de los Angeles Téllez Wood viuda de Novaro. 29 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretaria: Eleonora Murillo Castro.

Séptima época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 83, Séptima Parte. Página: 13. ACTOS ILÍCITOS. Amparo directo 3982/70. Ingenio Zapoapita, S. A. 13 de noviembre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Livier Ayala Manzo. Secretario: Leonel Castillo González.

Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 139–144, Cuarta Parte. Página: 80. MORA. NO SE CONFIGURA SI EL INCUMPLIMIENTO FUE POR CAUSA DE FUERZA MAYOR NO PROVOCADA POR EL DEUDOR, NI SE COMPROMETIÓ A SOPORTAR-

LA NI LA LEY LE IMPUSO DICHA CARGA. Amparo directo 168/80. Deolindo Fernández Rosendo. 17 de octubre de 1980. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Pedro Reyes Colín.

Sexta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: II, Parte SCJN. Tesis: 292. Página: 163. RESPONSABILIDAD PENAL Y CAUSALIDAD. Amparo directo 3588/58. Melesio López Alvarado. 10 de septiembre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 3364/58. Felipe Luna Peña. 16 de julio de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3927/51. Gilberto Carrillo García y coag. 18 de agosto de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3633/60. Melesio Gaspariano Montes. 27 de septiembre de 1960. Cinco votos. Amparo directo 3929/60. J. Loreto Romero Casas. 15 de marzo de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Quinta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CIV. Página: 1766. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Amparo civil directo 5071/47. Robles Machain Adolfo. 9 de junio de 1950. Unanimidad de cinco votos. Relator: Agustín Mercado Alarcón.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

10

Metodología para el análisis de casos en orientación y gestión

Leticia Escamilla C., Salvador Casares Q.

El usuario es una persona...
no un conflicto que resolver.

PRESENTACIÓN

Este capítulo es un instrumento que integra la experiencia de la Dirección General de Orientación y Gestión de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Describe el proceso de atención a la ciudadanía que solicita orientación, asesoría, gestión para la atención médica o la admisión de la queja médica. Se puntualizan en forma sucinta aspectos conceptuales asociados a la atención al público, a lo que representa una queja, a la atención médica y a los aspectos psicológicos inherentes al proceso de atención en situaciones de conflicto e inconformidad. Se desglosan las estrategias y técnicas para el análisis de casos y las intervenciones para proporcionar un servicio.

Este documento ha sido formulado como parte complementaria del Manual de Procedimientos, los Procesos Operativos y el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial, y está centrado en el elemento *humano* de atención a las controversias médico–paciente.

Se desarrollan los apartados como la mística del servicio en la Comisión, el objetivo, el trabajo interdisciplinario en el equipo de atención, funciones, roles, responsabilidades, y las características por desarrollar por parte del personal para una mejor atención y beneficio mutuo. Se describe en forma detallada el modelo

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

de atención, la metodología por seguir, los tipos de servicio proporcionados, las estrategias, y las técnicas detectadas como necesarias para un óptimo servicio de atención de quejas.

Tiene la finalidad de transmitir, a partir de la experiencia, la forma de trabajo que ha resultado más útil para el usuario, el prestador del servicio y los servidores públicos de la Comisión. Y su propósito es guiar, apoyar la toma de decisiones de los consultores durante la atención a la ciudadanía en circunstancias específicas, como la presentación de inconformidades.

ASPECTOS CONCEPTUALES

En la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), la primera etapa de atención tiene el propósito de recibir y atender a la ciudadanía que va a solicitar sus servicios por una presunta irregularidad o negativa de la atención médica, ya sea por comparecencia, correspondencia o vía telefónica.

Expertos en materia médica, jurídica y en atención al público reciben a los promoventes de una queja médica y sus inconformidades. El trabajo que se realiza es en equipo interdisciplinario para proporcionar los servicios de orientación y asesoría especializada, gestión inmediata y resolver acerca de la admisión de la queja para su entrada al proceso arbitral. Para ello se diseñó un Protocolo de Atención[201] a los Usuarios de la CONAMED que está contextualizado al tipo de población que atiende y dentro de las alternativas para la resolución de conflictos entre médicos y sus pacientes, objeto de la Comisión.

En nuestra institución, la vocación de servicio para con los usuarios es fundamental, es la piedra angular de nuestros lineamientos y mística para propiciar la solución de controversias entre los prestadores y usuarios de los servicios médicos.

La actualización y capacitación constante son esenciales, tanto en aspectos técnicos en la materia como en aquéllos que forman parte de la complejidad de la relación humana, el conflicto y la mediación.

Esto ha implicado constantes cambios y reestructuraciones en nuestros procesos y metodología, para consolidar y adquirir en forma gradual la debida madurez como institución que contribuya a elevar la calidad de la atención médica en México, lo cual requiere el esfuerzo y la creatividad permanente de cada uno de sus integrantes.

Los objetivos planteados en este capítulo tienen su base en la experiencia de trabajo en esta CONAMED[202] y son:

---

[201] Escamilla L, Casares S: *Protocolo de atención al promovente de una queja médica.* México, CONAMED, 2006.

1. Describir los fundamentos conceptuales.
2. Definir los criterios metodológicos de atención y admisión de quejas médicas.
3. Específicamente, precisar la metodología del análisis de casos para valorar, ponderar y determinar el tipo de resolución y servicio conducentes, dentro de la primera etapa de atención, como una alternativa de solución del conflicto entre el médico y el paciente.

En este contexto pueden mencionarse en forma sucinta algunos conceptos básicos para la comprensión de un Modelo de Atención de Inconformidades relacionadas con el acto médico. Uno de ellos es indudablemente la relación médico–paciente.

La medicina es una profesión cuyas raíces son fundamentalmente humanistas; por lo tanto, en teoría, es de suponer que los médicos poseen una inclinación natural o vocacional hacia sus pacientes y los derechos de éstos.

En este orden de ideas, es de esperarse que en cada atención se establezca una relación humana. En la atención médica, la relación médico–paciente es un concepto básico, pero también es un punto vulnerable, ya que al ser una interacción humana, se originan rupturas o alteraciones, como inadecuaciones psicológicas entre los tipos de personalidad; p. ej., el desinterés por parte del médico para brindar atención o el abandono del tratamiento o falta de adherencia terapéutica por parte del paciente.[203]

Es común atribuir la alteración en la relación médico–paciente a uno de los participantes, ya sea al médico o únicamente al paciente. Sin embargo, para que se dé una relación se requieren dos personas que en un nivel psíquico establezcan complementariamente una comunicación, una interacción consciente e inconsciente en un contexto o ambiente externo. La definición de relación implica cualquier conexión o influencia mutua entre dos o más personas; es un tipo específico de proceso mental en donde entran en interjuego dinámico las personalidades de cada uno de los miembros que se relacionan.

Las raíces de la relación médico–paciente se fundamentan, por una parte, en el paciente con una demanda, una carencia o una necesidad de ayuda por un problema de salud; y por la otra, en el médico con su capacidad científica, técnica y su disposición para atender la necesidad de salud del paciente. Si las necesidades del paciente y el personal de salud están desconectadas, las acciones no propician la retroalimentación necesaria y se trunca el progreso en la atención.[204]

---

[202] A fin de establecer la problematicidad observada y sus vías de solución.
[203] Laín–Entralgo P: *Relación médico–paciente.* Ed. Alianza Universitaria.
[204] Delbanco T: Enriching the doctor–patient relationship by inviting the patient's perspective. *Ann Intern Med* 1992;116:414–418.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Dentro de las alteraciones en la relación médico–paciente, la desarticulación entre necesidades reales o sentidas del paciente y las acciones del médico, así como la falta de comunicación entre esta relación humana, están los puntos nodales por los que se altera el vínculo y, por ende, el progreso en la prestación del servicio. Esto da como resultado irregularidades en la atención médica y en la calidad.[205]

Cuando se la contextualiza con la enfermedad, conlleva un proceso cargado de ansiedad o estrés. Cada una de las personas aporta sus características, rasgos, estilos de relacionarse que se complementan; en este sentido, la relación se manifiesta en palabras, actitudes o hechos en un ambiente específico. Cualquier situación en donde se establezca una relación humana es susceptible de presentar conflictos interpersonales, principalmente en aquéllas del área de la salud, en donde necesariamente se establece algún tipo de vínculo con los enfermos.[206] Se encuentra afectada, como se sabe también, por factores sociales, económicos, psicológicos, educacionales y culturales, que al interrelacionarse pueden dar lugar a la *formación de un vínculo, a una ruptura o una alteración.*[207]

Conocer este fenómeno permitirá conocer la frecuencia con que ocurren los eventos indeseables, cuáles son los factores predisponentes y las alternativas de solución.

Analizando cada una de las partes de la relación se observa que existen ciertas características en los pacientes. Para ellos la enfermedad no es sólo un cambio biológico, también lo es psicológico y social.

La enfermedad constituye una de las situaciones de mayor importancia para el ser humano que provocan estrés; también la actuación del médico y en particular la del cirujano. Todos los seres humanos perciben, valoran, organizan, integran y hacen uso de los datos de información mediante procesos cognoscitivos que de continuo estructuran e intentan dar sentido a sus experiencias revistiéndolas de significado.

La información es organizada simbólicamente en memorias y fantasías, mediante imágenes, pensamientos y palabras, las cuales se asocian con afectos, motivaciones y mecanismos de respuesta adaptativa o de defensa, que influyen en la elaboración de ideas dando lugar a estructuras complejas (esquemas) que organizan los procesos cognoscitivos.

Existe, entonces, una idiosincrática manera de pensar, contenidos simbólicos subjetivos de lo que es la salud y la enfermedad, en donde se integran factores psicológicos, sociales y culturales.[208]

---

[205] Escamilla L: *Protocolo de atención de la clínica de trasplantes de órgano.* México, Instituto Nacional de Pediatría, 1988.
[206] *Ibíd.*
[207] Rodríguez G *et al.:* La relación médico–paciente, interacción y comunicación. Porrúa.
[208] Riera I: *Los otros médicos.* ACV Ediciones, 2000.

Dentro de todo lo que puede significar para una persona una enfermedad en su vida están los siguientes conceptos: ansiedad, fragilidad, peligro, agresión, perturbación, fracaso, herida narcisista, frustración, vergüenza, pérdida, justificación, motivo para exigir atención, afecto, compasión, manipulación, recompensa, admiración y retribución.

La enfermedad tiene una *representación,* una *importancia* y un *significado distinto* para cada individuo; el denominador común es una agresión compuesta de dolor, de peligro, de mutilación y de evocación de muerte.

Ejemplificando, la representación simbólica de una amputación conlleva siempre una reacción psicológica desfavorable que se agudiza si el paciente tiene características de una baja tolerancia a la frustración, si existe predisposición a la depresión o a alguna enfermedad mental, si en su historia personal existen manifestaciones de hipocondriasis, si su identificación es pobre, si amplifica o no el temor a que la cirugía vaya a perjudicar alguna área de su vida, si el miembro amputado representa el símbolo primordial del ser mujer o del ser hombre, si una figura significativa de su familia percibe con prejuicio la operación, si la relación de pareja es disfuncional, si representa un conflicto por creencias religiosas. La presencia de uno o más de estos factores posibilita reacciones psicológicas o psicopatológicas que pueden o no ser manejadas por el paciente.

Esto implica que generará un desajuste psíquico, principalmente en su autoestima y su autoconcepto; así, en cada representación se expresan las propias angustias o necesidades psicopatológicas. De esta manera, las posibilidades son caleidoscópicas, las formas de enfrentar el problema distintas, de acuerdo con la personalidad, sus mecanismos defensivos, la información que reciba y la relación que se establezca con el médico; p. ej., si se trata de una persona autogestiva, con actitud crítica y participativa sobre los procesos de atención médica, su colaboración en la toma de decisiones facilita y propicia que se alcance la mejor solución al problema de salud.

En el caso de sujetos pasivos, el paciente suele delegar todos los elementos de decisión en el médico; la decisión será unilateral, sin la perspectiva del paciente ni su coparticipación para una decisión razonada y conjunta. Así, cómodamente podrá proyectar su agresión al responsable de las elecciones si algo sucede mal o si no se cumple con sus expectativas, sin tener en consideración que un elemento indispensable para la evaluación apropiada de riesgos y beneficios para cualquier procedimiento es precisamente el paciente, pues es él quien, debidamente informado, puede elegir.[209,210]

Analizando la otra parte, la del prestador del servicio médico, se encuentra que la deficiente calidad en la atención se inicia en el trato personal, y esto mismo pro-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

[209] Lagree J: *El médico, el enfermo y el filósofo.* Ed. Esfera de los Libres, 2003.
[210] Toombs SK: *The meaning of illness.* Dordrecht, Kluwer, 2002.

voca que generalmente se degenere la atención y se extienda hasta la técnica médica aplicada al tratamiento.

Un hecho raramente reconocido por el paciente y suprimido frecuentemente por el médico es que el doctor también tiene una biografía operante, su propia historia personal que influye en sus relaciones, y que cuando no es adecuadamente manejada en su profesión para que pueda permanecer "objetivo", se convierte en actitud de ignorar, en frialdad, en cosificar al paciente para no relacionarse con él.[211]

Se observa también que habitualmente existen condiciones desfavorables o inapropiadas para las labores de los médicos que se asocian al síndrome de *burnout*. Este trastorno se define como *una respuesta al estrés laboral crónico, integrado por actitudes y sentimientos negativos hacia las personas con las que se trabaja, principalmente con actitudes de despersonalización, y hacia el propio rol profesional (falta de realización profesional en el trabajo), también por la vivencia de un desgaste emocional*.[212]

Este síndrome lo padecen principalmente aquellas personas cuyas profesiones consisten en ofrecer servicios humanos, directos y de gran relevancia para el usuario. Se considera como una consecuencia de trabajar intensamente hasta el límite, sin tomar en cuenta las necesidades personales; se manifiesta con síntomas psicosomáticos, se acompaña de sentimientos de falta y necesidad de ayuda, de impotencia, de actitudes negativas y de una posible pérdida de autoestima con una sensación de vacío que sufre el trabajador.[213]

Por otro lado, debe contemplarse que en medicina es común reducir al hombre en una vertiente fisiológica (en estructuras, órganos, funciones biológicas, etc.) y anular a la persona. Esta invalidación es un síntoma asociado a la despersonalización; ejemplos de esto se encuentran en los informes redactados en voz pasiva, en notas referidas a la enfermedad y no a la persona a la que se trata.

Redacciones en notas médicas como: "fue sometido a intervención quirúrgica", "tumor intracraneano con un tiempo de evolución de...",[214] denotan que se hace referencia a un objeto o en el mejor de los casos a un sujeto pasivo. Se advierte, asimismo, que se refiere sólo una parte, que se atiende a fragmentos de una

---

[211] Lo que se refiere al proceso de transferencia y contratransferencia del paciente y del médico, respectivamente. En donde la problemática inconsciente de cada uno de ellos realiza un "falso enlace"; es decir, una situación y relación vivida con anterioridad se traslada, desplaza o transfiere a una situación y relación actual, con el conflicto inherente desde la escena de origen con el otro.

[212] Gil–Monte PR: Aproximaciones psicosociales y estudios diagnósticos sobre el síndrome de quemarse por el trabajo (*burnout*). Monográfico. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* 2000;16(2):101–102.

[213] Caballero: El síndrome de *quemarse en el trabajo*. 1997.

[214] El subrayado es del autor.

persona. Durante las visitas médicas se habla de órganos, aparatos y sistemas, signos, síntomas, síndromes, diagnósticos; en general, del cuerpo de una persona como si ésta no existiera, no estuviera presente o no importara; se revisa, se pregunta, se habla sin dirigirse al paciente, sin mirarlo al menos, se atiende a esos fragmentos y se anula al sujeto. En la exploración de consultas subsecuentes, sin establecer contacto visual, las preguntas son: ¿Cómo sigue ese dolor? ¿Cómo va ese pie? Y en escasas ocasiones se pregunta por la persona.

Estos actos son psicotizantes, lo que en términos psicológicos se refiere a una fragmentación del individuo, a que no se le dirige al paciente una mirada integradora; se hace una antropomorfización de los órganos, esto es, funcionan como entes independientes e incluso son más importantes que la persona misma.[215,216]

Esto finalmente conduce al problema mayormente detectado: las fallas de comunicación y de relación que hacen que la experiencia sea humana. Los principales problemas se refieren a una comunicación en forma de crítica, de indiferencia o defensividad. Los silencios son inadecuadamente manejados tanto de una u otra parte de la relación. La crítica se expresa como una constante destructiva, inquisidora, como una expresión de la agresión, ya sea latente o manifiesta.

La indiferencia provoca desinterés, devaluación, subestimación de la persona y su salud. Las expresiones defensivas impiden escuchar al otro, obligan a argumentar, a discutir, a defenderse, y provocan la contienda de ganar o perder. Y, finalmente, los silencios mal manejados, es decir, la comunicación evasiva o defensiva, se utilizan como armas para agredir, controlar o manipular al otro. Cada una de estas manifestaciones de la comunicación provoca distorsiones de la información y contratransferencialmente estimula su contraparte en el interlocutor, el cual tendrá un rol complementario formando un círculo vicioso.[217]

Habrá que entender que el paciente experimenta síntomas que irrumpen en su vida, lo que frecuentemente causa ansiedad e incertidumbre, porque la naturaleza y causa de la enfermedad le son desconocidas. El paciente relata la historia al médico, cuyo entrenamiento, conocimiento, objetividad y experiencia lo conducen a diseccionar y clasificar los componentes de la enfermedad en orden para establecer un diagnóstico.

El foco del paciente es la subjetividad, mientras que el médico se focaliza en la patología específica de la lesión. El médico es el principal prestador de los servicios de salud, pero no el único que atiende al paciente; en este sentido, los prestadores del servicio de salud deben tomar conciencia de que con su trato y sus

---

215 Bayés R: *Psicología y medicina; interacción, cooperación, conflicto.* Barcelona, Ed. Fontanell, 1979.

216 Escamilla L: *Op. cit.*

217 Zinn WM: Transference phenomena in medical practice: being whom the patient needs. *Ann Intern Med* 1990;113:203–298.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

actos pueden conducir al restablecimiento de la salud o a estacionar la enfermedad de sus pacientes.

Es esencial que el médico obtenga el mejor conocimiento posible de la persona que padece; que establezca un puente entre el modelo explicativo científico del médico y el modelo explicativo del paciente cuando el de este último es diferente, cuando existen discrepancias en el contenido del lenguaje, a nivel cognoscitivo, de valores, expectativas y metas terapéuticas de uno y otro, ya que justamente a partir de éstos surgen los conflictos.

El conflicto se constituye de discrepancia, contradicción, incompatibilidad y antagonismo de creencias, valores, necesidades, etc. Se presenta entre personas en quienes se contraponen tendencias subjetivas opuestas, de intensidad similar, por lo que resulta muy difícil satisfacer simultáneamente sus expectativas. En consecuencia, se produce tanto una tensión interna como una tensión en la relación entre las partes, la cual puede convertirse en angustia, agresión, necesidad de venganza, etc. Si ésta se prolonga, provoca perturbaciones y es causa de un trastorno o anomia social.[218]

En la interacción de las partes en conflicto se aspira a obtener o mantener una situación; es decir, un cambio o la preservación de las condiciones existentes, ya sea de privilegios, seguridad, autoridad, ventajas emocionales o materiales, las cuales consideran los protagonistas que son de pertenencia excluyente del uno o del otro; por lo tanto, surge la controversia. En este sentido, cada una de las partes percibe a la otra como culpable, barrera o amenaza para la obtención de sus expectativas. Las predisposiciones al respecto pueden oscilar desde actitudes competitivas hasta necesidades psicopatológicas (narcisistas o paranoides). Generalmente, cuando se enfrentan este tipo de situaciones, se consideran injustas o dentro de un equilibrio precario, por lo que se tornan casi inevitablemente en comportamientos y actitudes contenciosas, beligerantes, desafiantes, pasivo–agresivas o de ataque.[219]

Un conflicto también tiene otros atributos: puede ser asimilable a movilidad, avance, cambios y evolución, e implica una oportunidad a nuevas vías de reacción y crecimiento. *El conflicto es un proceso de disrupción de un equilibrio ya existente* (en la persona y en las relaciones) y de un nuevo equilibrio (homeostasis); es entonces un movimiento en espiral que se transforma y evoluciona, a menos que se estanque, se fije o se perturbe al no permitir precisamente el movimiento.

Las controversias poseen rasgos comunes; habría que analizar las motivaciones, valoraciones, afectos, creencias, recuerdos y variables del fenómeno. El con-

---

[218] Muldoon B: *El corazón del conflicto.* Barcelona, Paidós, 1998.

[219] Redorta J: *Cómo analizar los conflictos: La tipología del conflicto como herramienta de mediación.* Buenos Aires, Paidós, 2001.

flicto típico se desata entre necesidades o por la tendencia a descargar la agresividad derivada de los propios temores o de satisfacer deseos o expectativas. Se agrega a ello un freno interno de índole ética, generador de culpa o vergüenza que surge como temor a la desaprobación o el rechazo; es decir, a la frustración, a tendencias signadas por la agresividad impulsiva y por un narcisismo excluyente de consideraciones ajenas al beneficio propio.

Dentro de su faz positiva, el fenómeno del conflicto es un motor de cambio social cuando no se juzga o señala y en su lugar se dan propuestas.[220] Se complica, en tanto que como elementos contingentes de la estructura de personalidad o en el grupo aparecen los prejuicios, preferencias, debilidades del intelecto y la voluntad. Sin embargo, para que los conflictos promuevan el crecimiento y abran vías de acción, los individuos no han de escudarse en defensas sistemáticas, para que la división no se traduzca en inmovilidad persistiendo la defensividad, la pugna o la conducta compulsiva en cada una de las partes, sino intentar introducir soluciones constructivas que beneficien a ambas partes.

De acuerdo con el artículo 2° del Decreto de Creación, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios. Con relación a las atribuciones, en el artículo 4°, fracción IV, se señala la de intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de los servicios médicos.[221]

Coadyuvar a dirimir la controversia entre prestadores y usuarios de los servicios médicos es una responsabilidad social de esta Comisión. Cuando se suscita un conflicto, compete a las partes intervenir en la trama interaccional. En este sentido, incluir personal capacitado como facilitador a través de la sensibilización y preparación de los involucrados es una estrategia razonable. Es importante que los servidores públicos estén capacitados en estos aspectos, ya que su formación requiere analizar las variables individuales, de vínculo e institucionales, sin ignorar las motivaciones, los rasgos subjetivos y la dinámica que se da entre las partes.

La importancia de incluir estos factores en el fenómeno del conflicto radica en la relación entre las circunstancias de los hechos y las disposiciones psicológicas para llegar a un arreglo; éstas no pueden ser omitidas en el análisis de cualquier clase de conflicto, ya que se conecta con el hecho de que una conducta, contenciosa o no, está vinculada con los estímulos que recibe. Intervenir en el manejo de la funcionalidad de los conflictos promoviendo en las partes la tolerancia, el manejo de la frustración, de la agresión, de la percepción prejuiciosa, del apego

[220] Boqué M: *Cultura de mediación y cambio social.* Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.
[221] Secretaría de Salud, Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Diario Oficial de la Federación publicado el 6 de junio de 1996.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

a los estereotipos y favoreciendo la recepción y percepción objetiva, las actitudes realistas, constructivas y la elaboración de los duelos no resueltos involucrados en el conflicto, tiene como fin superar los antagonismos.

Como se ve, la intervención se da en la subjetividad y repercute en las tramas interpersonales, pues actúa directamente en las emociones, la reducción del estrés, el análisis cognoscitivo, la rememoración, la percepción selectiva, la persecución del culpable, la represión, la negación, la fijación en estereotipos, la visión de túnel, la polarización, la proyección de la agresión, el desplazamiento, la deshumanización y la racionalización.

Cuando en las partes prevalece una visión de rasgos negativos y amenazadores, con el correspondiente aumento de hostilidad, sobre todo cuando existen mecanismos de defensa psíquicos que los permitan, la mediación se focaliza en la carga agresiva, en la dinámica del interjuego, previendo las reacciones que agudicen el conflicto y facilitando la mejora en la percepción y en la relación.[222]

Los servidores públicos deben tener siempre presente que los usuarios de los servicios médicos que acuden a esta Comisión para presentar una queja tienen un estado emocional alterado por causas múltiples, y que éste se puede agravar dependiendo del tipo de inconformidad, su magnitud, su alcance y, por otro lado, el tipo de estructura psíquica y perfil psicológico; es decir, su propia historia personal, sus características de personalidad, el medio ambiente en donde se desenvuelve, el tipo de reacciones que tiene ante eventos estresantes, etc.

Para entender estos puntos, hay que contextualizarlos y una cuestión básica es saber qué están vivenciando los usuarios. Para empezar, sufren una enfermedad, que por sí misma es un evento estresante.

La enfermedad conlleva un impacto emocional, implica pérdidas y provoca una alteración emocional. El impacto emocional se refiere a un bloqueo a nivel psicológico que impide tener un juicio lógico, ser inferente, tener respuestas emocionales adecuadas, tener capacidad para tomar decisiones en forma racional, oportuna y eficaz; provoca ansiedad, baja en la capacidad de escucha; se presenta una escucha selectiva, visión de túnel, signos de depresión, un estado de regresión, de incertidumbre, de falta de control, dependencia y culpa. Lo anterior se agudiza ante un desconocimiento de la naturaleza de la enfermedad, una evolución impredecible, un curso ondulante de la enfermedad, el compromiso multisistémico que origina superposición de especialistas (uno por cada órgano afectado) que no se comunican entre sí, una dependencia de los equipos de salud (médicos, paramédicos, técnicos, laboratorios, etc.) que no informan ni se preparan para sus intervenciones, agregándose a esto las dilaciones y fallas en la comu-

---

[222] Escamilla L, Casares S, Rodríguez J: *Protocolo de atención al usuario de Conamed*. Dirección General de Orientación y Gestión de la CONAMED, 2001.

nicación médico–paciente sobre lo que le está sucediendo y que sumergen a éste en fantasías subjetivas laberínticas o *kafkianas*.

Por otro lado, las pérdidas vividas o sentidas, ya sea a nivel consciente o inconsciente, se relacionan directamente con la forma en que se han resuelto los duelos durante el propio desarrollo psicológico, con la forma en que se han enfrentado y resuelto las crisis, los mecanismos de defensa psicológicos empleados, y van a depender del tipo, evolución y pronóstico de la enfermedad.

Las pérdidas sufridas durante una enfermedad más comunes son: la pérdida de la salud, de la actividad que antes de la enfermedad se realizaba, del rol de persona sana, del tiempo, de la autosuficiencia, del control, en algunos casos del trabajo; si la enfermedad es crónica, se agregan muchas más y se agudiza aún más el impacto emocional,[223] convirtiendo lo crónico en cronificante.

Durante la enfermedad siempre está presente una demanda psicológica. La petición cuando un usuario acude a los servicios médicos es: *recuperar la salud.*

Recuérdense los síntomas del impacto emocional que causa una enfermedad y de esta forma se entenderá por qué un paciente siempre se coloca en un lugar de dependencia.

Este tipo de dependencia es psicológico; su contenido latente se refiere a "entregarse" en forma pasiva al experto, a su médico, a quien ubica en el lugar del supuesto saber de aquello que lo aqueja, y del poseedor de la "cura". Es decir, los inviste en el lugar del poder. Por lo tanto, todas sus expectativas reales o imaginarias están depositadas en la persona del médico y en el acto médico.[224,225]

En este sentido, el entender cómo se establece la relación médico–paciente, cómo llegó a complicarse y a convertirse en psicopatológica, cuáles son los mensajes verbales y no verbales que sustentan esta relación, qué se informa, qué se omite, qué se explica, se aclara y se retroalimenta, el trato, el maltrato, las emociones, los intereses, las creencias, necesidades, afectos, expectativas que se trasmitan verbal o inconscientemente: todo lo anterior va a poner en juego el tipo de vínculo entre el usuario y el prestador de los servicios médicos, y va a definir si la relación es sana y clara o es confusa, ambigua, de poder, con dobles mensajes, neurotizante o psicotizante, es decir, psicopatológica.

Las irregularidades en la atención médica son factores también estresantes. Una inconformidad, la falta de cuidado, la deficiente o inadecuada comunicación, una actuación negligente, una impericia, son situaciones que vulneran al paciente. Y así como la enfermedad, también cualquier acción o evento de tipo traumático produce una alteración emocional.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

223 González JL: *Las crisis emocionales.* México, Espasa–Calpe, 2002.
224 Escamilla L: *Op. cit.*
225 Insúa J: *Introducción a la Psicología Médica.* Buenos Aires, Ed. Promed, 2000.

Ante una irregularidad, inmediatamente se fractura la relación médico–paciente, se presenta una pérdida de confianza inminente, lo que conlleva a un evento estresante y a un importante sentimiento de frustración.

Cuando se estima o se presenta dicha irregularidad en el acto médico, se derrumba la idealización en la que se había ubicado al médico, la escenificación del poder conferido se desmorona y se reacomoda, aparece la frustración más la pérdida de confianza (de lo que se deriva la agresión), provoca una alteración emocional y diferentes tipos de respuestas o reacciones que pueden ser adaptativas o psicopatológicas.

Así, el usuario acude a la Comisión con las siguientes manifestaciones:

1. Inherente conflicto.
2. Doblemente demandante (por la enfermedad y por la irregularidad en la atención médica).
3. Con impacto emocional o alteración emocional o ambos.
4. Con una expectativa de resolución urgente (que se cumpla su petición en forma inmediata).

Si bien las actitudes, reacciones y tipos de respuesta ante un acto médico irregular pueden variar de persona a persona, se han detectado consistencias, formas claras de expresión que acompañan a la inconformidad y que si bien dependen de la estructura psíquica de cada individuo, el evento que las desencadena provoca también determinadas manifestaciones psicológicas.[226],[227]

MODELO DE ATENCIÓN

Una vez revisada en forma sucinta la parte conceptual y contextualizado el ámbito de la población con la que se trabaja en CONAMED, es necesario aclarar que en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico la imparcialidad es una parte esencial del proceso de atención, que coadyuva justamente a realizar un análisis objetivo, con la neutralidad suficiente y necesaria para valorar el caso y tomar las decisiones pertinentes para su resolución. Complementariamente, se tiene que ser lo suficientemente flexible para que la actitud del servidor público no se transmita indiferente y fría hacia el prestador del servicio, hacia el usuario o promovente de la queja, teniendo siempre presente que estas actividades se centran en el elemento humano.

---

[226] Escamilla L: *Op. cit.*

[227] Para mayor profundización del tema, ver el Contexto Emocional del Promovente de una Queja Médica en el Protocolo de Atención al Usuario, *op. cit.*

El conocimiento pleno del proceso arbitral de cada uno de los procedimientos, de los objetivos institucionales, de las atribuciones conferidas a la Comisión y asimismo de las facultades de otras instancias, es indispensable en cada uno de los miembros de la CONAMED, para que pueda cumplir cabalmente con el objetivo de orientar, asesorar, gestionar y admitir la queja.

Como institución pública, se debe tener una definición común y compartida para proporcionar el servicio, saber qué aplicar, cómo comunicar y transmitir información, con base siempre en las normas y marco jurídico que respalden sus procedimientos, y principalmente con un alto sentido de compromiso y de trabajo en equipo interdisciplinario.

Primera etapa de atención: orientación y gestión

Por ser una unidad de atención a un público inconforme con los servicios recibidos, el equipo de esta área sustantiva trabaja constantemente en un nivel individual y grupal, con características que incluyen: un adecuado manejo de la agresión, tolerancia a la frustración, capacidad de escucha, de establecer empatía, conocimiento y capacitación constante sobre técnicas de comunicación y retroalimentación, a fin de evitar malas interpretaciones, de crear falsas expectativas o sensación de negativa de servicio.

Se requiere también saber utilizar un tono de voz adecuado y confirmar el mensaje transmitido al usuario, a fin de garantizar que fue recibida adecuadamente la información emitida. Advertir y utilizar articulada y congruentemente la comunicación oral, escrita y corporal adecuada es elemento imprescindible a fin de evitar dar mensajes erróneos, fragmentados, disociados o de doble vínculo.

Son necesarias las capacidades de análisis y síntesis para la toma de decisiones, para crear alternativas de solución, de mediación y de liderazgo efectivo, además de ubicarse dentro de la posición de servidor público, teniendo conocimiento pleno de la responsabilidad social que esto conlleva.

La CONAMED tiene un Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial[228] a partir del cual se determina la admisión de la queja, determinando si se cumple con los requisitos mínimos y constituye materia del proceso arbitral, con fundamento en los artículos 49 y 50 respectivamente.

Las *vías* por las que se reciben las inconformidades para su análisis son: comparecencia, correspondencia, correo electrónico, fax y vía telefónica.

Los *tipos de servicio* que se proporcionan son: orientación, asesoría, gestión inmediata, admisión de la queja, conciliación y arbitraje.

[228] Secretaría de Salud, Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Diario Oficial de la Federación, México, 21 de enero de 2003.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En esta primera etapa de atención, el área de orientación y gestión tiene una gran responsabilidad social, pues es el primer contacto con la ciudadanía; atiende a todas las personas que solicitan los servicios de la Comisión, sean promoventes de una queja o prestadores de servicio médico. En este tenor, es de gran importancia tener todos los sentidos alerta, saber detectar los asuntos que se plantean y crear una imagen adecuada de la propia capacidad de servicio, pues de esta primera atención dependerá el buen inicio de las relaciones usuario–institución y repercutirá en la proyección de la imagen global y la confianza en dicho organismo.[229]

Para cumplir la tarea de orientar es necesario conocer perfecta y cabalmente el proceso arbitral en sus dos etapas: la conciliatoria y la decisoria; el modelo de arbitraje médico de CONAMED, los procedimientos de cada área de esta Comisión; el funcionamiento de los hospitales y de los servicios médicos; las leyes vigentes en la materia y las atribuciones de otras instancias. La estructura de las direcciones generales está diseñada de tal forma que cada uno de sus integrantes está facultado para la toma de decisiones en cada caso que atiende. Se trabaja en un nivel interdisciplinario y modular incluyendo a: médico, abogado, psicóloga, apoyo técnico, apoyo administrativo y secretaria. Los miembros del equipo interdisciplinario están capacitados para ser los responsables de recibir y atender a la ciudadanía que acude a solicitar los servicios de esta CONAMED.

Orientación como primer filtro del proceso arbitral

Se inicia el procedimiento con una entrevista inicial breve en donde se indaga básicamente el motivo de la inconformidad; se identifica si existe materia, es decir, si está relacionada con un acto médico; se exploran las pretensiones y se detecta si se presentan los requisitos mínimos indispensables para la presentación de una queja médica.

La importancia de esta primera atención radica en la delimitación del problema en forma oportuna y breve si existe materia médica y se tiene competencia para conocer del asunto. Se agrega también la detección del conocimiento que tiene el usuario de la función de la CONAMED, la identificación de la disposición que tiene el usuario para resolver el conflicto, y de acuerdo con sus necesidades de atención y servicio, se proporciona la orientación conducente como primer paso de resolución a una necesidad planteada.

El propósito en esta primera etapa de atención es:

1. La clara comprensión de un asunto, tema o idea que resuelve una incertidumbre.
2. Completar las deficiencias de información o ambigüedades de los usuarios.

[229] Para una mayor comprensión, revisar el “Efecto Halo”.

3. Identificar qué asuntos pueden ser resueltos a través de la Comisión.
4. Cuáles serán canalizados a las instancias facultadas para dar el trámite conducente.

Es decir, una de las funciones primordiales es la selección oportuna, adecuada y correcta de los asuntos en cuestión, instituyéndose en un primer filtro de análisis y orientación de casos, hecho altamente relevante, ya que en el año de 2005, de un total de asuntos recibidos (17 908), 11 141 fueron resueltos mediante orientación por comparecencia y vía telefónica, es decir, 59.6% de ellos.[230]

En la orientación como primer filtro de atención, la intención es coadyuvar para que el usuario amplíe su campo de percepción, conocimiento y posibilidades para una mejor toma de decisión y búsqueda de alternativas de solución de lo que lo aqueja. Se proporciona con técnicas de orientación educativa especializadas y personalizadas focalizadas en el servicio público y la atención a la ciudadanía. Su característica principal es la objetividad e imparcialidad en el análisis del caso.

Es pertinente aclarar que orientar comparado con informar o dar consejo tiene una diferencia importante; el punto nodal se refiere a que se proporciona una explicación amplia, clara y sencilla, y a partir de este conocimiento, el usuario toma sus propias decisiones.

Aspecto psicológico

Dentro del trabajo interdisciplinario, desde la *disciplina psicológica* con la técnica de la entrevista, se analiza el grado de complejidad del asunto, la probable afectación emocional real o sentida que haya podido causar el conflicto, la ruptura en la relación médico–paciente, la disposición del promovente para la toma de decisiones y sus expectativas de resolución.

A partir de este primer análisis se inicia la toma de decisiones y la búsqueda de alternativas de solución por parte del orientador. Como primera intervención, a partir de la narración de los hechos se identifican conjuntamente con el usuario el motivo y las pretensiones, en un sentido aclaratorio, explicativo, de articulación y congruencia. Las pretensiones se analizan de igual forma, conjuntamente con el usuario, para establecer si tienen el sentido de resolución del conflicto y cubren sus necesidades y expectativas.

En el marco contextual de esta primera intervención se trabaja con el apoyo emocional, lo que incluye la escucha activa, la creación de un clima de confianza, la empatía, la detección de la demanda emocional del paciente a través de lo que lo aqueja y el impacto emocional causado.

La contención emocional del usuario como técnica de atención implica permitir la identificación de sus sentimientos, ya sea de enojo, rabia, ira, llanto, impo-

[230] Informe anual de labores 2005 en: www.conamed.gob.mx/informes.php.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tencia, desesperación, ansiedad, necesidad de venganza, incertidumbre, temor, desamparo, desolación, vulnerabilidad, etc. El subsecuente apoyo social, es decir, transmitir la percepción de que existe ayuda disponible por parte de otros, hace que la magnitud estresora de un evento aversivo reduzca el conflicto. Y continúa con el "apoyo informativo", que se refiere a la orientación que se ofrece a las personas para que puedan usarla para hacer frente a las situaciones problemáticas; esto permite a quien la recibe ayudarse a sí mismo y tomar decisiones. Así, a partir de la toma de decisiones por parte del usuario en una forma más objetiva, más pensada, razonada y lógica y de la orientación respecto al quehacer y modos de acción de esta Comisión, se define la entrada a esta primera etapa del procedimiento. Se realiza el primer filtro, el adiestramiento, guía y sensibilización de lo que implica el proceso arbitral y el haber elegido una instancia alternativa para la resolución de conflictos. O, en su defecto, se orienta sobre las instancias susceptibles de conocer del caso, lo que básicamente es la filosofía de la *orientación*.

Aspecto jurídico

En forma lacónica, desde el punto de vista *jurídico*, el análisis versa sobre la evaluación del motivo de la inconformidad que esté relacionada con el acto médico, y en segunda instancia, que las pretensiones planteadas sean materia del proceso arbitral médico, para resolver acerca de la admisión de la queja o tipo de atención, considerando e integrando siempre su valoración al análisis médico. Este análisis jurídico, en forma didáctica, se refiere a tener presentes los siguientes puntos:

- Qué se puede presentar.
- Cómo se puede presentar una queja.
- Por qué se puede presentar.
- Para qué se puede presentar.
- Quién la puede presentar.
- Cuándo se puede presentar.
- Dónde se tiene que presentar.

La primera intervención del consultor jurídico consistirá en proporcionar una *asesoría especializada,* a usuarios y prestadores de los servicios médicos, acerca de las disposiciones aplicables en la prestación de los servicios de atención médica, ya sean públicos, privados o sociales; sobre las atribuciones y competencia de esta Comisión, los requisitos mínimos para presentar una inconformidad, el proceso por seguir, el marco jurídico institucional y el de las dependencias involucradas. En caso de tratarse de un asunto motivo de las atribuciones de la Comisión, aquél orientará respecto a las instancias facultadas para atender el trámite en cuestión, con base en los lineamientos y ordenamientos legales vigentes.

Es decir, brindará en todos los asuntos una alternativa para dar diligencia al caso, entendido como un tipo de resolución para el asunto. Asimismo, se encargará de hacer la revisión de la documentación o en su caso solicitar los requisitos mínimos para la admisión de la queja, con el propósito de mejor proveer. Levantará el acta correspondiente, según el tipo de atención brindada, y conjuntamente con el consultor médico resolverá acerca de la admisión de la queja e integrará el expediente generado con su respectivo recibo de documentación.

Desde la *disciplina médica,* el análisis de casos se realiza a partir de los principios científicos de la práctica médica *(lex artis)* y de las reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica. La técnica se basa también en la realización de una entrevista dirigida, se apoya en la documentación presentada por el usuario para determinar las posibilidades de atención y servicio que se pudieron otorgar, conforme al motivo de la queja, a las pretensiones planteadas por el usuario y al análisis con base en la técnica médica.

Una de las intervenciones está encaminada a proporcionar asesoría especializada en materia médica, pues existe la posibilidad de que lo que se interpreta como una irregularidad pudiera estar relacionado con la propia evolución de la enfermedad, con la adherencia terapéutica, con las vicisitudes de la técnica médica, con algún efecto secundario o con la intención terapéutica del médico. La metodología del análisis considera, en todo momento, la situación clínica del caso, la formación de hipótesis acerca de los motivos y circunstancias de las actuaciones médicas, la consideración de la aplicación de los principios médicos; p. ej., "primero no dañar", "preservar la vida del paciente" y aquellos alusivos a los eventos en cuestión. Otra de las intervenciones, de trascendencia medular, es detectar si el caso amerita una gestión inmediata para la atención médica, que es una forma de resolución oportuna y próxima cuando se considera que la situación es apremiante, improrrogable, conveniente y eficaz para el paciente. A la postre, la importancia de este análisis técnico–médico permitirá determinar, además de con los aspectos jurídicos, la admisión de la queja. Es importante aclarar que en esta primera etapa del proceso se cuenta sólo con una versión de los acontecimientos ocurridos, es decir, con la sola percepción del usuario, su propia interpretación de los hechos reales o sentidos que pasa por su subjetividad, por lo que el análisis del caso, la acuciosidad y la objetividad con que se realice es de suma importancia.

CRITERIOS METODOLÓGICOS PARA EL ANÁLISIS DE CASOS

El análisis de casos lo realiza cada uno de los integrantes del equipo interdisciplinario al iniciar una atención, ya sea por comparecencia, por correspondencia, por correo electrónico, por fax o por vía telefónica.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

La complejidad y la profundización del análisis son distintas de acuerdo con el nivel de responsabilidad y disciplina que lo aborde.

No obstante, las técnicas de entrevista, de atención al público, de comunicación y de manejo de emociones son de fundamental importancia para un adecuado servicio y para evitar un desgaste emocional innecesario en el servidor público.

Los puntos clave (por trabajar) dentro del análisis de casos y la atención especializada a los usuarios con alguna inconformidad se refieren básicamente a la técnica médica y a aspectos jurídicos; sin embargo, a estos elementos se integra el elemento humano, ya que más que trabajar con documentos, el trabajo es con personas, con relaciones humanas y con comunicación interpersonal.

Desde esta perspectiva y a partir de la experiencia en orientación y gestión, en el análisis de cada caso se emplean las siguientes estrategias de la técnica de la entrevista.

Fase inicial

La entrevista

Fundamentalmente se utiliza para la recolección de datos, conocimiento del asunto y formar un vínculo personalizado significativo entre el usuario y el consultor de CONAMED. Tiene los siguientes propósitos:

- Recolectar información (semiología) de la patología actual, y sus antecedentes (historia).
- Formular precozmente hipótesis diagnóstica y pronóstica provisorias.
- Proporcionar una atención inmediata en tanto a la inconformidad relacionada con la salud.
- Integrar el caso mediante el análisis y la síntesis de los acontecimientos.
- Formular y poner en marcha un plan global de intervención cuando el caso así lo amerite.
- Asesorar sobre el caso en cuestión aspectos jurídicos y modos de acción de la Comisión.
- Establecer un nexo facilitador en la relación médico–paciente.
- Identificar y resolver el asunto mediante orientación, asesoría o gestión inmediata.

Presentación

En esta primera etapa, como apertura protocolaria, de profesionalismo y confianza, cada asesor que inicie la atención al usuario se identificará formal y oficialmente.

Esta estrategia permite establecer un clima de confianza y una relación que marcará y subsistirá a lo largo de todo el proceso de atención, ya que es la primera interacción que se da con el usuario.

Encuadre

El encuadre se realiza para dar estructura emocional y organización mental, para dar certidumbre, preparar al usuario acerca de la forma en que se va llevar la consultoría, el análisis del caso y el trámite que se derive de éste.

Consiste en explicar la forma en que se va a trabajar, detallar cómo se va a conducir la entrevista, de qué manera se va a analizar la inconformidad, cuál es el procedimiento, qué formas de atención y servicio proporciona la CONAMED.

Esta parte de la metodología permite establecer empatía, mostrar interés en el caso, reforzar el clima de confianza, marcar límites, dar certidumbre en las actuaciones, transmitir seriedad, profesionalismo y formalidad.

Fase de conocimiento

Identificación del problema

En esta fase de la técnica de la entrevista se escucha la narración de los hechos motivo de la inconformidad, se identifica el problema o conflicto que aqueja al usuario y se inicia el análisis del caso propiamente dicho.

De acuerdo con lo descrito por el usuario, se conduce el relato y se delimitan las preguntas que permitan evaluar la técnica médica, los aspectos jurídicos involucrados, la preocupación y las necesidades del usuario. Se identifica lo que es necesario médicamente para el paciente en el momento actual, cuánta información tiene al respecto, si los hechos se refieren al acto médico, en qué forma se lesionó la relación médico–paciente, las fallas de comunicación, cuáles son las necesidades de atención médica y cuáles son necesidades emocionales. Los elementos necesarios que conforman esta etapa del proceso del análisis del caso son: la escucha activa, el crear el clima de confianza y la empatía para llegar a comprender los motivos reales o sentidos de la presentación de la inconformidad. Esta estrategia propicia la expresión fluida del promovente de la queja y le permite realizar una catarsis emocional.

La objetividad y acuciosidad de los consultores es fundamental en esta etapa para realizar un análisis adecuado.

Delimitación del motivo de la inconformidad

La entrevista cualitativa es el fundamento sobre el cual se levantan todos los elementos para el análisis de la inconformidad. Durante la entrevista al usuario se

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

investiga, se analiza, se interpreta y en consecuencia se determina la admisión de la queja o tipo de atención (orientación, asesoría, gestión inmediata).

Ya que se trata de la fase en que se reúnen los datos relativos al acto médico, en ésta se profundiza sobre los aspectos necesarios y se tienen algunos puntos guía que permiten al entrevistador, en este caso el consultor médico y jurídico, plantear las preguntas adecuadas que dirijan su evaluación del caso.

Las preguntas deben estar dirigidas para obtener declaraciones de hecho, es decir, ser aquéllas que se lleven a cabo única y exclusivamente por la observación, donde el usuario puede hacer comentarios, pero se estimarán subjetivas.

Lo importante es dirigir la entrevista para que la narración sea una descripción de lo ocurrido. Las aportaciones pueden ser falsas o verdaderas, pero el punto es considerar lo observado y diferenciarlo de lo sentido por el paciente. Si bien cualquier persona puede hacer un relato de lo observado, también hace inferencias de los acontecimientos no observados o poco claros, lo que es necesario discriminar y saber explorar. Esto exige el conocimiento de la técnica de entrevista y las habilidades técnicas y personales del entrevistador.

En el desarrollo de la entrevista, un aspecto puntual que promueve el razonamiento en el entrevistado–entrevistador y un mejor análisis es plantear preguntas de acción y de reflexión, como: ¿cuándo se suscitó?, ¿dónde ocurrió?, ¿cómo se presentó?, ¿por qué ocurrió?, ¿por qué actúo el médico de esa manera?, ¿cuál fue la intención?, ¿qué hizo el médico para evitarlo?, ¿qué acciones se tomaron?, ¿para qué se tomaron?, etc.

Para saber cómo abordar el asunto, asesorar, gestionar o levantar la queja, las cuestiones básicas pueden ser: ¿qué sabemos?, ¿qué necesitamos saber?, ¿qué y cómo lo preguntamos?, ¿por qué se hizo así?, ¿para qué se requieren estos datos?, ¿entendí el mensaje?, ¿qué subyace en el discurso?, ¿qué tipo de preguntas y respuestas me están requiriendo?, ¿cómo lo reformulamos? ,¿cuál es el punto por tratar?, ¿qué requiere el paciente en este momento?, ¿cómo se puede solucionar?, etc.

Metodológicamente se utilizan durante el desarrollo de la entrevista el análisis del contenido y el cifrado cualitativo de las respuestas, para detectar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Este método exige un nivel todavía más alto de la calidad de la entrevista, ya que cuanto mayor es la cantidad de información concedida al consultor, tanto más necesario es que él tenga un alto nivel de competencia.

La entrevista es, fundamentalmente, un proceso de interacción social. Su finalidad primordial puede ser la obtención de datos, pero ésta es una finalidad para el consultor. Para el usuario puede tener un significado totalmente distinto; por ello es importante mantener la relación consultor–usuario e institución–usuario.

En este sentido es importante hacer al respecto algunas precisiones sustanciales: la importancia de establecer empatía, la capacidad de la escucha activa, de

tener un manejo adecuado de la comunicación verbal, corporal y escrita, de establecer adecuadas relaciones de análisis y síntesis, de tener habilidades para la toma de decisiones; investigar, saber proponer alternativas de solución y de mediación son elementos indispensables para conducir la atención y para el trato al público.

Es pertinente reiterar que en esta primera etapa de entrada al proceso arbitral únicamente se tiene la versión y percepción de una de las partes: el promovente de la queja. Esto exige aún más destreza y pericia para una total comprensión del asunto.

Reformulación, parafraseo y definición del problema

Reformular se refiere a volver a expresar lo mencionado por el usuario en forma clara y precisa. Tiene la función de retroalimentar y verificar que se estén comunicando eficaz y adecuadamente. La técnica tiene una orientación funcionalista, que verifica lo dicho y que se entendió lo que se quiso decir, de receptor a emisor y viceversa.

El *parafraseo* consiste en la explicación e interpretación de los hechos, del discurso y las circunstancias. Es una estrategia de la comunicación que generalmente se emplea de experto a no experto y tiene una función didáctica. Permite la adecuada comunicación, la empatía, refuerza la confianza al sentirse ambos escuchados y la relación de trabajo entre entrevistado y entrevistador. Asimismo, previene las inferencias e interpretaciones erróneas o subjetivas que entorpecen la comunicación o provocan los "nudos" y estratagemas del pensamiento y el lenguaje.

Circunscribir y definir el problema permite comprender las posibles perspectivas, los escenarios posibles; transforma y traslada el asunto a diferentes posibilidades y permite la búsqueda de alternativas de solución.

En una y otra parte, la *reformulación, el parafraseo y la redefinición* son estrategias para una mejor compresión, es decir, tanto para sí mismo como para el usuario. Así, el consultor expresa la problemática utilizando esta técnica, para que el usuario corrobore que entendió el asunto adecuadamente y que quede claro, puntual y acordado el *quid* del problema. Funciona también para que lo dicho se escuche desde fuera objetivamente, que se advierta más fácilmente si lo que se transmitió fue lo que se quiso decir y se está interpretando de igual manera.

Exploración y definición de las pretensiones

Generalmente, los usuarios no tienen claras sus pretensiones; incluso, no las han pensado ni planteado como una posibilidad. De acuerdo con la experiencia del autor, en la mayoría de los casos *no se tiene claro el concepto de pretensión*. La

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

utilización de un lenguaje, claro, sencillo, no técnico, es imperativa en la atención al público; funciona como una posibilidad de aproximación, acercamiento e interés en el problema; evita desgaste mental y emocional porque impide interpretaciones inadecuadas del concepto y el entendimiento entre consultor y usuario.

Las pretensiones, peticiones o solicitaciones que el usuario propone para que se solucione el conflicto que presenta por la probable irregularidad o negación de la atención médica son esenciales para la resolución.

Si bien el usuario no las ha considerado ni tiene la expectativa de proponerlas, o no tiene claro lo que requiere para dar solución al conficto, los consultores deben orientar y asesorar al respecto, ofrecer un abanico de posibilidades pertinentes a partir del análisis que hasta ese momento han realizado. Y en este rubro es imprescindible señalar que la orientación se enfoca a explicitar a los usuarios cuáles son sus derechos, las vías y procedimientos para su ejercicio y, por supuesto, acerca de los requisitos necesarios para el procedimiento, mas no a patrocinarlos en juicio. La decisión de qué reclamar y cómo plantear su reclamación es decisión personalísima del usuario.

Dentro de estas técnicas de orientación y asesoría la imparcialidad es un elemento clave. No obstante, se insiste en que no se puede sugerir qué es lo que debería o podría solicitar el usuario; para dicho propósito es necesario explicar las vías posibles para que desahoggue su inconformidad.

Cabe mencionar que las expectativas del usuario pueden ser muy altas, o que la relación médico–paciente tiene tal grado de fractura o se ha tornado tan psicopatológica que surgen las necesidades de venganza, de agresión o simplemente la falta de un discernimiento objetivo por haberse vulnerado la salud, el estado emocional, la economía o el trabajo del usuario, que no permiten la toma de decisiones razonadas y lógicas, por lo que éste tiende a respuestas viscerales o impulsos determinados por su estado emocional exaltado.

La estrategia en primera instancia es entender esa parte emocional que surge ante un sufrimiento real o sentido; posteriormente sensibilizar y centrarse en que el problema es el conflicto, no las personas. A continuación, ubicar las expectativas dentro de un plano imaginario, dentro de la hipótesis de verlas cumplidas, para reconocer y reflexionar si éstas sanarían el sufrimiento y resolverían el problema. Y finalmente, promover la racionalización en el usuario para aminorar las decisiones viscerales o emotivas.

Fase de decisión

Análisis del caso

La metodología de análisis consiste en confrontar la información obtenida con la *lex artis* y las leyes vigentes en materia de salud, identificando posibles irregu-

laridades, omisiones, negación de la atención, deficiencias en la comunicación, etc.

Una vez conjeturadas dichas irregularidades u omisiones se procede a considerarlas según las estrategias convenientes en cada caso. Cabe destacar que entre lo narrado, la técnica médica y los elementos jurídicos debe existir una congruencia, una articulación. Se complementa esta clasificación con la estrategia de repetición, la reformulación, el parafraseo y la redefinición, para favorecer la claridad, la objetividad y la imparcialidad en lo analizado.

El análisis consiste en la separación de las partes de todo el discurso, es decir, en la narración de los hechos que el usuario aporta, a fin de estudiarlos por separado, eliminar los datos no pertinentes del problema propuesto, ordenarlos cronológicamente, ubicarlos en su contexto y pensar en el porqué de las decisiones y actuaciones de la contraparte (el prestador del servicio). El análisis conduce a desmenuzar el problema, a fin de abordarlo desde un ángulo diferente, requiere una gran movilidad y flexibilidad mental; se realiza examinando lo simple y lo complejo, la unidad y el conjunto, lo concreto (los hechos) y lo abstracto (las ideas, las percepciones).

Abarca todos los datos del problema, sin limitarse a una visión encasillada, para ampliar el campo de conciencia y no perder de vista todos los ángulos. Incluso se incorporan aspectos tácitos que han de ser decodificados o dilucidados e interacciones y su influencia en el asunto.

A manera de síntesis, se realiza una condensación y recapitulación de la información, que consiste en la reunión racional de los hechos y elementos dispersos con relación al motivo de la inconformidad, las pretensiones planteadas y las alternativas de solución. La síntesis conduce al planteamiento de las hipótesis del caso. El consultor, como ya se explicó antes, efectúa suposiciones o conjeturas acerca de la relación de tales o cuales hechos, y aunque la conexión de la totalidad del caso analizado no sea evidente por sí misma, el asesor la deduce para establecer, conjuntamente con el usuario, una explicación tentativa y una alternativa de solución. La comprensión del caso y de la persona descifra el significado y el sentido subyacente. Consiste en asimilar lo que se está explicando, en descubrir los conceptos básicos, en organizar la información y las ideas para que se transformen en conocimiento, en lugar de tener tan sólo una mezcla confusa de hechos, carente de todo método.

Las opciones sugeridas para sistematizar los hallazgos que aquí se tratan están muy relacionadas con la forma en que se hace una historia clínica, a las que se agregan opciones de incursión como las siguientes preguntas:

¿Qué sucedió en este caso?, ¿cuál fue el problema?, ¿cuál puede ser la interpretación del problema?, ¿qué se requiere en ese momento?, ¿por qué no se está haciendo?, ¿qué condiciones se relacionan con los hechos?, ¿cuáles deberían ser las condiciones?, ¿qué se hizo al respecto?, ¿qué respuestas se obtuvieron?, ¿se bus-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

có alguna alternativa de solución?, ¿de que institución se trata?, ¿en qué le está afectando la situación?, ¿qué riesgos pudieran presentarse ante esta situación?, ¿está adecuadamente analizado el problema por el usuario o se requiere un replanteamiento?, ¿cuál es la expectativa?, ¿tiene relación lo que se está exponiendo con el problema médico?, ¿cuál es la pretensión?, ¿realmente necesita lo que está solicitando?, ¿la percepción es errónea?, ¿que beneficios se obtendrían?, ¿qué es más conveniente para el paciente?, ¿se requiere proporcionar información, explicar riesgos y beneficios de la toma de decisión o incluso replantear completamente el problema?, ¿qué posibles respuestas se obtendrían del prestador del servicio o institución?. Si no se obtiene una respuesta favorable del prestador del servicio o de la institución a la pretensión planteada, ¿qué otras alternativas son necesarias?, ¿en qué forma puede plantearse la inconformidad para obtener respuesta favorable?, ¿cuáles son los argumentos desde el punto de vista médico y jurídico necesarios para la comprensión del problema?, ¿en qué forma se explica este análisis al usuario para que sea comprensible y aceptado? A partir de estos cuestionamientos en *materia médica*, el análisis del caso se concreta en los siguientes puntos:

- Identificar que el motivo de la inconformidad esté relacionado con el acto médico, analizar los signos y síntomas descritos por el usuario o el promovente de la queja (o por ambos) al solicitar el servicio, establecer la entidad nosológica de que se trate, la historia natural del padecimiento, su evolución y cuáles son los órganos y sistemas involucrados.
- Definir el servicio, especialidad y materia involucrados. Indagar la terapéutica empleada o procedimiento(s) realizado(s) por el prestador del servicio, las complicaciones, secuelas o consecuencias y la forma de resolución, en su caso.
- Preguntar si en la atención médica hubo otros involucrados, la condición actual del paciente, deducir los objetivos de la atención médica, establecer los puntos de coincidencia y discrepancia de la versión del usuario para reconstruir de los hechos.
- Detectar las desviaciones o irregularidades sucedidas durante la atención otorgada, delimitar lo que debió haberse hecho de acuerdo con la ciencia y técnica médica. Investigar si se cumplió con las obligaciones de medios, de seguridad y de resultados (en su caso).
- Si el diagnóstico y el pronóstico fueron correctos, si la técnica empleada se ajustó a las indicaciones o contraindicaciones establecidas en la literatura aceptada, si cada uno de los integrantes del equipo de salud cumplió con su cometido, si se proporcionaron las medidas de sostén terapéutico, si se elaboraron los reportes obligatorios, si hubo consecuencias en la salud del paciente y con qué estuvieron relacionadas.

- Detectar los límites de la decisión médica, explorar el seguimiento de las indicaciones médicas o adherencia terapéutica del paciente.
- Comparar el dicho del promovente con la documentación presentada. Investigar la forma de interrupción de la atención médica, ya sea por alta documentada por el médico tratante, alta voluntaria, responsiva documentada, alta no documentada por el tratante, abandono de la atención por parte del usuario o deceso.
- Evaluar las características de la relación médico–paciente, el momento y la forma de la ruptura en la relación médico–paciente.
- Si se brindó información suficiente y clara al paciente y a los familiares, si fue inteligible para ellos, si las instrucciones fueron precisas y bien fundamentadas, si hubo consentimiento bajo información, explicación de riesgos, daños y explicación de consecuencias en la salud del paciente.
- Si se cumplió, en su caso, con la Norma Oficial Mexicana pertinente al caso.
- Valorar aspectos éticos, *el animus,* intención, e integrar todos los puntos anteriores con el motivo de la inconformidad manifestado y las pretensiones.

Grosso modo, el análisis del caso se fundamenta en términos de los parámetros establecidos por CONAMED en:

- **Pertinencia:** basada en las necesidades de salud del paciente.
- **Magnitud:** gravedad con que se presentó el problema y sus consecuencias.
- **Trascendencia o repercusión del problema:** Vulnerabilidad o eficacia de los procedimientos de actuación de los que se pudo disponer para hacer frente a dicho problema.
- **Factibilidad** o capacidad de solucionar el problema en el contexto en que se encuentre.

Y, de manera conjunta e interdisciplinaria, *en materia jurídica* los puntos básicos por considerar son:

- Que la inconformidad esté relacionada con el acto médico.
- Si se presentó un acto u omisión en la atención médica o negativa de servicio injustificadamente que contravenga las disposiciones que la regulan por supuesta negligencia, impericia o dolo a partir de las leyes y normas vigentes.
- Que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en el artículo 49 del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial.[231]

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Que no exista una causal de improcedencia de acuerdo con lo señalado por el artículo 50 del Reglamento de Procedimientos antes mencionado,[232] es decir, cuando se trate de controversias médicas sometidas al conocimiento de tribunales, salvo que las partes renuncien al procedimiento judicial y se sometan al arbitraje de la Comisión.
- Cuando se trate de controversias laborales o se haya iniciado una averiguación previa, se tenga por objeto la tramitación de medios preparatorios a juicio civil o mercantil u obtención de pruebas preconstituidas para el inicio de un procedimiento judicial o administrativo, cuando la única pretensión se refiera a sancionar al prestador del servicio médico, o verse exclusivamente sobre el cobro de servicios derivados de la atención médica.
- Legitimación de la representación, que se tengan pretensiones civiles, identificar que la inconformidad expresada esté completa y aclarar ambigüedades para mejor proveer, acreditación de la personalidad del promovente de la queja, capacidad jurídica del promovente para presentar una queja, congruencia entre hechos manifestados, motivo de la inconformidad, pretensiones y, en su caso, daños ocasionados, e identificar y sugerir instancias alternas en caso de falta de competencia de la CONAMED.

A manera de resumen, identificar, analizar y resolver con base en el orden, la legalidad y la legitimación.

Es importante insistir en que el trabajo en orientación y gestión no supone suplir la queja deficiente, esto es, patrocinar a las partes en el proceso; sólo tiene el objetivo de que el usuario tenga claro qué desea hacer y, por supuesto, otorgar el apoyo necesario sin traspasar los límites de la imparcialidad.

Integración del caso

Se basa en los hechos ocurridos, los supuestos que generaron la controversia, los elementos que apoyan o descartan la inconformidad del promovente, la congruencia en la temporalidad, la secuencia de los eventos o aspectos clínicos narrados, estableciendo si estuvieron correlacionados o fueron ajenos a las acciones u omisiones del prestador del servicio, el tiempo transcurrido entre los hechos y la reclamación del promovente, el objeto de las prescripciones, el(los) lugar(es) donde se otorgo la atención, el(los) servicio(s) involucrado(s), la forma en que se suscitaron los hechos, el contexto en el que sucedieron, la evolución del problema y el conflicto, la oportunidad en la atención o falta de oportunidad en estudios, diagnóstico y tratamiento del paciente, la demora o falta de oportunidad en

231 Secretaría de Salud, *op. cit.*
232 *Ibíd.*

acciones o procedimientos, el cumplimiento de las obligaciones de medios, la presentación de omisiones de orden administrativo; si se relacionan omisiones de orden técnico o si se omitieron obligaciones de seguridad, el impacto negativo en la salud del usuario, la modificación de la historia natural de la enfermedad; si se contó con suficiencia de equipamiento, si se procedió con correspondencia técnica, con congruencia entre la entidad nosológica, el entorno clínico y la atención brindada; si hubo suficiencia de recursos humanos, las causas que motivaron al paciente a presentar una queja, el sentido de las decisiones ejecutadas por el prestador del servicio, la ponderación del riesgo–beneficio en el procedimiento empleado, el sentido y las expectativas del usuario al presentar la queja y las pretensiones.

Definición de la materia y procedencia

Constituyen *materia del proceso arbitral* aquellos asuntos relacionados con el acto médico en donde se presuma un acto u omisión por el cual se rehúsa injustificadamente la prestación de los servicios médicos obligatorios, o que contravenga las disposiciones que la regulan, por negligencia, impericia o dolo, incluidos los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica. Los motivos de la admisión de la queja se clasifican así:

Cuando algún prestador de servicio de salud presenta:

- Actitud displicente.
- Actitud desinteresada.
- Actitud deshumanizada.
- Hostigamiento.
- Maltrato verbal, emocional o físico.
- Provoca pérdida de la confianza.
- Comunicación deficiente, poco clara, errónea, nula o crea falsas expectativas.
- Incumplimiento de las normas.

Cuando durante el proceso de atención se presenta:

- Negación de la atención.
- Negación de referencia.
- Diferimiento.
- Hospitalización prolongada.
- Alta prematura.
- Diagnóstico o tratamiento inoportuno, erróneo, inadecuado, nulo.
- Exploración física inadecuada.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Accidentes, complicaciones o secuelas.
- Falta de consentimiento informado.
- Exceso terapéutico.
- Práctica clientelar.
- Omisión, inoportunidad, no justificación o errores en la emisión de los resultados de los auxiliares de diagnóstico y tratamiento.

Cuando en el establecimiento médico en su totalidad existe:

- Falta de médico, especialista, personal paramédico, administrativo, residente sin supervisión.
- No se conoce al médico responsable.
- Problemas de horarios y días no hábiles.
- Falta o descompostura de insumos o equipo para la salud.
- Problemas en la infraestructura.

Cuando por cuestiones administrativas se presentan:

- Negación de la atención médica por vigencia de derechos, no correspondencia de la unidad, por horario, por pérdida total o parcial del expediente, por saturación del servicio.

Cuando se desprenden consecuencias con repercusiones sobre la salud:

- Progresión de enfermedades y síntomas.
- Pérdida de órgano o función.
- Contaminación por sangre y hemoderivados.
- Falta de seguimiento de trabajo de parto.
- Decesos.
- Retención indebida del paciente.

Se considera *improcedente* la queja en los siguientes supuestos:

a. Contra actos u omisiones médicas que constituyan delito, salvo el caso de resolver exclusivamente, del pago de daños y perjuicios cuando las partes se sometan a la conciliación y arbitraje de la Comisión.

b. Contra actos u omisiones médicas materia de una controversia civil sometida al conocimiento de los tribunales, salvo que las partes renuncien al procedimiento judicial en trámite y se sometan al arbitraje de la Comisión siendo ello legalmente posible, de acuerdo con lo establecido en:
   - Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en su artículo 50.

- Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal en su artículo 610.
- Código Civil en sus artículos 1 839, 2 137 y 2 944.

c. Cuando se trate de controversias laborales o competencias de las autoridades del trabajo en materia de seguridad social, conforme lo establecen la:
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley del IMSS y sus reglamentos.
- Ley del ISSSTE y sus reglamentos.

d. Cuando se trate de asuntos cuyo único objetivo sea obtener pruebas preconstituidas para el inicio de un procedimiento judicial.

e. En el caso de que la controversia verse exclusivamente sobre el cobro de servicios derivados de la atención médica.

f. Cuando la única pretensión se refiera a sancionar al prestador del servicio médico, pues la materia arbitral médica se refiere exclusivamente a cuestiones civiles.

g. En general, cuando la materia de la queja no se refiera a negativa o irregularidad en la prestación de servicios médicos.

Fase de ejecución[233]

Tipos de atención y resolución

Una vez estudiado el caso desde una perspectiva sistémica, el análisis es estructural, es decir, se considera la situación de ambas partes, su interacción, su proceso, su contexto. Se indagan y reconocen los hechos, pretensiones, la relación médico–paciente, la comunicación y circunstancias en su contexto.

Se construyen hipótesis para explicar los incidentes y utilizarlos para comprender la situación. A partir de este análisis de caso, que es esencial para la toma de decisiones y la búsqueda conjunta de alternativas de solución, se planea la acción, con el fin de determinar la necesidad de atención médica o forma de resolver la controversia, con base en las pretensiones del usuario.

Es necesario estimar y ponderar los posibles resultados para evitar crear falsas expectativas en el promovente de la inconformidad; de lo contrario, redundaría en la agudización del conflicto con el prestador del servicio y se crearía un nuevo conflicto con la propia Comisión.

Para determinar el tipo de atención o la admisión de la queja, se enfoca la atención en el motivo de la inconformidad y las pretensiones, se selecciona una estra-

[233] La ejecución se refiere al otorgamiento de la orientación misma. Toda vez que el término "ejecución" es equívoco, es necesario aclarar que no se refiere en este rubro a la ejecución forzada de obligaciones en derecho.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tegia adecuada al conflicto determinado, evaluando los medios para el logro de resultados y el tipo de atención conveniente al caso, explicando y acordando conjuntamente con el usuario este plan de acción.

Las formas de servicio, tipos de atención y alternativas de solución de conflictos que se ofrecen a los usuarios y promoventes de la queja en esta etapa del proceso de atención son: *orientación, asesoría especializada, gestión inmediata y admisión de la queja,* que a continuación se describen.

Orientación

Se refiere a la explicación e información especializada en atención de quejas, de forma clara, sencilla y concisa. Se proporciona al usuario o promovente de la inconformidad que así lo solicite, a partir del análisis del caso, ya sea por comparecencia o vía telefónica. Se otorga cuando la complejidad del asunto así lo permita, guiando e indicando cuál o cuáles son las vías e instancias facultadas para atender su inconformidad y dar satisfacción a su pretensión. Su propósito es la clara comprensión de un asunto, tema o idea que resuelva una incertidumbre, deficiencias de información o ambigüedades. La intención es coadyuvar para que el usuario amplíe su campo de percepción, conocimiento y posibilidades para una mejor decisión, en la búsqueda de alternativas de solución de su queja. Y su característica principal es la objetividad e imparcialidad en el análisis del caso.

La orientación tiene diferentes vertientes:

a. **Servicios y requisitos.** Relacionada con asuntos inherentes a la Comisión, que versa sobre los requisitos mínimos para la presentación de la queja, servicios, modos de acción, explicación del proceso arbitral, etapas del proceso, procedimientos, análisis de la documentación, etc.
b. **Atribuciones y competencia.** Respecto a qué asuntos puede conocer la Comisión, en qué está facultada para actuar, su ámbito de competencia y las atribuciones conferidas. Se proporciona a cada una de las personas atendidas.
c. **Derechos y obligaciones.** Atañe a la explicación, ampliación de información, aplicación a un caso concreto o dudas planteadas por el usuario por imprecisiones, confusiones o equívocos de interpretación; p. ej., por desconocimiento de sus derechos y obligaciones, sobre normas de las unidades hospitales, ley sanitaria.
d. **Por ausencia de competencia.** Concerniente a los asuntos fuera del ámbito competencial de la CONAMED; p. ej., asuntos de índole laboral, mercantil, única solicitud de sanción. Cuando exista una averiguación previa relacionada con aseguradoras, se solicitan recomendaciones para elegir médico o clínicas privadas, etc. Se informa de las instancias facultadas para conocer del asunto.

e. **Solicitud de informes.** Relativa a los asuntos que ya están dentro del proceso de atención en la Comisión y se solicita información o aclaración de dudas a este respecto.

Es pertinente aclarar que orientar frente a informar o aconsejar tiene una diferencia importante; el punto nodal se refiere a que se proporciona una explicación amplia, clara y sencilla, y a partir de este conocimiento, el usuario toma sus propias decisiones.

Al finalizar la atención se entrega un documento donde se transcribe el motivo, la pretensión y la orientación otorgada, formalizando así el servicio brindado, con el ánimo de ampliar y fortalecer la claridad en la comunicación y como una guía para acudir a las instancias adecuadas.

Dentro de la metodología para la orientación se enuncian las siguientes técnicas y facilitadores, en los que es conveniente adiestrarse para mejor proveer.

Técnicas:

- Entrevista.
- Comunicación y retroalimentación.
- Análisis de casos.
- Asesoramiento y orientación.
- Mediación de conflictos.
- Negociación.
- Toma de decisiones.
- Solución de conflictos.
- Atención al público.
- Intervención en crisis.
- Control de emociones.
- Manejo de la agresión.
- Contención emocional.
- Racionalización.

Facilitadores:

- Empatizar.
- Permitir la verbalización (catarsis).
- Escucha activa.
- Manejo del lenguaje oral, corporal y escrito.
- Competencia en la materia.
- Asertividad.
- Imparcialidad.
- Habilidades interpersonales.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Comunicación clara, sencilla, sin tecnicismos, puntual, concisa, eficaz y asertiva.
- Manejo de la introyección y la proyección de la agresión.
- Establecer límites con formalidad, profesionalismo y respeto.
- Capacidad de respuesta.
- Capacidad de gestión.

Asesoría

Del latín *assessor, –oris*, de *assistere*, asistir, ayudar a otro. Consiste en proporcionar información, explicación especializada y técnica en materia médica y jurídica.

Se proporciona por comparecencia, correspondencia, correo electrónico y vía telefónica. En los tres primeros casos se documenta, ya que un acta u oficio de asesoría puede servir de instrumento para una eventual conciliación entre las partes, sin necesidad de mediar la queja. También funciona como un documento base en el que se encuentren plasmados derechos y obligaciones, una explicación técnica de acuerdo con el motivo y pretensiones, y asimismo como una guía para dar continuidad al caso en cuestión y una posterior integración de la queja, o para remitir a las instancias correspondientes.

Tiene diferentes vertientes que a continuación se detallan:

a. Asesoría especializada. Se proporciona cuando por la complejidad del asunto se requiere ampliar la información en un nivel más técnico específico, ya sea médico o jurídico.

b. Atribuciones y competencia. Respecto a los asuntos que puede conocer la Comisión, en qué está facultada para actuar, su ámbito de competencia y las atribuciones conferidas. Se proporciona en cada uno de los casos atendidos.

c. Derechos y obligaciones. Al solicitar explicación, ampliación de información, aplicación a un caso concreto o dudas planteadas por el usuario por imprecisiones, confusiones o equívocos de interpretación; p. ej., por desconocimiento de sus derechos y obligaciones, sobre normas de las unidades, hospitales, ley sanitaria, etc.

d. Por ausencia de competencia. La relacionada con asuntos fuera del ámbito competencial de la CONAMED; p. ej., asuntos de índole laboral, mercantil, única solicitud de sanción. Cuando exista una averiguación previa relacionada con aseguradoras se solicitan recomendaciones para elegir médico o clínicas privadas, etc. Se informa de las instancias facultadas para conocer del asunto.

e. Por falta de documentación o requisitos mínimos. Se decide durante el análisis del caso, cuando se detecta que para levantar el acta de queja se

requieren elementos jurídicos indispensables o que sustenten la inconformidad; no obstante, funciona como documento base para una posterior integración de la queja.

La *asesoría* incluye un estilo de operación lógica que emplea elementos cognoscitivos, racionales, afectivos, relacionales y conductuales; en ella se articula una actitud imparcial y tiene el sentido de promover la reflexión y la toma de conciencia desde otras perspectivas. La comunicación verbal, corporal y escrita constituye un elemento clave. Su propósito es explicar en términos sencillos, claros y sin tecnicismos el análisis especializado que se realizó. Por ello el asesor trata de obtener la comprensión del usuario, para que aplique el mensaje que le ha proporcionado a su caso específico. Requiere conocimiento técnico en materia médica, jurídica, y pericia en las siguientes habilidades:

Técnicas:

- Entrevista.
- Comunicación y retroalimentación.
- Análisis de casos.
- Asesoramiento y orientación.
- Mediación de conflictos.
- Negociación.
- Toma de decisiones.
- Solución de conflictos.
- Atención al público.
- Intervención en crisis.
- Control de emociones.
- Manejo de la agresión.
- Contención emocional.
- Racionalización.

Facilitadores:

- Empatizar.
- Permitir la verbalización (catarsis).
- Escucha activa.
- Manejo del lenguaje oral, corporal y escrito.
- Competencia en la materia.
- Asertividad.
- Imparcialidad.
- Habilidades interpersonales.
- Comunicación clara, sencilla, sin tecnicismos, puntual, concisa, eficaz y asertiva.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Manejo de la introyección y proyección de la agresión.
- Establecer límites con formalidad, profesionalismo y respeto.
- Capacidad de respuesta.
- Capacidad de gestión.

Gestión inmediata

Es un medio de solución de conflictos que de acuerdo con la naturaleza, el nivel de complejidad y la urgencia de la inconformidad, requiere una solución inmediata, pronta y oportuna. Esta alternativa de atención, que se deriva del análisis médico–jurídico, se plantea y se explica al usuario para que decida si está de acuerdo con resolver por esta vía el acto reclamado.

Una vez aceptada, se procede a celebrar las diligencias conducentes para que proporcionen al paciente la atención médica requerida, ya sea por aspectos que pudieran repercutir en el padecimiento actual, por situaciones que agravarían el estado del paciente, por diferimiento o por una negación del servicio. Estos casos se reciben por comparecencia, correspondencia, correo electrónico y vía telefónica. El análisis del caso compete al consultor médico y jurídico y la gestión la realiza el consultor médico directamente con el prestador del servicio, o en los casos de instituciones públicas, con las áreas de atención al derechohabiente, a quienes se les explica, desde la técnica médica, las razones por las cuales se sustenta la solicitud de gestión inmediata, el motivo de la inconformidad y la pretensión de atención médica del usuario.

La gestión se realiza a través de una llamada telefónica al prestador del servicio o institución. La realiza el consultor médico debido a que es importante sustentar, desde la técnica médica, por qué es necesaria o conveniente dicha atención. Una vez explicado el asunto y sensibilizado el prestador del servicio, se concierta un compromiso de atención, que se formaliza a través de un acta y un oficio de gestión inmediata.

En esta documental se detallan los hechos, el motivo de la inconformidad, las pretensiones, y se determinan tiempo, modo y lugar **acordados para el cumplimiento del compromiso pactado.** Se establece un periodo máximo de 48 h hábiles para que se dé respuesta a lo que haya lugar. Ya convenido el trámite se informa al promovente los términos en los que se realizó y las actuaciones por realizar. Se envía a las autoridades con quienes se hizo la gestión el acta y el oficio correspondientes, se entrega una copia de conocimiento al usuario y se realiza un seguimiento de cumplimiento de compromisos.

Cuando la necesidad y pretensión del usuario es de atención médica, los criterios para realizar una gestión inmediata son los que a continuación se describen:

a. Valoración médica. Se realiza cuando se haya negado, omitido, se considere deficiente, se requiera la valoración de un especialista, etc.

b. **Cambio de médico.** Cuando exista una ruptura en la relación médico–paciente, por pérdida de confianza, incompatibilidad de caracteres y haya sido negada la solicitud.
c. **Reprogramación de cita.** Se solicita cuando exista un diferimiento en la atención, citas para valoraciones o estudios que no sean congruentes con fechas para cirugías, cancelaciones de consultas sin reprogramación, etc.
d. **Realización de estudios de laboratorio y gabinete.** Se aplica en los casos en que se omitió, negó y está indicado o prescrito por algún facultativo, o si el consultor médico de la Comisión así lo estima conveniente y lo puede sustentar.
e. **Dispensa de trámite.** Se hace en los casos en que se haya negado o diferido y sea necesaria para la atención del paciente por el cuadro clínico que presenta o la evolución de enfermedad.
f. **Explicación médica.** Se considera necesaria cuando el médico tratante omitió, negó, no brindó en forma clara, comprensible, completa o suficiente, información, explicación o aclaraciones al paciente, sus familiares o, en su caso, al responsable.
g. **Resumen clínico.** Se refiere a aquellos casos en los que se negó información por escrito sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento.
h. **Reconsideración de egreso hospitalario.** La petición se realiza en aquellos casos en que se considere un alta hospitalaria prematura y puede repercutir en el padecimiento actual del paciente.
i. **Traslado justificado.** Se gestiona cuando se haya negado o diferido si así lo permite el estado de salud actual del paciente, si se requiere para su valoración y tratamiento o si está comprometida la salud del paciente.
j. **Otros.** En este apartado se consideran los casos no contemplados anteriormente por ser menos frecuentes; no obstante, de acuerdo con el análisis, motivo y pretensiones, contempla aquellos casos en los que se considere oportuno y conveniente gestionar algún tipo de atención médica para evitar repercusiones en la salud del paciente, o si se trata de derechos de los pacientes que fueron negados u omitidos.

Cabe resaltar que si no se puede gestionar ni concertar el compromiso por motivos que queden fuera del alcance del prestador de servicio o institución, ya sea por cuestiones administrativas, instrumentales, de estructura, de recursos humanos, etc., los consultores harán propuestas lógicas y posibles en beneficio del usuario y prestador de servicio, coadyuvando así a la resolución de la controversia.

Es importante reiterar lo representativo del análisis del caso, lo valioso de seleccionar las preguntas más convenientes desde la disciplina médica, lo significativo de la imparcialidad y de los aspectos contratransferenciales[234] que genera el

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

usuario, ya que esto tiene una influencia directa en la forma en que se aborda el asunto para definir una gestión inmediata.

Los elementos para determinar cualquier tipo de atención deben adecuarse a la naturaleza de la investigación, sobre todo considerando el nivel de educación de las personas que se atienden y contemplando siempre que los usuarios no son expertos en la materia, ya que si al detectar desde la técnica médica la alternativa de una gestión para la salud del paciente se subestima y no se realiza, el caso tendría repercusiones. O, en caso contrario, si se gestiona sin sustento suficiente, la Comisión perdería credibilidad ante el gremio médico. Es de vital importancia eliminar prejuicios y ser imparcial, principalmente el consultor médico en virtud de su profesión, ya que puede sesgar la información hacia sus colegas o determinada institución médica.

Para completar este tipo de atención es indispensable dar seguimiento a las gestiones inmediatas, con el objeto de verificar si se cumplieron los compromisos pactados con los prestadores del servicio médico y se dio respuesta a la pretensión del usuario, ya que de esta la forma se puede concluir el procedimiento.

Técnicas:

- Entrevista.
- Comunicación y retroalimentación.
- Análisis de casos.
- Asesoramiento y orientación.
- Mediación de conflictos.
- Negociación.
- Toma de decisiones.
- Solución de conflictos.
- Atención al público.
- Intervención en crisis.
- Control de emociones.
- Manejo de la agresión.
- Contención emocional.
- Racionalización.

Facilitadores:

- Empatizar.

[234] Se refiere a una serie de actitudes inconscientemente determinadas que presenta el consultor y que entorpecen el trabajo. Se derivan de la influencia del usuario sobre los sentimientos, emociones, sensaciones, representaciones o evocaciones inconscientes del consultor y pueden ser positivas o negativas.

- Permitir la verbalización (catarsis).
- Escucha activa.
- Manejo del lenguaje oral, corporal y escrito.
- Competencia en la materia.
- Asertividad.
- Imparcialidad.
- Habilidades interpersonales.
- Comunicación clara, sencilla, sin tecnicismos, puntual, concisa, eficaz y asertiva.
- Manejo de la introyección y proyección de la agresión.
- Establecer límites con formalidad, profesionalismo y respeto.
- Capacidad de respuesta.
- Capacidad de gestión.

Como acotación, es necesario mencionar que los procedimientos de orientación, asesoría y gestión inmediata son en sí mismos medios de resolución de conflictos, se concluyen en la primera etapa de atención, en el área de orientación y gestión, y tienen un carácter relevante, porque son instrumentos de atención que resuelven en un porcentaje importante las inconformidades que presentan los usuarios de esta Comisión.

Admisión de la queja

Una queja médica es el acto mediante el cual cualquier persona manifiesta su inconformidad por una presunta irregularidad en el acto médico. Para definir la admisión de la queja se realiza un análisis de los hechos y sus vicisitudes, de la documentación y de las pretensiones.

Los criterios para la admisión son básicamente los siguientes:

1. Estar relacionada con el acto médico,
2. Que se estime que existe una posible irregularidad, un acto u omisión en la prestación del servicio médico, una negación injustificada de la prestación de los servicios médicos obligatorios o se contravengan las disposiciones que la regulan, por negligencia, impericia o dolo; es decir, es contraria a los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.
3. Que tenga una trascendencia en la salud del paciente y la historia natural de la enfermedad, ya sea por comisión o por omisión.
4. Tener pretensiones civiles.

Metodológicamente, el análisis específico para determinar la admisión de la queja comprende:

- La estructuración imparcial de la descripción de los hechos motivo de queja.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Clasificar la queja conforme a los criterios de impacto negativo sobre la historia natural de la enfermedad o salud del usuario, siempre manteniendo referencia en la *lex artis*.
- Realizar una síntesis de los sucesos relevantes.
- Valorar y ponderar la versión completa del usuario y los documentos que aporte, que acrediten la relación médico–paciente y sustenten el caso motivo de análisis.
- Disponer de la información técnica mínima necesaria del padecimiento de que se trate, para ubicar la generalidad y estar en posibilidad de profundizar en las posibles irregularidades o desviaciones del acto médico.
- Dividir, integrar, comparar y relacionar los hechos cuantas veces sean necesarias para obtener el máximo acercamiento a lo acontecido.
- Examinar las discrepancias y coincidencias halladas en la narración de los hechos por parte del usuario.
- Considerar todos los elementos existentes antes de aceptar o desechar juicios deductivos o desacreditar aspectos sin sustento.
- Identificar los datos más relevantes, estudiar las irregularidades o desviaciones advertidas.
- Buscar en los hechos y elementos aportados los aspectos que validen el carácter de desviaciones o irregularidades.
- Establecer, conforme a la *lex artis,* la trascendencia en la salud del paciente y en la historia natural de la enfermedad, sea por comisión o por omisión.
- Considerar la o las circunstancias generales y específicas atendiendo al precepto riesgo–beneficio.
- Tener presente que en esta etapa del proceso las supuestas irregularidades se derivan únicamente de la percepción reconstruida del usuario, de su interpretación y de los elementos que aporta.
- Evitar la comunicación inadecuada, de doble mensaje, incompleta, dejar vacíos o ambigüedades, considerando que estos elementos pueden revertirse y tornarse en una queja contra el servidor público.
- Pensar en forma sistémica y dialéctica para mejor proveer, considerando en forma integral cada caso y su paso por las subsecuentes etapas del proceso arbitral.

Las conclusiones deben ser producto de análisis y síntesis y sólo detectan las *posibles* irregularidades del acto médico.

Para determinar la admisión de la queja es necesario un acucioso análisis del caso, que ésta esté relacionada con el acto médico, que se aporten los requisitos mínimos indispensables que establece el reglamento de procedimientos,[235] que

[235] Secretaria de Salud, *op. cit.*

constituyan materia del proceso arbitral médico y que no se tenga como pretensión la atención médica, ya que se puede resolver mediante gestión inmediata.

Se debe evitar calificar con base en especulaciones, impresiones, juicios valorativos, subjetivos, *a priori* o situaciones evocativas personales. Tampoco se debe permitir su admisión por presión del promovente de la queja. En este caso se apelará a la razón y juicio lógico, a través del argumento, la explicación fundamentada y especializada en la materia, para promover en el usuario la reflexión de los posibles resultados y la endeble probabilidad del cumplimiento de sus pretensiones y expectativas.

Otro aspecto fundamental es evitar pronunciarse aun ante evidencia, interpretar subjetivamente el caso, hacer acusaciones tácitas o calificar el acto. Es decir, el actuar y las decisiones serán tomados ineludiblemente con imparcialidad.

Las explicaciones de las actuaciones, términos, tiempos de los procedimientos y etapas del proceso arbitral son imprescindibles, tanto desde el punto de vista jurídico como médico. Lo fundamental es que quede claro el contenido de lo que se está firmando, esto es, del acta de queja, ya que con ello se acepta continuar con el juicio arbitral en caso de que no se llegue a una conciliación.

Si el usuario se muestra hostil es importante evitar involucrarse en la emoción negativa y tener siempre presente que el servidor público no es el motivo de su enojo. De esta forma, si se estima que existe una irregularidad en el acto médico sea por omisión, negligencia, impericia y se tienen pretensiones civiles, se elaborará el acta de queja con un relato concreto, breve, conciso y puntual que refleje el dicho del promovente de la inconformidad con el debido sustento de la técnica medico–jurídica, y que comunique a cualquier persona no experta en la materia los hechos, el motivo y las pretensiones de la queja.

Se integrará un expediente que contenga el acta de queja, que consta de los datos de identificación, una relatoría de los hechos que la originan, el motivo de la queja, la relación de los presuntos involucrados, las pretensiones que deduzca del prestador, el recibo de documentación y copias simples de los documentos que acrediten la relación médico–paciente que sustenten el caso y los requisitos mínimos indispensables. La redacción del documento será pulcra, en un lenguaje entendible, lógico y preciso, reflejará el trabajo de abstracción del caso, articulando los hechos, motivo y pretensiones, para dar congruencia y coherencia al asunto analizado por profesionales en la materia y en atención al público.

Técnicas:

- Entrevista.
- Comunicación y retroalimentación.
- Análisis de casos.
- Asesoramiento y orientación.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Mediación de conflictos.
- Negociación.
- Toma de decisiones.
- Solución de conflictos.
- Atención al público.
- Intervención en crisis.
- Control de emociones.
- Manejo de la agresión.
- Contención emocional.
- Racionalización.

Facilitadores:

- Empatizar.
- Permitir la verbalización (catarsis).
- Escucha activa.
- Manejo del lenguaje oral, corporal y escrito.
- Competencia en la materia.
- Asertividad.
- Imparcialidad.
- Habilidades interpersonales.
- Comunicación clara, sencilla, sin tecnicismos, puntual, concisa, eficaz y asertiva.
- Manejo de la introyección y proyección de la agresión.
- Establecer límites con formalidad, profesionalismo y respeto.
- Capacidad de respuesta.
- Capacidad de gestión.

La admisión de la queja da inicio al proceso arbitral; el expediente de queja se referirá al área de conciliación en donde se realiza la investigación de la queja, incluyendo a la contraparte. Debido a que las áreas sustantivas de la Comisión están interrelacionadas y cada una depende de las demás, es imprescindible que en el análisis de la queja se incluya la incursión que tendrá en las subsiguientes etapas por las que vaya a transitar y sus posibilidades de solución. La decisión es esencial, formará parte de la confiabilidad que tenga el usuario de nuestros servicios y es necesario estimarla de la mejor manera posible.

Fase de conclusión y cierre

Recapitulación

Es el punto estratégico de un discurso, de la atención y del servicio. Se apoya en hacer un recuento breve de lo explicado, de las atribuciones y competencia de la

CONAMED, las etapas que seguirá la queja y sus procedimientos, los tiempos establecidos. Se reiteran y resaltan los aspectos jurídicos correspondientes, que se está firmando un compromiso arbitral, que se ha elegido un medio alternativo de solución de conflictos y lo que esto implica. Se explican el trámite y las indicaciones por seguir, se aclaran dudas, se recaban las firmas y se hace entrega del documento.

Con intención de que se reflexione y se considere que la solución del conflicto parte del propio usuario, se debe aclarar y reiterar su capacidad para convenir, para acordar, para conciliar, para resolver problemas; de esta manera se promueve la corresponsabilidad en la solución de la controversia, se inviste al usuario como sujeto activo, se fomenta su capacidad de decisión, de respuesta, y se contribuye en forma incipiente a mejorar la relación médico–paciente.

La retroalimentación de la comunicación en esta etapa del proceso es primordial; se debe ser reiterativo, confirmar que lo que se transmitió se comprendió literalmente, para evitar interpretaciones subjetivas o falsas expectativas durante el proceso arbitral.

Despedida

El cierre y la despedida se realizan de la manera protocolaria generalmente usada. Se sugiere en esta situación repetir el nombre y el puesto de quien atendió, proporcionando teléfonos o correo electrónico con fines de orientación para la aclaración de cualquier duda, y un breve resumen de las etapas subsecuentes a manera de recordatorio y guía.

La despedida generalmente causa ansiedad en los usuarios, ya que simbólicamente se está abriendo otra etapa del proceso arbitral que le resulta desconocida y le causa incertidumbre. Principalmente, porque va a estar frente al prestador del servicio y se va a reconocer desde otra perspectiva. Sin duda, puede resultar difícil a cualquier consultor hacer el cierre. La indicación para ello es hacerlo actitudinalmente, con lenguaje corporal, suavemente y sin brusquedad, para evitar alterar la relación que estableció como representante de la institución.

COMENTARIO FINAL

Cabe precisar la importancia de combinar la actitud con el manejo de las técnicas y la responsabilidad social que implica el brindar un servicio de atención al público, por tratarse de usuarios con una inconformidad relacionada con la atención a la salud.

En este sentido es obligado que el servidor público trabaje estos aspectos en el análisis del caso y la atención de la persona. El trabajo en el proceso arbitral

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

se centra también en la interdependencia entre personas (relación médico–paciente), en generar una nueva pauta de interacción y de alternativas de solución de conflictos.

Es una tarea sumamente complicada, que tiene que ir más allá de la técnica, pues la atención de inconformidades con un enfoque resolutivo requiere técnicas de gestión y una metodología no coercitiva de intervención en situaciones de conflicto; imparcialidad y empatía a la vez; analizar crítica y objetivamente, pero sabiendo escuchar y ponerse en el lugar de la otra persona. Promueve el poder de decisión, pero protege los derechos del paciente y del médico, utiliza la neutralidad y al mismo tiempo conduce gestiones y acuerdos. El servicio se apoya en el elemento humano, pero neutraliza aspectos subjetivos y aplica imparcialmente las leyes. Resuelve pragmáticamente asuntos harto complejos de controversia entre las partes.

Es decir, simbólicamente se ocupa entonces de polaridades del mismo proceso, con un sentido: el de *aprender a tolerar y avenir las diferencias*.

11

La *lex artis ad hoc* y su apreciación metodológica (el protocolo CONAMED)

Rafael Güemes García, Octavio Casa Madrid Mata

En el océano sin orillas de la realidad,
el hombre encuentra solamente lo que busca.
Alexis Carrel

INTRODUCCIÓN

La atención médica ha experimentado un cambio paulatino al pasar de un modelo paternalista a un modelo bioético de autonomía combinada; en él se conjugan los derechos de las partes en la relación médico–paciente, buscando el respeto mutuo, la colaboración y la justicia. Toca al profesional de la medicina ejercer una práctica acorde con la *lex artis ad hoc y la deontología médica*,[236,237] respetando en todo momento el marco ético, normativo y legal. Es por ello que la relación médico–paciente se ubica como una relación jurídica y, por lo tanto, coexisten en ella derechos, obligaciones y cargas recíprocos.

[236] Al efecto, es definida en el artículo 2 fracción XIV del Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas y gestión pericial de CONAMED en los términos siguientes: *El conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.*

[237] El propio artículo 2 del Reglamento de Procedimientos de CONAMED define en su fracción XV los principios éticos de la practica médica como: *El conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica*.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En esos términos, el paciente tiene derecho a la protección de la salud, a calidad en la atención y a los medios terapéuticos; asimismo, existe en el principio de autonomía o permiso la garantía jurídica de manifestar su aceptación o desaprobación ante los medios, técnicas y procedimientos propuestos. Por su parte, el médico tiene el derecho de libertad prescriptiva (garantizado por la constitución en su artículo 5°, bajo la libertad de trabajo; y de igual suerte, de dedicarse a la profesión de manera lícita); merced a dicha libertad puede ofrecer al paciente los medios, técnicas y procedimientos que su leal saber y entender le aconsejen y también tiene la facultad de proteger la salud; de ahí el término facultativo.

La interpretación de los derechos y obligaciones de las partes supone el surgimiento de puntos de vista e intereses discordantes y por ello es innegable que el propio desarrollo del proceso de atención médica necesita órganos y procedimientos *ad hoc* para la solución de controversias.

Por ello, para determinar la conducta del profesional de la salud conforme a la *lex artis ad hoc,* se deben tener presentes actualmente los estándares de calidad del servicio en la época de tratamiento.

Así, en términos de sus lineamientos aplicables,[238] la Comisión atenderá inconformidades relacionadas con la prestación de servicios de atención médica cuando se aduzca posible irregularidad o negativa del servicio. Al efecto, estará facultada para solicitar, a las partes y a terceros, la información y documentación relacionadas; realizar las investigaciones necesarias, de oficio o a petición de parte; solicitar el auxilio de las autoridades jurisdiccionales, de procuración de justicia, administrativas y de los prestadores de servicios médicos en el cumplimiento de sus atribuciones, así como para adoptar las medidas necesarias para la protección de la salud de los pacientes.

En ese sentido, el derecho probatorio, al referirse a los distintos medios de prueba, y especialmente a la pericial, tiene por objeto regular la emisión y aceptabilidad jurídica de los medios o instrumentos de que se sirve el hombre para evidenciar la verdad o la falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo, especialmente cuando se trata de establecer la verdad de un hecho, la existencia de un derecho o la certeza de una obligación.

Merced a lo antes señalado, los elementos del proceso de análisis entrañan la justa interrelación del apuntado binomio *lex artis*–deontología, los cuales en términos de un soporte necesariamente experimental (evidencia clínica) darán origen a la decisión correcta.

---

[238] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley General de Salud y sus reglamentos; las normas oficiales mexicanas; la legislación civil y penal; de igual suerte, la legislación procesal; las disposiciones de CONAMED, en especial el Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, y los compromisos arbitrales que al efecto se otorguen.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, a efecto de evaluar puntualmente el acto médico y los derechos y obligaciones de las partes, elaboró un protocolo *ad hoc* siguiendo las reglas generalmente aceptadas en la materia (legales, reglamentarias, etc.), previo estudio comparado de diversos protocolos (Argentina, España, EUA y Francia). De igual suerte, el protocolo *ad hoc* ha sido ajustado a las necesidades específicas previstas en la legislación correspondiente; entre las diversas citables destacan las siguientes referencias normativas:[239]

a. De la Ley reglamentaria del artículo 5° constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, los artículos 34 y 35 que a la letra señalan:

> Artículo 34. Cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convinieren las partes. Los peritos deberán tomar en consideración para emitir su dictamen las circunstancias siguientes:
>
> **I.** Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;
>
> **II.** Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se presente el servicio;
>
> **III.** Si en el curso del trabajo se tomaron todas la medidas indicadas para obtener buen éxito;
>
> **IV.** Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido, y
>
> **V.** Cualquier otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.
>
> El procedimiento a que se refiere este artículo **se mantendrá en secreto** y sólo podrá hacerse pública la resolución cuando sea contraria al profesionista.
>
> Artículo 35. Si el laudo arbitral o la resolución judicial en su caso fueren adversos al profesionista, no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberá, además, indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufriere. En caso contrario, el cliente pagará los honorarios correspondientes, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los daños que en su

[239] A lo largo de las normas del derecho sanitario, en especial los reglamentos y normas oficiales, existe un sinnúmero de referencias metodológicas que sería prolijo citar en un estudio general como el contenido en el presente capítulo. En especial las normas oficiales contienen referencias técnicas y un sinnúmero de obligaciones y cargas materia de evaluación específica.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

prestigio profesional hubiere causado al profesionista. Estos últimos serán valuados en la propia sentencia o laudo arbitral.[240]

b. De la Ley General de Salud:

Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Según se podrá observar, los artículos transcritos contienen innegables parámetros de índole metodológica y, con arreglo a lo anterior, el objetivo de análisis será evaluar:

- El correcto ejercicio médico (apego a la *lex artis ad hoc* y así también a la deontología).
- Si se adoptaron las obligaciones, esencialmente de medios, en la atención médica (nótese el sentido del artículo 34 de la Ley de Profesiones).
- La oportunidad en las prestaciones médicas.
- La calidad de la atención.
- Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la atención.

El protocolo[241] que forma parte integrante *del* ***modelo arbitral médico mexicano*** ha incidido en el ámbito nacional, de tal suerte que a casi 10 años de su emisión, en el medio foral han sido adoptados de manera generalizada diversos parámetros o puntos de referencia a título de *estándares* (verbigracia, la clasificación de obligaciones en: de medios, de seguridad y eventualmente, de resultados, la necesidad de evaluar la relación de causalidad, etc.). Al tenor señalado, se ha estimado necesario presentar en este capítulo una nota general respecto a los rubros del protocolo institucional,[242] a fin de apoyar la mejor evaluación del acto médico.

El protocolo de la Comisión General de Arbitraje Médico (apuntamientos generales)

El proceso de estudio de casos, de manera lógica, comprende los siguientes rubros:[243]

- Identificar el problema de salud: *marco referencial*.

---

[240] En la especie, el proceso arbitral médico es gratuito y por lo tanto no se fija el pago de gastos.

[241] Establecido para el proceso arbitral médico y la gestión pericial de CONAMED.

[242] En el presente capítulo se presentan exclusivamente las notas generales respecto de la evaluación de casos en arbitraje.

- Identificar los objetivos de la atención médica: *marco valorativo*.
- Definir los cuidados mínimos (medios ordinarios) en términos de los medios disponibles: *derechos del paciente.*
- Definir los límites de la decisión e intervención médica: *derechos del médico*.
- Identificar los elementos de buena práctica y, en su caso, las desviaciones observadas.
- Identificar, en su caso, los elementos de condena civil.
- Existencia o inexistencia de mal praxis.
- Responsabilidad civil.
- Indicios de algún delito.[244]
- Transgresión de la legislación de control sanitario y de las disposiciones administrativas.

Dicho en otros términos, la evaluación debe referirse a los rubros médicos de interés jurídico, objeto de la controversia.

A continuación se presenta una síntesis de los principales elementos metodológicos de apoyo en el arbitraje (a manera de ruta crítica):[245]

1. Identificación de la controversia y de las partes.
2. Elaboración de resumen guía.
3. Fijación de preguntas clave.
4. Fijación del sustrato teórico.
5. Análisis.
6. Evaluación probatoria.
7. Fijación de responsabilidad civil.
8. Redacción del laudo.
9. Sanción de pleno.

Se procede, en consecuencia, a su explicitación.

Identificación de la controversia y de las partes[246,247]

Se debe precisar quiÉnes son las partes y el carácter en el que actúan en el negocio arbitral; hacer una glosa de su dicho, de sus pretensiones y sus argumentaciones

[243] Casa Madrid Mata O: *La atención médica y el derecho sanitario.* México, Editorial Alfil.
[244] Y si bien es cierto que el objeto del arbitraje es puramente civil, no puede soslayarse que ante el virtual hallazgo de elementos o indicios penalísticos sería necesario dar vista a las autoridades correspondientes, hecho que si bien es por demás infrecuente en la práctica, resulta siempre una hipótesis que no puede ser soslayada.
[245] En el entendido de que en la gestión pericial los parámetros son semejantes; empero, por la naturaleza de la función sustantiva de CONAMED, nos hemos enfocado en el proceso arbitral médico.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

esenciales; del objeto del arbitraje;[248] observar, en su caso, lo correspondiente a la legitimación de las partes. Es relevante contar con la información médica necesaria; asimismo, caracterizar el tipo de relación jurídica que originó la atención.

De igual modo, es importante clarificar cuáles fueron los compromisos asumidos (contratos, cartas, presupuestos, etc.); identificar si alguna de las partes hizo valer la prescripción y por qué piden las prestaciones reclamadas (es decir, *la causa petendi:* la causa del pedir).

Dicho en otros términos: es imprescindible revisar *los términos de la fijación de la litis o controversia*.

Huelga decir que un rubro insoslayable se refiere a delimitar cuál es la actividad médica reclamada, pues siendo el arbitraje médico de naturaleza civil, e imperando el principio dispositivo o de *jura novit curia,*[249] el árbitro debe pronunciarse al respecto de los hechos controvertidos.[250] Existe sobre el particular un adagio célebre en el foro:

Quod non est in actis non est in mundo: lo que no está en el expediente no existe.

Hecho lo anterior, es importante caracterizar el tipo de reclamación:

a. De reembolso.
b. De indemnización por daños y perjuicios.
c. Si existen datos de virtual conexidad penalística.
d. Si existen rubros materia de notificación a las autoridades.

---

[246] Es importante hacer notar que toda controversia deberá resolverse analizando los puntos señalados por las partes y así también, que en el pronunciamiento deben estudiarse los argumentos que aduzcan y las pruebas que ofrezcan.

[247] Cuando se trata de un asunto pericial, si fuere de naturaleza civil se emplean los mismos datos que para el arbitraje. Si se trata de peritaje en asuntos penales, es necesario identificar cuál o cuáles delitos se investigan al tenor de la legislación penal (códigos penales aplicables o Ley General de Salud.)

[248] El artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al regular el arbitraje, señala a la letra: *El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial.*

[249] *Dadme los hechos, yo os daré el derecho*. El principio *jura novit curia* (que ha sido estudiado en el ámbito de las distintas ramas del Derecho) inspira el ejercicio de la función judicial y da expresión al entendimiento de que el juez (incluido el árbitro) está por encima de lo alegado por las partes, debiendo la autoridad judicial captarlo y aplicarlo al caso concreto, para lo cual encuéntrase enteramente libre. La autoridad judicial no está, pues, obligada a resolver conforme se lo proponen las partes; empero, sí debe estudiar el negocio en congruencia con lo alegado y probado por las partes, es decir, atendiendo puntualmente a los hechos controvertidos. De otra suerte la sentencia arbitral sería incongruente y no sería eficaz para producir la cosa juzgada.

[250] En efecto, en el proceso arbitral médico no existe suplencia de agravios ni de la queja deficiente.

Cuadro 11–1. Prestaciones que se reclaman en el arbitraje médico

Prestaciones de hacer	Atención médica
Prestaciones de dar	Pago de daños y perjuicios Otorgamiento de insumos
Prestaciones de no hacer	Evitar mal *praxis*

e. Si existiere la necesidad de realizar actos de inmediata ejecución para proteger la salud de algún paciente.[251]

f. Si existen cuestiones de especial pronunciamiento (patria potestad, tutela, sucesión, de seguros, etc.).

El cuadro 11–1 ilustra el tipo de prestaciones que se reclaman en el arbitraje médico, al tenor de la clasificación establecida en la legislación civil mexicana.

Expuesto lo anterior, y visto que se trata de resolver un litigio arbitral, es decir, *un contradictorio,* atendiendo a la gráfica terminología empleada en algunos países sudamericanos, es imprescindible caracterizar desde esta etapa del estudio *cuál es la justificación del personal de salud respecto de la atención otorgada,* pues, además de ser el objeto de la revisión técnica, ahí se contienen las que a la luz del derecho procesal serán interpretadas como *excepciones y defensas* del personal o institución demandados. Buena parte del análisis habrá de centrarse en si resultan o no eficaces sus argumentaciones, en razón de estar o no apegadas a la *lex artis ad hoc* y en especial al principio de libertad prescriptiva.

Asimismo, es importante identificar si hay puntos especiales respecto de los cuales las partes hubieren solicitado pronunciamiento institucional (además de los señalados con antelación).

Este primer paso es esencial, pues tiene por objeto establecer la totalidad de rubros sobre los que habrá de resolverse, y no puede perderse de vista que la evaluación de casos es, primero, un acto de naturaleza científica; es decir, se trata de obtener *elementos objetivos* acerca de la historia concreta de la actuación médica y no un simple acto de "jueceo" o una suerte de interpretación empírica, para ulteriormente realizar el necesario juicio de valor a fin de calificarla como lícita o ilícita, de calidad o viciada por mala práctica.

En síntesis, no es un simple ejercicio academicista o de auditoría médica; tiene un propósito: **establecer los derechos de las partes** y, por lo tanto, la confiabilidad de esta etapa determinará, en gran medida, la validez del estudio en general.

Elaboración de resumen guía

Hecho lo anterior, es necesario describir en forma sucinta las características principales del caso en estudio desde la primera consulta, si es el caso, hasta la conclu-

[251] Esto, por regla general, no sucede en la etapa decisoria del proceso arbitral.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

sión del acto médico principal, ya sea en consultorio o en un servicio de hospitalización.

(Este rubro es muy importante, pues en el laudo se deberá emitir un resumen clínico *con arreglo a lo demostrado por las partes.)*

Fijación de preguntas clave

Un rubro de esencial interés se refiere al **encuadre técnico–científico del caso;** sin él no es posible llevar a buen puerto el estudio de casos. En tal sentido, una vez agotados los puntos anteriores, es imprescindible identificar las interrogantes que deben ser respondidas,[252] primero desde el ángulo médico, para luego realizar la calificación necesaria en términos de las reglas del derecho sanitario.

Así, el protocolo *ad hoc* señala, entre otras, las siguientes:[253]

- Cuáles fueron los factores condicionantes del o los padecimientos.
- Cuáles fueron los factores determinantes del o los padecimientos.
- Si hubo incapacidad, invalidez o daño.
- Si se produjo la muerte.
- Cuál fue la causa del deceso.
- Caracterizar las obligaciones del personal.
- Si existió diagnóstico precoz.
- Si existió diagnóstico diferencial.
- Cuáles eran las pruebas diagnósticas necesarias.
- Si el estudio clínico fue completo o no lo fue.
- Cuál debía ser el tratamiento indicado.
- Cuáles los riesgos inherentes.
- Si el tratamiento fue oportuno.
- Si se limitó el daño.
- Si existió rehabilitación o posibilidades de ella.
- Si se implantaron medidas preventivas y cuáles debieron ser.
- Qué elementos se presentaron en el horizonte clínico.
- Si existieron entidades en periodo subclínico.
- Qué informan los peritajes si los hubiere.
- Cuáles eran los límites de la libertad prescriptiva.

---

[252] El maestro Quiroz Cuarón, a su vez, recordando a un célebre escritor británico, apuntaba:
"Es oportuno recordar a Rudyard Kipling, que ingeniosamente escribió:
Yo tengo seis servidores
Que me sirven muy bien;
Se llaman Qué, Por qué y Dónde,
Cómo, Cuándo y Quién.

[253] Tales rubros son aplicables, en sus términos, al examen pericial.

- Cuáles eran las limitaciones institucionales.
- Cómo se expresó el consentimiento bajo información.
- Si existieron instrucciones precisas y cuál fue su cumplimiento.
- Si existió supervisión.
- Si fue modificada la conducta terapéutica conforme a la evolución y necesidades del paciente.
- Si era necesaria la referencia del paciente a un establecimiento de mayor complejidad.
- Si debió existir interconsulta a otros profesionistas.
- Si el personal actuó con desconocimiento, falta de habilidad o destreza (esto es de importancia para establecer, en su caso, virtual impericia).
- Si el personal mostró capacidad de previsión (esto tiene por objetivo evaluar una virtual negligencia).
- Si el personal dejó de lado reglamentos o deberes a su cargo cuando las consecuencias eran previsibles.
- Si el evento adverso se debió a idiosincrasia u otras causas intrínsecas del paciente.
- Si existieron carencias o limitaciones en los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.
- Si existe ausencia de registros y notas médicas.
- Si existieron deficiencias en los servicios de urgencias, terapia intensiva y quirófano.
- Si existió negativa o condicionamiento de atención.
- Si atendiendo a la historia natural de la enfermedad el padecimiento ocasionaba daños.
- Si el evento adverso reclamado era de esperarse en ausencia de negligencia, impericia o dolo.
- Si el evento adverso se debió a una acción voluntaria o contribuyente del enfermo o de terceros.

Tales son las preguntas generales y que no necesariamente son aplicables a todos los casos; a las pertinentes (dentro de las antes glosadas) habrán de agregarse las que resulten de los cuestionamientos específicos planteados por las partes o se refieran a los puntos técnicos por resolver.

No puede olvidarse al respecto que el propósito de estudio es de naturaleza medicoforense; en esos términos, el estudio deberá referirse a algunos de los rubros de esa disciplina;[254] merced a lo anterior, siguiendo en lo conducente al maestro

[254] Si bien CONAMED no actuará en el proceso arbitral como perito, sino que por ser la institución nacional de referencia en la especialidad es que puede ser árbitro en estas controversias.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Quiroz Cuarón,[255] puede señalarse que la función medicoforense del proceso arbitral médico se refiere a los siguientes rubros:[256]

a. Identidad.
b. Enfermedad.
c. Deficiencia mental.
d. Simulación, disimulación o sobresimulación.
e. Diagnóstico oportuno y tratamiento de enfermedades.
f. Diagnóstico oportuno y atención de gravidez.
g. Diagnóstico de lesiones de relevancia medicoforense.
h. Diagnóstico de intoxicaciones y toxicodependencias.
i. Detección de ilícitos.
j. Diagnóstico de muerte.
k. Causa de muerte.
l. Cronotanatodiagnóstico.
m. Necropsia.
n. Exámenes toxicológicos.
o. Exámenes hematológicos.
p. Exámenes anatomopatológicos.

Fijación del sustrato teórico

En este apartado se describirán la entidad nosológica principal y, en su caso, las concomitantes, el manejo de cada una de ellas en términos de la literatura médica, los principios científicos de la especialidad de que se trate, las normas oficiales mexicanas, los precedentes existentes y lo aportado por los asesores externos.

Es de la mayor relevancia determinar cuáles son las obligaciones del personal de salud (medios, seguridad y en su caso resultados) en términos de la literatura generalmente aceptada y con apego a los principios científicos y éticos que rigen la especialidad médica de que se trate.

Dicho en otros términos, el problema esencial en el arbitraje médico es definir cuál es la *lex artis ad hoc*.

A este respecto, el ameritado magistrado español Luis Martínez Calcerrada, sin duda la referencia obligada en esta materia, ha definido la *lex artis ad hoc* como:

---

255 *Medicina forense.* México, Editorial Porrúa, 95 y s.s.

256 Existen diversas clasificaciones aplicables, entre ellas la aportada por Claudio Leopoldo Simonin en su *Medicina legal judicial*. Barcelona, Editorial Jimes. Entre los rubros a que se refiere el ameritado tratadista se encuentran los siguientes: *ejercicio ilegal de la medicina; secreto médico; fuentes de responsabilidad; defensa del médico; documentación medicolegal, etc.*

> "*...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 de conforme o no con la técnica normal requerida*".

Al respecto, es de señalar un punto esencial en materia de derecho sanitario y en especial para el arbitraje médico, y que se refiere al binomio *lex artis ad hoc*–deontología; es decir, nada menos que a los parámetros de evaluación. Al respecto es de hacer notar que siendo éstos fuentes de derecho consuetudinario o estándares, siguiendo la terminología de Roscoe Pound–García Máynez, es imprescindible tener por ciertos los siguientes elementos:

a. La regla aplicable.
b. Su fuente.
c. Las hipótesis según las cuales opera.
d. Las exclusiones y contraindicaciones.
e. Los riesgos inherentes.
f. Especialmente, el uso y costumbre médicos.

Es precisamente según estas reglas que ha de construirse la regla aplicable al caso concreto, es decir, *ad hoc*.

Al respecto priva una regla en el derecho procesal civil, y en consecuencia en el arbitraje, que informa:[257] *Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho*.

En tales circunstancias, la hipótesis meramente procesal civil sería haber dejado a las partes la carga probatoria; empero, eso habría resultado inequitativo y en especial indefensión la parte actora; es decir, el paciente, pues de haberlo hecho así, quedaría a merced exclusivamente del criterio clínico de su contraria o se vería forzado a contratar invariablemente pericia de parte.

Esto acarrearía otras consecuencias no menos graves (que además han sido observables en el terreno judicial):[258] condicionar la sentencia a manos de los peritos de parte. Esto puede suceder así en razón de que el juzgador podría quedar atado, merced a las alegaciones técnicas de las partes.

Merced a lo anterior, éste es uno de los puntos salientes del protocolo institucional para el análisis de casos;[259] en efecto, gracias al carácter especializado de

[257] Artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
[258] Y esto sin demérito del personal judicial, que si bien es personal universitario, no es perito en medicina.
[259] Y opera lo mismo para el proceso arbitral que para la gestión arbitral.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

CONAMED, la institución realiza un estudio especial de la *lex artis ad hoc,* y no sólo esto, integra las referencias interpretativas generalmente aceptadas.

Ello es posible precisamente en razón de obtener para ello el concurso de los asesores externos necesarios.

Por cuanto al aspecto procesal del asunto, no es obligatorio para las partes ofrecer bibliografía, y si lo hicieren privan reglas de privilegio en cuanto al juicio civil ordinario, siendo éstas las contenidas en la fracción III del artículo 10 del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión:

> "*Los documentos redactados en idioma extranjero deberán acompañarse de la correspondiente traducción al español. Se exceptúa de esta regla la literatura médica en otro idioma*."

Esto es, las partes no deben gastar siquiera en traductor o certificación de literatura, pues corre a cargo de CONAMED el estudio *ex officio* de la *lex artis ad hoc*.

Como resultado del análisis de la *lex artis ad hoc*–deontología, la Comisión integra los enunciados generalmente aceptados para el caso. A continuación se presentan ejemplos del sistema de redacción en el que se insertan los *enunciados –regla* de *lex artis ad hoc,* mismos que fueron tomados de la literatura reconocida:

- **Los tumores gigantes del mediastino** en esta serie constituyen 10% de todos los tumores mediastinales. *Es necesario conocer su localización exacta y su relación con las estructuras mediastinales por métodos de imagen, y establecer un diagnóstico histológico por biopsia por aspiración con aguja fina o por biopsia directa abierta antes de intentar resecar el tumor.*
  Las radiografías de tórax en AP y lateral son importantes en la evaluación inicial de estos tumores.
  La RMN *es el método de imagen que permite evaluar* la situación y características anatómicas de estas lesiones en tres dimensiones.
  El abordaje quirúrgico de este tipo de tumores *debe hacerse sólo en instituciones que cuenten con todos los recursos y realizarse por cirujanos toracopulmonares altamente capacitados*. Las posibilidades de una hemorragia transoperatoria importante son elevadas.[260]
  El pronóstico de este tipo de patología depende del tipo histológico del tumor, de su extensión anatómica y de la posibilidad de resecarlo completamente. El tratamiento radioterapéutico y quimioterapéutico puede estar indicado como coadyuvante después de la resección.[261]

[260] Nótese cómo en este rubro se están refiriendo incluso los riesgos inherentes.

- La piedra angular del tratamiento es la **aplicación de suero antiviperino,** que en México es útil para serpiente de cascabel y *Bothrops. En el caso de antecedente de uso previo de suero heterólogo, deberá procederse a desensibilización del paciente,* procedimiento que pudiera resultar innecesario con la nueva generación de sueros faboterápicos específicos.
  Tomando en consideración que la superficie corporal de los niños es menor que en los adultos y que los efectos del veneno son más severos, en el Hospital Infantil se han modificado los esquemas de tratamiento y desde 1997 se utilizan dosis de impregnación más efectivas para evitar complicaciones: *es recomendable aplicar por "vía intravenosa" dosis múltiples de suero antiviperino* en cantidades suficientes para bloquear más de 400 mg de veneno.

  En las presentaciones existentes en el país, cada frasco ámpula contiene lo suficiente para contrarrestar 30 mg de veneno de nauyaca y 15 mg de veneno de serpiente de cascabel: la equivalencia en dosis letales es de 780 dL50 y 200 dL50, respectivamente.

  De manera que para lograr neutralizar 400 mg o más de veneno en caso de serpiente de cascabel y *Bothrops* (algunas variedades producen hasta 500 mg y son capaces de inocular 90% del veneno durante el ataque),[237,241,255,256,262] *se requerirán dosis iniciales* de 10 a 15 frascos ámpula aplicados por vía intravenosa, y deberán ministrarse iguales cantidades adicionales en las siguientes 8 a 12 h, dependiendo del edema, estado clínico y los índices de mionecrosis. Para tal efecto *conviene monitorear* la elevación de creatinfosfocinasa (CPK), *teniendo cuidado de no sobrevalorar* este parámetro, en vista de que las enzimas musculares pueden permanecer moderadamente elevadas de uno a tres días a pesar de haber mejoría clínica, de que el edema haya disminuido y de que las demás constantes de laboratorio se hayan normalizado.[262]
- **La anemia por deficiencia de hierro** es el padecimiento hematológico más frecuente en la infancia y sin lugar a dudas, el más estudiado. Es conveniente mencionar de manera sucinta que durante este padecimiento la salud del niño se ve afectada, y tiene implicaciones prácticamente desde antes del nacimiento; en hijos de madres anémicas se ha documentado aumento de mortalidad, malformaciones, prematurez, peso bajo. Los efectos adversos en el desarrollo mental han sido demostrados tanto de manera experimental como en estudios en seres humanos.

[261] Navarro–Reynoso FP, Lorenzo–Silva JM: Tratamiento quirúrgico de los tumores gigantes del mediastino. *Gaceta Médica de México*,2001;137(2).

[262] Sotelo–Cruz N: Envenenamiento por mordedura de serpiente de cascabel, daños a la salud y su tratamiento en edad pediátrica. *Gaceta Médica de México* 2003, julio–agosto;4.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

> Es conveniente considerar que para tratar la deficiencia de hierro *se debe ofrecer un esquema de tratamiento que: asegure buena absorción del hierro dado por vía bucal, facilite la aceptación, asegure la adhesión y permita mejorar la deficiencia,* sobre todo si se piensa en tratamientos orientados a corregir este problema en grandes núcleos de población.[263]

De igual forma, debe señalarse para cada parte del proceso terapéutico *el límite de responsabilidad de cada uno de los integrantes del equipo de salud*.

Es muy importante fijar las obligaciones a través de los cuadros sinópticos necesarios, a título de listas de cotejo para evaluación puntual del cumplimiento y facilitar la exposición en la resolución. (Esto representa la necesaria objetividad en el estudio.)

La siguiente lista ilustra una síntesis de los rubros que integran el sustrato teórico:

- Normativa aplicable.
- Bibliografía generalmente aceptada.
- Asesorías externas, otorgadas por especialistas *ad hoc*.

Análisis[264]

Esta etapa tiene por objetivo responder las preguntas anteriores y de tal suerte señalar:

a. Las condiciones en que se realizó el acto médico.
b. Los factores predisponentes.
c. Cada una de las obligaciones de medios de diagnóstico, así como las de tratamiento, y su cumplimiento.
d. Los elementos de la historia natural de la enfermedad.
e. Los medios de prevención.
f. La referencia, en su caso, a otros niveles de atención.
g. La participación de otros profesionales (interconsultas).
h. La presentación de efectos adversos (idiosincráticos, accidentes, etc.).
i. Presentación de complicaciones y su manejo.
j. La oportunidad en la resolución de los problemas.
k. Omisiones observadas.
l. La elección del tratamiento, etc.

---

[263] Sotelo–Cruz N, Gómez–Rivera N, Ferrá–Fragoso S, Pereyda–Galaz DE: Tratamiento de la deficiencia de hierro en preescolares con dosis semanal de sulfato ferroso. *Gaceta Médica de México* 2002, mayo–junio;3.
[264] No es posible proceder al análisis sin antes haber agotado los anteriores.

En cada uno de estos aspectos, según se requiera, es imprescindible valorar la calidad de la atención y determinar si existió buena práctica. En el evento de observar mal *praxis,* señalar por qué y referir cuál era la conducta correcta, señalando asimismo si existió relación causal entre la mala práctica y el resultado final aducido por el paciente, sus causahabientes o quienes los representen. Cabe mencionar que en el análisis, en razón de que todo estará fundado en los registros del expediente clínico, en correlación con las demás pruebas aportadas y, por lo tanto, demostrado en autos, *no es posible suponer, estimar, inferir,* etc.

Es imprescindible estudiar, se insiste, cuáles son los motivos de queja del paciente y contrastarlos con la justificación que, en su caso, hubiere presentado el demandado, en términos de sus alegaciones e informes.

En la evaluación e independientemente de otros rubros, es imprescindible resolver sobre:[265]

- **a.** Cuál o cuáles eran los padecimientos de base.
- **b.** Cuál fue el origen de los mismos (un proceso patológico anterior, un hecho de tránsito, un hecho violento, un accidente, etc.).
- **c.** Cuál era la historia natural del o de los padecimientos observados.
- **d.** Cuáles son los riesgos inherentes al procedimiento reclamado.
- **e.** El pronóstico de base.
- **f.** Los factores concomitantes que incidieron en la evolución.
- **g.** Cómo se atendió el cumplimiento de obligaciones.
- **h.** Si existieron factores de negligencia por parte del paciente y su familia.
- **i.** Si existieron elementos de negligencia, impericia o dolo en la atención, y precisar quién o quiénes son los responsables, señalando las condiciones de modo, tiempo y lugar en que observaron la irregularidad.
- **j.** La relación de causalidad.
- **k.** Si las partes demuestran sus argumentaciones y cuáles son los medios probatorios para ello.
- **l.** Si existiere la necesidad de condenar, fijar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que deben satisfacerse las prestaciones correspondientes y, por supuesto, el monto líquido o las condiciones para determinarlo.[266]

Sin duda existen muchos puntos de interés respecto del estudio del fondo de la controversia, es decir, desde el ángulo del derecho sustantivo, y sería imposible referirse a ellos en el reducido espacio de este capítulo; empero y dada la natura-

[265] Es decir, no se trata de simplemente peritar; se emite una resolución arbitral que define, bajo el principio de seguridad jurídica, los rubros médicos de interés jurídico. En tal virtud el laudo, si bien contiene apreciaciones de índole médica, es un acto jurídico, sentencia declarativa.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

leza metodológica del mismo, a continuación se tratarán *grosso modo* algunos rubros específicos.

Así se tiene que uno de los problemas especiales del arbitraje médico es evaluar el **cumplimiento obligacional del equipo de salud,** de los responsables del establecimiento y de los establecimientos mismos.

La ley (artículo 2 615 del Código Civil Federal) ha clasificado, siguiendo el modelo civil francés, las obligaciones sanitarias en tres grandes grupos:

- Obligaciones de medios.
- Obligaciones de seguridad.
- Obligaciones de resultados.

Las primeras, o de medios, sin duda las de mayor importancia en relación a la atención médica y siempre exigibles al personal de salud, podrían definirse de manera genérica a título de *la correcta aplicación de las medidas de sostén terapéutico*.

El personal, instituciones y establecimientos están obligados a la adopción de medios ordinarios; merced a lo anterior, corresponderá al facultativo determinar en cada caso concreto, en términos de su libertad prescriptiva, cuáles son éstos y aplicarlos en términos de la *lex artis.* En sentido negativo, la falta de adopción de los mismos invariablemente será tenida como hecho ilícito. El personal debe emplear los insumos, técnicas y tratamientos aceptados por la *lex artis medica*.

Según el criterio anterior, es importante señalar que el incumplimiento de las obligaciones de medios no sólo puede ser atribuible al personal de salud; frecuentemente es generado por irregularidades del personal directivo y administrativo de los establecimientos (encargados de suministros, responsables, etc.) y, por supuesto, también por factores del establecimiento mismo en tanto unidad económica o persona moral.

Por su parte, las obligaciones de seguridad se pueden enunciar genéricamente como *el deber de evitar siniestros;* esencialmente se refieren al uso correcto y al mantenimiento de aparatos y equipos a fin de evitar accidentes, evitar infecciones nosocomiales y, al igual que en el caso anterior, son atribuibles no sólo al personal médico, sino extensivas al personal administrativo y de mantenimiento, así como al establecimiento mismo.

Sin duda uno de los rubros de mayor importancia es **el tratamiento;** es el punto saliente del estudio de las obligaciones de medios y la secuencia lógica de revisión es la siguiente:

---

[266] El Reglamento de procedimientos de CONAMED señala en su artículo 90: *Cuando se determine el pago de daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.* Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro se hará la condena, a reserva de fijarse su importancia y hacerla efectiva en ejecución de laudo.

- Si se estableció la valoración del riesgo–beneficio.
- Si el tratamiento fue oportuno.
- Si el tratamiento se ajustó a su libertad prescriptiva y en términos de *lex artis*.
- Si eligió medios aceptados.
- Si los medios se aplicaron correctamente.
- Si existieron notas y la supervisión necesaria.
- Si se atendió el efecto adverso con oportunidad.

Las obligaciones de resultados o determinadas son más bien infrecuentes en cuanto al tratamiento médico, pues difícilmente se puede obligar al personal de salud a obtener un resultado curativo. No obstante, debe hacerse notar que, en términos de la legislación en vigor, sí existen casos, excepcionales por cierto, en los cuales podrá exigirse un resultado.

Eventualmente se pueden comprometer resultados en la llamada *cirugía de resultados* (es decir, la cirugía estética o de complacencia; pero esto siempre que el facultativo hubiere asumido expresamente el caso fortuito o la fuerza mayor). Al respecto, el criterio firme, sostenido en la *lex artis ad hoc* y en la legislación civil mexicana, **no obliga a resultados de naturaleza curativa** y sólo permite fijarlos, p. ej., cuando se trate de prótesis: en dicha hipótesis el resultado será haber empleado las del tamaño pactado, los materiales convenidos, etc. O de igual suerte, cuando la obligación sea sólo de suministro, hipótesis ésta en la que se responderá por la calidad del insumo suministrado. Análogas consideraciones son aplicables a la atención estomatológica; de hecho, es el ámbito más frecuente de obligaciones de resultados y se refieren específicamente a prótesis: *fija, parcial removible, total y a la llamada rehabilitación protésica de los implantes*. De manera general, la contratación de prótesis (tanto para la atención estética, estomatológica y, en general, para la rehabilitación) se encuadra en la realización de obra a precio alzado, y asimismo está bajo ese régimen la contratación de órtesis y ayudas funcionales. El contrato respectivo es definido por el maestro Ramón Sánchez Medal en su obra *De los contratos civiles* del modo siguiente:

> El contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado es el contrato por el que una persona llamada "empresario" se obliga a ejecutar bajo su dirección y materiales propios una obra que le encarga otra persona, llamada "dueña de la obra", la cual se obliga a pagarle un precio global.

Sin embargo, para evaluar la obligatoriedad de un resultado específico, se requiere atender a los siguientes criterios:

a. La existencia de un contrato específico (verbal o escrito) y, por supuesto, suficientemente demostrado, en el cual se hubieren estipulado resultados expresos.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

b. El resultado se referirá a la obra a precio alzado contratada (las probanzas deberán referirse a la puntual identificación de las características de las prótesis motivo de la contratación.)
c. El resultado será evaluado en función de la calidad, materiales y cumplimiento oportuno.
d. Un aspecto estético determinado sólo podrá ser tenido como resultado obligatorio si el facultativo expresamente asumió el caso fortuito y la fuerza mayor; de lo contrario se atenderá exclusivamente a los estándares previstos en la *lex artis ad hoc*.
e. Los aspectos funcionales serán considerados a título de obligaciones de medios, no de resultados, a menos que el facultativo hubiere asumido expresamente, se insiste, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Merced a lo anterior y a título de corolario, el objetivo de la reclamación puede ser en cuanto:

f. A la entrega del insumo pactado.[267]
g. A su calidad en general.
h. A los materiales y características pactados.
i. A sus condiciones de uso.
j. A su falta de idoneidad por cuanto hace a la protección de la salud del paciente.[268]

En las hipótesis de suministrar insumos y de obra a precio alzado, el prestador del servicio no está obligado a la curación; empero, sí está constreñido, se insiste, a la aportación de los insumos en condiciones de calidad y atendiendo a los estándares aplicables.

También existen obligaciones de resultados en cuanto a informes de laboratorio (en la especie deben ser fidedignos y oportunos); y de igual suerte, en cuanto a insumos para la salud (no deben ser alterados, adulterados, contaminados ni caducos). **Tales serán los resultados evaluables.**

Como aspecto relevante debe observarse, si es el caso, lo relacionado con el uso de medicamentos, especialmente ante:

- Empleo de insumos sin previo diagnóstico.
- Falta de empleo de insumos, siendo ello posible.

---

[267] En su caso, el tiempo de entrega.
[268] Sin embargo, esto no supone la curación del paciente (así, p. ej., en cuanto a la mera contratación de anteojos, incluidos dentro de las ayudas funcionales conforme al derecho sanitario, se podrá reclamar que los lentes no son los indicados en términos de la prescripción médica que da origen al pacto específico, que no se empleó el armazón adquirido, etc., mas no que gracias a los lentes no se obtuvo la salud visual).

- Falta de previsión de las eventualidades reportadas en la literatura médica.
- Ignorancia de las pruebas diagnósticas y del efecto adverso observado.
- Generalización indiscriminada de esquemas medicamentosos.

En las mismas habrá, innegablemente, mala práctica.

En suma, la valoración general de apego a principios científicos supone establecer si:

- Existió un diagnóstico y un pronóstico.
- El diagnóstico y el pronóstico fueron correctos.
- La técnica empleada se ajustó a las indicaciones y contraindicaciones establecidas en la literatura aceptada.
- Cada uno de los integrantes del equipo de salud cumplió su cometido.
- Existió supervisión adecuada.
- Las instrucciones fueron precisas y bien fundamentadas.
- Fueron adoptadas las medidas de sostén terapéutico.
- Elaboración de reportes obligatorios.
- Consecuencias en la salud del paciente, doctrina de *res ipsa loquitur.*

Otro cuadro sinóptico de utilidad se refiere a las preguntas esenciales para establecer si se observa negligencia, impericia o dolo:

- Señalar si hubo diagnóstico correcto o incorrecto y si se estableció la sustentación del mismo.[269]
- Se realizó diagnóstico diferencial o no era indispensable.[270]
- Si fueron ponderados factores limitantes y le fueron informados al paciente o familiares.[271]
- El personal médico actuó sin la previsión necesaria o abandonó deberes de cargo.[272]
- El personal mostró desconocimiento de *la lex artis ad hoc,* falta de habilidad o destreza, o deficiencias en su entrenamiento, o bien realizó actos de temeridad.[273]
- El personal voluntariamente incumplió disposiciones jurídicas, o dejó de lado reglamentos o deberes a su cargo cuando las consecuencias eran previsibles.[274]

[269] Si la respuesta es afirmativa existirá un elemento de buena práctica; si la respuesta es negativa se estará ante una muestra de negligencia.
[270] El haber incumplido el diagnóstico diferencial en casos obligatorios es muestra de negligencia.
[271] Ante la hipótesis negativa se estará de nueva cuenta ante negligencia.
[272] Ésta es una de las muestras más claras de actitud negligente.
[273] Ante la respuesta negativa se estará hablando de impericia.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Expuesto lo anterior, es imprescindible referirse a la resolución de los llamados problemas de tráfico;[275] en la especie es necesario señalar que en el derecho mexicano no opera la regla que priva en otros países en el sentido de que el médico es el responsable *per se* de los actos del resto del equipo.[276]

Merced a lo anterior, en cada proceso terapéutico es imprescindible tener por cierto el límite obligacional de cada uno de los integrantes del equipo de salud, a fin de no incurrir en desviaciones en el estudio y, por ende, en el fincamiento de responsabilidades injustas.

Los rubros clásicos por estudiar con ese propósito se refieren a establecer si:

- El personal tratante debió abstenerse de continuar la atención y derivar al paciente a un especialista.
- Se dieron instrucciones precisas.
- Se atendieron puntualmente las instrucciones o el personal auxiliar actuó en contravención de las indicaciones del médico encargado del caso.
- Se realizaron las notas en el expediente clínico.
- Existió la supervisión necesaria.
- Hubo avisos oportunos.
- Debió existir interconsulta a otros profesionales.
- Se refirió adecuadamente al paciente.
- Existieron los insumos necesarios.
- El mantenimiento de instrumental y equipo era el correcto.
- Existieron deficiencias en el personal encargado del manejo de instrumental y equipo.
- Las declaraciones respecto de la participación del resto del personal fueron o no falseadas.

---

[274] Ante la respuesta afirmativa existirán elementos de dolo.

[275] Se habla de problemas de tráfico en el derecho sanitario cuando es necesario clarificar la atribución de culpa a los elementos que intervienen en la atención médica.

[276] En efecto, no necesariamente los elementos del equipo sanitario actúan con arreglo a las indicaciones del facultativo, quien, si bien por antonomasia es el jefe del citado equipo, no puede responder por actos autónomos del personal, especialmente cuando no estén sujetos a la supervisión del facultativo. Un ejemplo clásico se refiere a la virtual infección por vía de la transfusión sanguínea; en tal hipótesis, el médico encargado de la atención no interviene en la preparación de los insumos solicitados. El criterio que atribuye inopinadamente la responsabilidad al médico como jefe del equipo sanitario es una inaceptable generalización y un resabio de la época en que la medicina solamente se ejercía en el ejercicio privado; es decir, antes del establecimiento de las grandes instituciones de seguridad social. Así, los artículos 228 del Código Penal Federal y 322 del Código Penal para el Distrito Federal señalan a la letra: *y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.*

En referencia a los llamados problemas de tráfico, es de hacerse notar la exigencia de la legislación civil para resolver los problemas de *mancomunidad* por cuanto hace a la actuación médica y, en consecuencia, para el fincamiento de responsabilidades.

Al respecto, para dar cumplimiento a los preceptos del Código Civil Federal, que señala:

Artículo 1 984: cuando hay *pluralidad de deudores* o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

Artículo 1 985: *la simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación,* ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya *y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros*.

Artículo 1 986: las partes se presumen iguales a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario.

Artículo 1 987: además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tengan derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y *solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida*.

Artículo 1 988: *la solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes*.

Artículo 2 003: *las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero*.

Artículo 2 004: *la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible* ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria.

Artículo 2 005: las obligaciones divisibles en que haya más de un deudor o acreedor se regirán por las reglas comunes de las obligaciones; las indivisibles en las que haya más de un deudor o acreedor se sujetarán a las siguientes disposiciones.

Artículo 2 006: *cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad*.

Artículo 2 010: **pierde la calidad de indivisible la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios** y, entonces, se observarán las reglas siguientes:

I. Si para que se produzca esa conversión hubo *culpa de parte de todos los deudores,* todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

II. *Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios*.

Sin perjuicio de lo expuesto, será necesario estudiar si en el juicio las partes dedujeron o no excepciones personales, dato éste que es de suma importancia para resolver la cuestión.[277]

Así también y para los mismos propósitos, es necesario estudiar las obligaciones del establecimiento y de sus responsables, pues éstos, independientemente de la forma de contratación o acceso a los servicios, invariablemente estarán obligados solidariamente a:

- Cerciorarse de contar con personal suficiente e idóneo.
- No podrán contratar personal carente de la debida preparación profesional, técnica o de especialidad, según el caso.
- Proveer lo conducente para disponer de instalaciones adecuadas y en óptimas condiciones.
- Proveer lo conducente para que el establecimiento disponga de insumos para la salud que reúnan condiciones sanitarias.

Otro punto de esencial interés se refiere al régimen de urgencias. Al respecto es imprescindible reiterar el principio generalmente aceptado que informa:

> El personal médico deberá atender cualquier caso de urgencia para el que se requiera su concurso, hasta en tanto pueda referir al paciente a un centro de atención hospitalaria, o bien hasta el momento en que no fueren necesarios sus servicios.[278]

En el mismo sentido, en su caso, se deberá realizar la transferencia de pacientes cuando no existan los recursos suficientes en el establecimiento para su atención, vigilando que el traslado se lleve a efectos en condiciones de razonable seguridad. (La razonable seguridad se evalúa en este supuesto ponderando si es mayor el riesgo de continuar en el lugar de la atención originaria en comparación con el que representa el traslado, de tal suerte que siempre ha de optarse por el que resulte menor.)

Expuesto lo anterior, se procede a una breve referencia al consentimiento bajo información.

El consentimiento bajo información, informado o válidamente informado, según lo han designado los diversos autores, ha de ser entendido como *el acto de decisión libre y voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta las acciones diagnósticas o terapéuticas sugeridas por sus médicos, fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar.*

---

[277] Se insiste: en el arbitraje médico no existe suplencia de agravio ni de la queja deficiente.

El consentimiento informado se sustenta en el principio de autonomía del paciente, considerando para su existencia y validez tres requisitos básicos: *libertad de decisión, explicación suficiente y competencia para decidir.*

Por consiguiente, se trata de una decisión libre y voluntaria realizada por persona competente, es decir, que posea capacidad de ejercicio o, en su defecto, que sea representada legalmente y con arreglo a las leyes civiles que regulan la formalización de actos jurídicos.

El consentimiento bajo información entraña exclusivamente el acto de aceptación de las acciones diagnósticas terapéuticas sugeridas por su médico, y estará fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar. *No entraña, pues, cláusula liberatoria alguna* y su propósito es únicamente tener por autorizada la atención médica en condiciones de razonable información.

Luego entonces no puede ser tenido como una suerte de subterfugio del cual se valgan los prestadores de servicios para contratar exclusiones de responsabilidad o la inserción de cláusulas contractuales, *en razón de representar influjo contrario a la voluntad de los pacientes*.[279]

---

[278] El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica señala a la letra:

Artículo 71. Los establecimientos públicos, sociales y privados que brinden servicios de atención médica para el internamiento de enfermos están obligados a prestar atención inmediata a todo usuario en caso de urgencia que ocurra en la cercanía de los mismos.

Artículo 72. Se entiende por urgencia todo problema medicoquirúrgico agudo que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata.

Artículo 73. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

Artículo 74. Cuando los recursos del establecimiento no permitan la resolución definitiva del problema se deberá transferir al usuario a otra institución del sector, que asegure su tratamiento y que estará obligada a recibirlo.

Artículo 75. El traslado se llevará a cabo con recursos propios de la unidad que hace el envío, bajo la responsabilidad de su encargado y conforme a las normas respectivas.

De no contarse con los medios de transporte adecuados, se utilizarán los de la institución receptora.

[279] Es criterio firme en el derecho mexicano que la renuncia anticipada a las acciones provenientes de incumplimiento, especialmente para el caso de dolo, se tendrá por inválida. De igual suerte, tampoco es legalmente aceptado valerse de las circunstancias del paciente para otorgar una suerte de contrato en el cual se direccione la responsabilidad, exclusivamente, a uno o a varios elementos del equipo de salud, especialmente cuando esta suerte de cláusula se suscriba a espaldas del o de los afectados. El otorgamiento de esta suerte de instrumentos, además de acarrear su nulidad, sería un elemento demostrativo de mala fe.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Es criterio firme de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico que *la inserción de cláusulas ajenas a la nuda aceptación informada de la atención trae aparejada la nulidad de la carta de consentimiento,* y así ha sido resuelto en diversos laudos.

La existencia del consentimiento bajo información (especialmente cuando deba ser emitido por escrito y ante dos testigos idóneos) supone la comunicación efectiva del equipo sanitario con el paciente y su familia; en razón de lo anterior es siempre demostrativa de buena fe.

La inexistencia del consentimiento puede acarrear responsabilidad en las siguientes hipótesis:

a. Cuando se trate de actos quirúrgicos no autorizados, especialmente ante la aplicación de métodos definitivos de planificación familiar.
b. Cuando por la naturaleza del riesgo inherente, ante procedimientos electivos, sea indispensable su expresión por escrito en razón de las posibles consecuencias para la vida o la calidad de vida del paciente.
c. Cuando se trate de actos de investigación clínica en seres humanos, y en general.
d. Cuando se trate de nulidad del consentimiento, especialmente tratándose de su expresión documental.[280]
e. Cuando se vulneren con ello aspectos patrimoniales o derechos personalísimos del paciente.[281]

En todo caso, estará a cargo de quien reclame transgresiones por este concepto demostrar los daños y perjuicios causados.[282]

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario señalar que las reglas del derecho sanitario, atendiendo a los criterios bioéticos generalmente aceptados, no obligan[283] a otorgar una información *completa,* sino la *suficiente* para que el paciente pueda optar por asumir o no los riesgos que la atención específica represente.

Un rubro esencial para evaluar la correcta observancia del consentimiento bajo información conduce a distinguir si la atención médica era:

a. Electiva. En esta hipótesis será necesario el consentimiento bajo información, en su caso, por escrito.
b. De urgencias. Ante la incapacidad del paciente y la ausencia de algún representante legal, ha sido plenamente autorizada la atención médica a juicio médico, a fin de proteger la vida y la salud del paciente. *Igual hipótesis opera cuando se trate de la necesidad de atender urgencias que se presenten en el quirófano*.
c. De complacencia. Es imprescindible la carta de consentimiento bajo información ante dos testigos idóneos.

Dicho lo anterior, a continuación y ante la imposibilidad de referirse de manera integral a la valoración de apego a principios éticos[284] (al tenor de la deontología médica), el siguiente cuadro sinóptico ilustra de manera general el esquema de evaluación. Al respecto es necesario identificar:[285]

---

[280] Especialmente cuando se demuestre en juicio que en la expresión del consentimiento hubieren concurrido actos de dolo o mala fe por parte de alguno de los elementos del equipo de salud o por los factores del establecimiento. Quedan comprendidas las siguientes hipótesis: cláusulas contrarias a derecho; el aprovechamiento de redacciones ambiguas para realizar actos contrarios (o manifiestamente exorbitantes) a la voluntad del paciente; asunción de pagos irregulares; disposición no autorizada de órganos, tejidos y cadáveres humanos; participación no autorizada en actos de investigación clínica; o las ya señaladas redacciones presuntamente liberatorias de responsabilidad.
No es ocioso señalar que, a veces, los criterios legalistas y de medicina defensiva están incidiendo en la redacción de los instrumentos de consentimiento bajo información y esta actitud, lejos de beneficiar a quienes así actúan, habrá de originar en juicio evidencias plenas de mala fe de su parte.
Debe hacerse notar que el sistema jurídico mexicano ha establecido meridiana diferencia entre: contratación de servicios; carta de autorización de ingreso; autorización quirúrgica; autorización de procedimientos de riesgo; autorización de investigación; autorizaciones para trasplante; cartas para la disposición de sangre; autorización de necropsias hospitalarias; disposición de cadáveres; contratos de finiquito, etc. Se trata de documentos autónomos. (Consultar los reglamentos de la Ley General de Salud en materia de: prestación de servicios de atención médica, disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, y también las normas oficiales: para la transfusión sanguínea, para la atención de obesidad y la referente a los servicios de anestesiología.)
La experiencia procesal mexicana demuestra que a veces no se trata propiamente de haberse redactado documentación leonina, sino más bien que, por mal entendida *economía y burocratismo,* se han emitido formatos *múltiples* que lejos de facilitar la expresión del consentimiento terminan por confundir a los signatarios.

[281] De manera colateral, podría señalarse que al ser demostrada en juicio la falta de consentimiento bajo información, se podrá tener por cierta, además, la nulidad en la contratación de servicios médicos. Ciertamente, el consentimiento bajo información no es un contrato; sin embargo, a veces de manera colateral sirve en el ámbito del derecho probatorio para la demostración de actos jurídicos diversos.

[282] Se hace notar que según las reglas aceptadas en México, no basta aducir que faltó el consentimiento o que en su expresión hubo vicios del consentimiento; es necesario demostrar su nulidad y los daños y perjuicios ocasionados.

[283] De manera indebida, algunos sectores, siguiendo extrañas tentativas del derecho norteamericano, pretenden que la información sea *completa*. Esta suerte de exceso generaría la exorbitante obligación hacia el equipo sanitario de notificar en cada caso un texto de medicina; se trata de una reducción al absurdo y una muestra más de la tristemente célebre medicina defensiva. Merced a lo anterior, este criterio no ha sido asumido por los tribunales mexicanos ni por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

[284] Ver capítulo de la presente obra.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Si el ánimus (intención, propósito) del personal de salud al ofrecer sus servicios fue ilícito o no ético.
- Si existió información suficiente al paciente o su representante legal.
- Si se obtuvo el consentimiento bajo información.
- Si el paciente fue sometido a riesgos y daños innecesarios (ensañamiento terapéutico).
- Si se observa conducta abusiva en agravio del paciente.
- Y junto con lo anterior, establecer cuáles fueron las consecuencias en la salud del paciente (doctrina de *res ipsa loquitur).*

A título de orientación general se señalan los principales elementos para establecer la mala práctica en un caso concreto:

- Sometimiento del paciente a riesgo innecesario. Para dicho propósito no es el riesgo potencial el idóneo para tener por cierta la mala práctica; ha menester que el paciente *haya estado en o sufrido el riesgo*. Es decir, no se trata del riesgo teórico previsto en la literatura médica, es necesario que el riesgo se haya actualizado en el caso concreto.
- Agravamiento o muerte del paciente por atención con falta de calidad.
- Presencia de lesiones injustificadas.
- Obtención de remuneraciones fraudulentamente obtenidas.
- Realización de prácticas o suministro de insumos notoriamente inapropiados.
- Sustitución o simulación medicamentosa.
- Presencia de actos de violencia física o moral.
- Incumplimiento de obligaciones de medios, seguridad y, en su caso, de resultados.
- Realización de actos médicos sin la previa sanción de comisiones y comités (de investigación, de ética o de bioseguridad o del comité interno de trasplantes).
- Transgresión a normas prohibidas (p. ej., práctica de abortos delictivos o eutanasia).

Habida cuenta de que el artículo 2 110 del Código Civil Federal señala que los daños y perjuicios deben ser *consecuencia directa y necesaria de la falta de cum-*

---

[285] La jerarquía de principios bioéticos informa de las siguientes prioridades, en su orden:
- Preservar la vida.
- No hacer daño.
- Aliviar el sufrimiento.
- Decir la verdad y respetar la autonomía del paciente.
- Tratar con justicia a los pacientes.

plimiento de la obligación, es imprescindible evaluar la virtual **relación causal entre culpa y daño.** Para ello es imprescindible responder, según se ha reiterado a lo largo del presente capítulo, las siguientes preguntas:

- Atendiendo a la historia natural de la enfermedad, ¿el padecimiento ocasionaba daños?
- ¿El evento adverso era de esperarse en ausencia de negligencia o impericia?
- ¿El evento adverso fue originado por iatrogenia o iatropatogenia?[286]

Por otra parte, y a efecto de ponderar debidamente en el caso concreto la teoría de *res ipsa loquitur,*[287] es necesario señalar que:

- El acto médico irregular no puede ser identificado con un accidente.
- Debe ser producto de cualquier grado de culpa (impericia, temeridad, negligencia o dolo).
- No son sancionables los actos de protección de la salud.
- Es menester señalar que el efecto adverso (en su caso, el daño) no debe ser atribuible a la idiosincrasia del paciente.
- El efecto adverso tampoco debe ser consecuencia de riesgo inherente reportado en la literatura generalmente aceptada (siempre que el personal hubiere actuado sin mediar culpa de su parte).

Evaluación probatoria[288]

Este rubro debe ser abordado en consonancia con el rubro anterior. En efecto, nada puede tenerse por cierto si no existen elementos demostrativos, especialmente cuando se trata de establecer quién tiene la razón en el juicio.

Al respecto es imprescindible referirse, en primer término, al asunto de las cargas procesales. Así las cosas, es de explorado derecho que *la carga de demostrar la mal praxis incumbe al paciente;* así, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

---

[286] Al respecto es imprescindible distinguir entre ambos conceptos técnicos: la iatrogenia se refiere a las lesiones y estados patológicos que produce el médico, en el uso de su libertad prescriptiva, para la resolución de problemas de salud de un paciente y que son resultado de buena práctica (del griego *iatros,* médico, *–geno* e *ico)* adj. Med. Dícese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico. Por su parte, la iatropatogenia se refiere a los estados patológicos producidos por el médico a consecuencia de mala práctica.

[287] Las cosas y los hechos hablan por sí mismos.

[288] Se hace notar que en el proceso arbitral médico priva la regla procesal civil que informa: *Ni la prueba en general ni los medios de pruebas establecidos por la ley son renunciables.* Artículo 283 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Artículo 281. Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

En consonancia con lo anterior, el artículo 63 del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje médico señala:

> "*...Las partes podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes y necesarias para acreditar sus afirmaciones."*

Es decir, en el proceso arbitral médico priva el principio acuñado desde la época de los *Glosadores y Posglosadores* que informa:

> *El que afirma tiene la carga de la prueba.*

Como excepción al principio anterior, el artículo 282 del propio Código señala:

> "*El que niega sólo será obligado a probar:*
>
> **I.** Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;
> **II.** Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
> **III.** Cuando se desconozca la capacidad;
> **IV.** Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción."

Por su importancia, a continuación se transcriben los preceptos que en el Reglamento de procedimientos de CONAMED se refieren al régimen probatorio:

Artículo 74. En virtud del carácter especializado de la CONAMED, *sólo serán admisibles en el proceso arbitral las siguientes probanzas*:

a. La instrumental.
b. La pericial.
c. El reconocimiento médico del paciente.
d. Las fotografías, quedando comprendidas bajo esta denominación las cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas, incluidos los estudios imagenológicos.
e. La presuncional.

Artículo 75. Sólo se admitirán las pruebas ofrecidas dentro del término pactado, las acordadas por la CONAMED para mejor proveer y las supervenientes, debiendo acreditar quien argumente la existencia de estas últimas la supervenienciа de las pruebas y su naturaleza.

En ningún caso la CONAMED fungirá como perito, aun en el supuesto de que se lo proponga como tercero en discordia.[289]

Artículo 76. La CONAMED determinará a título de pruebas para mejor proveer las que considere pertinentes, teniendo libertad de solicitar a las partes la información que estime necesaria e interrogar tanto a las partes como a los peritos que, en su caso, sean ofrecidos.

La CONAMED *tomará en cuenta, como pruebas, todas las actuaciones y los documentos aportados oportunamente aunque no se ofrezcan,* a excepción de los rechazados expresamente.

Artículo 77. Las partes *sólo podrán ofrecer la confesional espontánea de la contraria cuando se refiera exclusivamente a las manifestaciones contenidas en autos; en ningún caso será admisible la prueba de posiciones*.

Artículo 78. Cuando las partes no puedan obtener directamente documentos que hayan ofrecido como pruebas, podrán pedir a la CONAMED *que los solicite a las personas u organismos que los tengan en su poder,* quedando a cargo de las partes gestionar el envío de los mismos a la CONAMED para que obren en el expediente el día de la audiencia de pruebas y alegatos. En la inteligencia que de no haber sido presentadas dichas probanzas el día de la audiencia se tendrán por no ofrecidas.

Artículo 79. Al ofrecer la prueba pericial, las partes deberán exhibir los interrogatorios que, en su caso, deban responder los peritos y precisar los puntos respecto de los cuales versará el peritaje.

Dada la naturaleza especializada de la CONAMED, en caso de que los dictámenes rendidos por los peritos de las partes sean total o parcialmente contradictorios, *las partes estarán a las apreciaciones de la CONAMED al momento del pronunciamiento arbitral en definitiva, siendo improcedente la petición de designar un tercero en discordia o proponer a la CONAMED como perito en el juicio arbitral*.

Sin perjuicio de que el tratamiento es, sin duda, el más importante rubro de estudio, en el análisis y especialmente al evaluar las probanzas, debe considerarse, de manera general, la historia del negocio arbitral de que se trate y en consecuencia:

- La asesoría externa.
- Fijación y evaluación de la litis (excepciones y defensas).
- Las formalidades del procedimiento pactado.
- Las alegaciones de las partes.
- El ofrecimiento y desahogo de pruebas.
- Diligencias para mejor proveer.
- Congruencia entre lo debatido en autos y la resolución.
- Atenerse al método de evaluación pactado (estricto derecho o evaluación en conciencia).

[289] La Comisión es árbitro en razón de ser el centro nacional de referencia.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- El resultado de las audiencias y el cumplimiento en término de las vistas ordenadas.
- Obligaciones y acuerdos de las partes.
- Historia natural de la enfermedad.
- En el caso de ser demostrada culpa (negligencia, impericia o dolo), ponderar si existió relación causal entre ésta y los daños alegados.
- En general, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la atención médica.

Merced a lo anterior, la evaluación probatoria debe ponderar, expresamente, los siguientes puntos:

a. Manifestaciones de las partes:
- Reconocimiento expreso del paciente.
- Reconocimiento expreso del prestador.
- Informes médicos de personal tercero extraño al juicio.
- Si la parte demandada simplemente negó hechos o se invirtió la carga probatoria.
- Elementos técnicos del actor y el demandado.

b. Pruebas desahogadas:
- Currículum del personal.
- Expediente clínico (NOM168).
- Recetas y comunicaciones.
- Cartas de consentimiento.
- Notas de referencia y contrarreferencia.
- Estudios y reportes.
- Acreditación de pagos.
- Certificado de defunción.
- Necropsia.
- Histopatológico *post mortem*.
- Toxicológico.
- Criminalística.
- Quirografaria y grafoscópica.
- Peritajes varios.
- Las demás que recaigan en el negocio arbitral.

Fijación de responsabilidad civil

Deber jurídico de cubrir daños y perjuicios.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico enfrenta en su actividad arbitral la necesidad de resolver la problematicidad que esta materia plantea, y merced

a ello resulta imprescindible señalar reglas sistemáticas para resolver este polémico rubro, el cual nunca dejará de estar sujeto a las discusiones (sean éstas subjetivas o no).[290]

Así las cosas, cuando en el negocio arbitral la parte actora, es decir, el paciente, demuestra la existencia de daños en la atención médica a consecuencia de negligencia, impericia o dolo, es procedente fijar una indemnización.

La palabra "indemnización" proviene de indemne —en la definición del Diccionario de la Lengua Española— y significa "exento o libre de daño"; por lo tanto, la palabra indemnización significa "acción y efecto de indemnizar", luego entonces se trata, tal y como afirma Graciela Guilis,[291] de un ejemplo cabal del malentendido que determinados términos pueden producir.

Así las cosas es necesario señalar, siguiendo a la tratadista mencionada*: No existe acto de justicia capaz de restituir a alguien a su estado anterior al daño sufrido, a un estado "libre de daño", una vez que ha atravesado una situación traumática.*

Ciertamente, cuando la afectación se reduce al aspecto económico, la labor del juzgador se reduce a justipreciar el impacto en dinero de la afectación y a fijar la obligación de pago de una cantidad equivalente, y de esta suerte se puede entender solucionado el aspecto patrimonial.

El problema no es tan sencillo cuando se trata de la afectación orgánica. El problema no es nuevo y data esencialmente de la concepción patrimonialista y reduccionista del siglo XIX, que reducía la indemnización estrictamente a lo económico; tan es así que el sentido clásico de la indemnización se enuncia del modo siguiente:

> La indemnización por daños y perjuicios consiste en la prerrogativa que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.

Según podrá observarse, los autores del Código de Napoleón partieron de la hipótesis de indemnizar por el llamado *lucro cesante,* es decir, la cantidad económica perdida y lo que *dejó de ganar* la víctima de un hecho ilícito.

Así las cosas:

a. Por daño entiende el Código Civil Federal (art. 2 108) la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

---

[290] En efecto, es de sobra sabido que en juicio una de las partes no habrá de probar sus afirmaciones y ésta ha sido la historia del derecho procesal desde la antigüedad.

[291] El concepto de reparación simbólica en el contexto jurídico del sistema interamericano (artículo solicitado por el Instituto Interamericano de DDHH). www.estadosgerais.org/encontro/IV/ES/trabalhos/Graciela_Guilis.pdf.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

b. Por perjuicio (art. 2 109) la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Tal era el texto original del Código Civil Federal que nos rige (según podrá observarse, se reducía la cuestión a la simple reparación monetarista de la cuestión).

Ciertamente, aun tratándose de los conceptos clásicos de daños y perjuicios, en algunos rubros resulta opinable la mera referencia economicista; empero, con todo lo opinable que podría resultar en algunas hipótesis, el parámetro en dinero es más o menos objetivo, quedando a cargo de las partes en el juicio demostrar los extremos previstos en el artículo 2 110 del propio Código, que a la letra señala:

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.[292]

Valga señalar que este principio es universalmente aceptado en materia de daños y es valedero tanto para daños y perjuicios como por lo que hace a daño físico, y respecto del polémico daño moral.

Es imprescindible señalar, cuando se trate de simple incumplimiento contractual y no exista afectación a la salud, que la indemnización podrá fijarse hasta en el monto del contrato.

Cuando se trate de afectación a la salud, al referirse en el Código a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, se contienen diversas reglas generales que son las prevalentes en la materia. Entre ellas, son de especial importancia las siguientes:

Artículo 1 910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1 915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, *cuando ello sea posible,* o en el pago de daños y perjuicios.

Conforme a las reglas anteriores, es necesario resaltar el reconocimiento pleno del legislador de un hecho de especial importancia en la materia que *no siempre es posible el restablecimiento de la situación anterior;* por lo tanto, en esta hipótesis, la llamada indemnización es, en puridad, *una compensación en dinero*.

Durante mucho tiempo el Código no reglamentaba el llamado daño físico y menos aún el daño moral. No fue sino muchos años después cuando el legislador se refirió al llamado daño físico. Así, los párrafos segundo y tercero del artículo 1 915 ordenan:

---

[292] Esta regla de seguridad jurídica, opinable o no, es la que priva tanto para el litigio civil en general como para el arbitraje médico.

Cuando el daño se cause a las personas y *produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal,* el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda *se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo*. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2 647 de este Código.

Durante mucho tiempo se discutió cuál podría ser el monto de una compensación económica (se insiste: no indemnización) por la muerte o por una lesión física; tras largos debates el legislador terminó por establecer un baremo, tomando como parámetro el cuádruplo de la tabla contendida en la Ley Federal del Trabajo, en materia de siniestros laborales.

Ciertamente, el drama de la muerte y la incapacidad nunca habrá de entenderse *reparado* mediante el baremo indemnizatorio previsto en la legislación civil; empero, el mérito que se observa en esta legislación es haber proscrito la subjetividad en la materia.

Luego entonces, criticable o no,[293] el legislador estableció parámetros generales y en tal virtud ese criterio tiene la gran ventaja de ser objetivo en cuanto a la tasa legal aplicable; luego entonces se trata del baremo nacional en la materia[294] y eso evita acres discusiones en los tribunales y por supuesto impide la subjetividad judicial que ciertamente siempre sería opinable.[295]

Diego C. Sánchez, Carlos G. Gregorio y Carlos A. Schiavo han dicho respecto del baremo que:

> *Es un mecanismo de homogeneización de las decisiones judiciales cuyo objetivo principal es tasar la prueba de los daños para eliminar, o reducir, las diferencias en los montos compensatorios o indemnizatorios de daños similares*.[296]

Matilde Zavala de González, por su parte, agrega: "...en la balanza de la justicia, la responsabilidad resarcitoria coloca un bien (la reparación, dineraria o en especie) al lado de un mal (el perjuicio injusto). Se procura así una conversión axiológica, que en el daño patrimonial es por equivalente, y en el daño moral por satisfacción o compensación (siempre imperfecta, por la asimetría entre un perjuicio

293 Algunos sectores de la doctrina no terminan por aceptar estos parámetros; empero, pese a estas opiniones, se trata del criterio legal. Además, si se comparan las reglas de la indemnización civil con la indemnización laboral, resulta que los montos para el caso civil son superiores. Tal es el escenario nacional.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

espiritual y la moneda con que se indemniza) (...). El equilibrio propugna el justo medio aristotélico: la indemnización justa no es sólo la "suficiente" para la víctima (ponderando la medida del daño sufrido), sino la que es "posible"."

No sin ciertas deficiencias fue reformado el Código, a efecto de introducir las reglas respecto de la indemnización del daño moral. Así, el artículo 1 916 señala:

> Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral

---

294 Conforme al Diccionario de la Real academia, la voz baremo tiene las siguientes acepciones: 1. (De B. F. Barrême, matemático francés.) m. Cuaderno o tabla de cuentas ajustadas. 2. Lista o repertorio de tarifas. 3. Conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar los méritos personales, la solvencia de empresas, etc.
François–Bertrand Barrême (1640–1703) fue, según se señaló en el párrafo anterior, un matemático francés, experto del Tribunal de Cuentas; escribió varios tratados de contabilidad y a uno de ellos se le dio la apelación de "*Barrême"* (1670) y luego *"barême",* y se estimó de tal importancia que a partir de entonces, en derecho, el término *baremo* significa "cuaderno o tabla de cuentas ajustadas, tarifas o lista de normas para evaluación". Ajustar quiere decir "acomodar una cosa a otra, de modo que no haya discrepancia entre ellas"; en cualquier caso, el baremo ha de reducir al mínimo esa posibilidad de desacuerdo; su redacción ha de situarse a esa altura. En consecuencia, el baremo debe ser amplio, claro, preciso, concreto, de manera que su proyección pueda cumplir el fin previsto.
No se puede desconocer que los conceptos han ser lo suficientemente flexibles para que se puedan poner en armonía con unos principios (coherencia, racionalidad, la justicia, el bien común, etc.) en atención a las personas y sus situaciones.
Un baremo, en derecho sanitario y por lo que hace al régimen jurídico de la atención médica, es una guía, un sistema de valoración de lesiones psicofísicas. Todos los baremos han sido criticados, entre ellos el mexicano y el español, que a juicio de un sector es *un elenco tasado de conceptos indemnizatorios;* empero, no existe otro medio de evitar la subjetividad.
Sin duda este problema terminará o, al menos, se reducirá al mínimo, cuando, gracias a un sistema de revisión integral de los intereses y derechos en juego, se adicionen en los baremos otras hipótesis hasta ahora olvidadas y, asimismo, cuando se inserte en los mismos la realidad socioeconómica y el nivel de vida fácilmente perceptible del país. Y esto no supone la entronización de un sistema inflacionario; por el contrario, simplemente la fijación de bases de mayor objetividad.

295 Ya sea por exceso o por insuficiencia.

296 "Valoración de Daños Personales y su Relación con el Seguro".

tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1 913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1 927 y 1 928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Según el texto legal vigente, el llamado daño moral es una suerte de cajón de sastre en el cual se podría alegar toda clase de afectación. Nótese que el legislador aludió expresamente a los siguientes bienes:

a. Sentimientos.
b. Afectos.
c. Creencias.
d. Decoro.
e. Honor.
f. Reputación.
g. Vida privada.
h. Configuración y aspecto físicos.
i. La consideración que de sí misma tienen los demás.

Sobre el particular será el prudente arbitrio de la Comisión el que haya de definir el particular, en términos de lo demostrado en juicio.[297]

A ese tenor, atendiendo a las corrientes contemporáneas que explican *la proyección sentimental,* la indemnización por daño moral se referirá al llamado *pretium doloris,* y esto sólo puede ser objeto de tutela cuando se trate del fuero interno de la propia conciencia de la persona, que la ha interiorizado a través de un proceso de construcción progresivo y autónomo, y que sea resultado de una decisión libre y digna de respeto en la medida en que haya un consentimiento mutuo.

Entonces, desde ese plano, *la tutela del pretium doloris* no comprende:

a. La protección de actos puramente egocéntricos.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

b. La reivindicación de la mera subjetividad individual y del individualismo, que están muy lejos de la meta de la autonomía reconocida en el plano del orden público.

En la especie, el orden público y las reglas de ética generalmente aceptadas, inspiradas en las recientes explicaciones de salud mental, exigen asimismo evitar posiciones meramente subjetivas en aras de una autenticidad mal entendida a consecuencia de la cual no se ha desarrollado en el ser humano la capacidad de tolerancia a la frustración, en el sentido de renuncia, redefinición o postergación de los propios intereses y necesidades, en la medida en que no son posibles de generalizar, y chocan o entran en contradicción con las necesidades o intereses de otros.

De otra suerte, el *pretium doloris* también habría de tutelar meras frustraciones cuando se mira a los otros más bien como una barrera para la satisfacción personal, perdiendo de vista el significado esencial de persona, tanto en su propia dignidad como en la de otros.

Entonces el *pretium doloris* solamente se puede tener por justificado en el plano de la filosofía general, y por ende en la jurisprudencia técnica y en el derecho procesal *in genere* en la medida en que exista un estado de indefensión ante los valores generalmente reconocidos, que siguiendo la clasificación de Max Scheller podrían enunciarse *grosso modo* al tenor de la siguiente tabla (que es entre las existentes la de mayor objetividad):

Jerarquía de valores (Max Scheller)

1. **Valores sensibles:**
   - Por sí mismos: agradable y desagradable.
   - Por referencia: útil e inútil.

---

297 Especialmente es de interés señalar que al fijar el monto indemnizatorio no es valedero, por ningún concepto, que sea procedente compensar con ello a los abogados de las partes. En efecto, algunos han pretendido que bajo los contratos de cuota litis (ampliamente denunciados en el terreno del foro) los abogados terminen siendo socios de las partes y bajo este supuesto. En efecto, la indemnización es para el afectado y no para sus procuradores. Por otra parte, la condena en daño moral siempre debe ser un rubro de especial cuidado y reducirse al parámetro contenido en el artículo 2 110 del Código, el cual por su importancia se transcribe de nueva cuenta: Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Es importante señalar que en la Comisión no es necesario concurrir patrocinado al proceso arbitral y si alguna parte lo hiciere, es recomendable optar por fijar un monto fijo de honorarios en términos de los aranceles legalmente establecidos, y no optar por los contratos de cuota litis que terminan por no favorecer a ninguna de las partes.

2. **Valores vitales:**
   - Noble–vulgar.
   - Sano–enfermo.
   - Enérgico–inerte.
   - Fuerte– débil.
3. **Valores espirituales:**
   - Estéticos: bello–feo.
   - Eticos: justo–injusto.
   - No éticos: conocimiento–error.
4. **Valores religiosos:**
   - Santo–profano.

En consonancia con lo expuesto, es necesario hacer un intento de bosquejo sistemático respecto del *einfulung* "herido"[298] ante un ilícito en la atención médica, el cual a juicio de los autores debe quedar planteado en las siguientes hipótesis:

a. La afectación personal de la víctima ante un dolor injustificado.
b. La sensación de indefensión y angustia al ser sometido a un riesgo injustificado.
c. El duelo ante una lesión iatropatogénica.
d. El duelo ante la muerte de un familiar a causa de mal praxis.
e. La afectación a la imagen personal ante la publicación de resultados en materia de salud mental o ante la emisión pública y negligente de un falso positivo que exponga al afectado al descrédito público.
f. La afectación a la presencia estética ante una lesión iatropatogénica.
g. La necesidad de adquirir algunos insumos especiales, como prótesis, órtesis, ayudas funcionales, bolsas de colostomía, medicamentos, etc.
h. La necesidad de hospitalización permanente ante un estado neurológico irreversible.
i. La afectación de derechos de libertad por transgresión del principio de autonomía y de las reglas prevalentes en materia de consentimiento bajo información.
j. La afectación de derechos de culto religioso o de creencia ante imposiciones médicas autoritarias y iatropatogénicas.

Bajo el esquema anteriormente esbozado, el daño resarcible, sea patrimonial, físico o moral, no puede ser meramente eventual o hipotético, sino que debe reunir los requisitos de realidad y certeza. (Esto es igualmente aplicable a los perjuicios.)

[298] Es decir, ante la proyección sentimental o *pretium doloris,* que son los bienes tutelados.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Lo anterior significa que corre a cargo de quien aduzca la causación de un daño moral probar:

a. La culpa.
b. La existencia del daño y sus alcances.
c. La relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Dicho en otros términos: ni la tasación puede quedar sujeta al simple arbitrio de las partes y menos aún dar pábulo a ninguna suerte de argucia en el foro.

Ciertamente, no pueden fijarse montos *a priori,* pues en la especie es indispensable estarse a lo reclamado y probado en juicio, es decir, al añejo principio dispositivo que refiere la necesidad de resolver *secundum allegata et probata*.

Redacción del laudo

Con los elementos anteriores, y una vez establecidos los criterios necesarios, es posible dictar la resolución, que en términos del formato aprobado contiene los siguientes rubros:

- **Resultandos.** En los mismos se glosa una historia del proceso, se identifica la versión del actor, la defensa del demandado, el objeto del negocio arbitral, las pruebas desahogadas, el resultado de las diversas diligencias.
- **Considerandos.** Este capítulo contiene las siguientes partes:
  - **I.** La glosa de los *preceptos que facultan a la institución* para resolver el negocio propuesto por las partes.
  - **II.** Se precisa cuál es la *controversia* motivo del estudio arbitral, en términos del compromiso arbitral.
  - **III. Resumen clínico.** Se formula con arreglo a los elementos demostrados por las partes.
  - **IV. Análisis del caso.** El mismo consta de dos partes: en la primera se precisan las reglas de derecho y la *lex artis ad hoc* aplicables al caso; en la segunda se realiza el estudio respectivo conforme a lo planteado por las partes y se identifican los elementos de buena y mal praxis, y en su caso se fijan los criterios con los cuales haya de establecerse la absolución o condena civil. (En este apartado se identifica asimismo la bibliohemerografía generalmente aceptada.)
  - **V. Valoración de pruebas.** En consonancia con lo anterior, se precisa el valor de todas y cada una de las probanzas desahogadas en el juicio.
  - **VI. Valoración de las prestaciones reclamadas, así como de las excepciones y defensas opuestas.** Al tenor de las alegaciones de las partes se establecen los motivos de absolución y condena; así, también se es-

tudian las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que haya de hacerse el pago y se razona el porqué de la cantidad líquida por pagar (indemnización).

- **Resolutivos.** En esta última parte se absuelve o se condena según el caso y se determina el modo de pago, con arreglo a lo señalado en el resto del laudo.[299]

Sanción de pleno

Según se ha observado, el laudo no corre a cargo de un solo especialista; merced a lo anterior, se realizan las sesiones de pleno necesarias hasta llegar al consenso institucional.

Hecho lo anterior se suscribe el laudo y se notifica a las partes.

Y ya para terminar, permítase hacer las siguientes reflexiones: se ha insistido, a lo largo de la historia de la humanidad, en que uno de los bienes mayores a los que puede aspirar el hombre en tanto persona es a un legítimo deseo de justicia y ésta es una tarea siempre inacabada, siempre perfectible; empero, no es dable en el plano de la subjetividad (esto sin desconocer la legítima vivencia interior de la justicia y concediendo que la intuición, en tanto sana crítica, puede aportar juicios valederos, siempre que no sea simplemente emotividad; en efecto, el hombre no puede abjurar de su humanidad).[300]

Ciertamente, nunca ha sido fácil establecer un fallo; es por ello que cuanto más objetivos sean los parámetros, menor será siempre el índice de falla.

---

[299] Cuando las partes lo solicitan, la Comisión, antes de la suscripción del compromiso arbitral y, por ende, de la tramitación de la etapa decisoria del proceso arbitral, puede emitir propuestas de arreglo. Este producto adicional del proceso arbitral permite a las partes encontrar una vía negociada de solución previa un estudio técnico del caso (estableciendo sus debilidades y fortalezas), el cual se ajusta a los parámetros a los que se ha venido refiriendo a lo largo de este capítulo. La Comisión se pronuncia, ***sin absolver o condenar,*** una vez valorada la documentación y alegaciones aportadas y de acuerdo con la lex *artis ad hoc,* para ofrecer una posible solución a las partes y no simplemente cerrar o concluir los asuntos con derechos a salvo para hacerlos valer en otras instancias. Este pronunciamiento es de gran utilidad en virtud de que ilustra técnicamente a las partes respecto del acto médico y el estado que guarda hasta ese momento la queja, o bien ilustra a cualquier otra instancia a la que se pudiera recurrir. Esta propuesta es relevante al señalar el grado de cumplimiento o incumplimiento y al opinar y ponderar las pretensiones, sobre todo cuando éstas rebasan la lógica o las normas reglamentarias. La evaluación del acto será conforme a la información contenida en el expediente arbitral hasta ese momento, y podrá evaluarse además la que adicionalmente acuerden las partes. La emisión de las propuestas de arreglo no limita a las partes a optar por un contrato de transacción (en ella, además de las sugerencias de CONAMED, pueden acordar las que estimen pertinentes) o bien a proseguir con el trámite arbitral hasta sentencia arbitral, es decir, laudo.

[300] De hecho, la causa de la justicia es el mejor motivo para controlar las pasiones.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Es por ello que la ley debe actualizarse en la voluntad de las partes en el contrato, en el trato diario, en el acto jurídico; trátase de un continuo y merced a esto es que la vivencia del derecho tiene sentido y es cuando verdaderamente sirve al hombre; mucho se ha insistido en que nada vale la letra muerta de la ley.

Y el mundo, no exento de interpretaciones, de voliciones, de búsquedas y encuentros, de ensayos y errores, está inmerso (y esto es innegable) en el ámbito de las interpretaciones y del conflicto; ahí surge precisamente el mundo de la verdad legal que ha de concretarse en la sentencia; es decir, en un juicio crítico y no por ello deplorable, en el estudio razonado y, por lo tanto, no prejuicioso; en el estudio constructivo y, por lo tanto, ajeno a la mera visión depauperada del hombre y de la historia.

Así las cosas, es imprescindible insistir en que la búsqueda del *logos de lo razonable*[301] *siempre tendrá en el proceso una de las muestras de la civilización, una oportunidad de crecimiento, a condición de que sea visto como lo que es, la igual oportunidad de escuchar argumentos; el arte de confrontar respetuosamente puntos de vista, que no a los seres humanos*.

Es por ello que el proceso arbitral médico ha privilegiado el estudio objetivo y no la arena de las pasiones; la solución negociada y no el legalismo; la búsqueda de la verdad y no la esgrima procesal. Todo en el ámbito de la equidad para las partes.

Todo es perfectible y queda un largo trecho por recorrer, pero siguiendo a Kant puede decirse que el verdadero fin del hombre es *someter todo acto del entendimiento a principios sabidos con toda claridad* y acompañar todo juicio con la conciencia perfecta de su posibilidad y necesidad.

Y así, en ese sometimiento de todo al entendimiento es que debe ser comprendido precisamente el acto médico, que asimismo es un acto de derecho, y su comprensión ha de llevarse a todo ámbito de la cultura y por ello no es ajeno a la vía procesal. En esa hipótesis no deben permitirse visiones deformadoras de la realidad; por el contrario, la medicina entendida como ciencia y arte no es sólo una suerte de actitud tecnificada; en su más amplia convicción es una suerte de búsqueda y esa búsqueda encuentra en la justicia una de sus mejores expresiones.

Es por ello que el proceso arbitral médico encuentra su ser y sentido precisamente *en privilegiar el entendimiento y no el conflicto*.

---

[301] Según calificó el inolvidable Luis Recaséns al sentido del derecho.

12

El acto odontológico y su complejidad

Jorge Triana Estrada

La odontología es ciencia y es arte. Tradicionalmente así se la ha concebido y como tal se proyecta a la comunidad que tanto espera de ella. Como ciencia, obliga a investigar para ofrecer lo mejor a la salud del cuerpo; como arte, compromete a que se sea creativo en grado sumo, para atender la salud del espíritu manteniendo y mejorando las sonrisas, de cuya armonía y estética dependen tanto las relaciones humanas.[302]

La odontología es una disciplina relativamente joven que nació como parte de la medicina y de la cual no se ha podido separar de forma adulta para conseguir un lugar especial dentro de ésta como ciencia autónoma. Tal vez siguen incidiendo sus orígenes como una actividad tecnicoartística que en sus inicios era practicada de forma elemental, principalmente por barberos y algunos médicos.

La odontología ha estado más relacionada con aspectos técnicos del ejercicio de la profesión que con aquéllos cientificoéticos fundados en la vocación de quienes la practican, siendo esto probablemente lo que hasta la fecha le ha impedido consolidar una imagen que le otorgue ante la sociedad el estatus que le corresponde.

Por otro lado, es el mismo profesional de la salud bucal quien desconoce su ámbito eticolegal de responsabilidad, así como la manera en que se encuentra tan íntimamente inmerso en éste, de tal forma que su compromiso no solamente es

302 Casale Capogni A: *Construcción bioética en odontología con base en valores humanos.* Facultad de Odontología, Universidad Nacional de Colombia, Bioeticista Universidad del Bosque.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

con la sociedad en la que se desenvuelve, sino que en primera instancia es con él mismo como ser humano; como tal, debe apegar su conducta no solamente a su inteligencia y a su voluntad, sino a los valores fundamentales inculcados en el seno familiar y fomentados durante su formación escolar y profesional.

No se ha considerado ante la sociedad tan relevante la enseñanza de este tipo de valores dentro de una disciplina que ha sido identificada más bien con aspectos mercantiles y artesanales que morales, o como parte fundamental en la formación de los recursos humanos que la eligen como medio de subsistencia económica, dejando de lado el hecho de la responsabilidad que implica el trabajar directamente sobre "naturaleza viva".

La falta de tratamiento específico del tema referente a las *obligaciones–culpa–responsabilidad* del odontólogo se debe a que históricamente se han ignorado las implicaciones que representa el trabajar directamente sobre el paciente y la aplicación (también directa) sobre él de los instrumentos y la tecnología necesarios para el desarrollo de cualquier tratamiento estomatológico pese a que es un principio constitucional el cuidado de la salud. Éste es uno de los temas prioritarios de la sociedad y así también se inscribe en el marco más amplio de la protección a la persona, por ser uno de sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, el análisis del acto odontológico requiere un tratamiento especial, toda vez que involucra la aplicación tanto de conocimientos científicos como de una amplia experiencia en el manejo técnico; obviamente, respondiendo en ambos casos a las exigencias éticas y legales que regulan el ejercicio de la profesión.

Mención aparte merece el paciente odontológico, cuyas circunstancias de modo, tiempo y lugar inherentes al acto estomatológico (cualquiera que este sea), al no ver cubiertas las expectativas inicialmente planteadas por el odontólogo tratante (y generadas por el mismo paciente al depositar en él toda su confianza), se traducen en un sentimiento de frustración, decepción y consecuentemente de enojo, con un deterioro paulatino y creciente de la relación odontólogo–paciente.

De las consideraciones anteriores se deriva una enorme complejidad en muchos de los casos sujetos a análisis.

Debe entenderse que la mayoría de los procedimientos o tratamientos odontológicos se efectúan, por lo general, en varias sesiones, a excepción de las acciones curativas y de emergencia que son susceptibles de ser resueltas en una sesión. Esto implica para los pacientes tener una mayor cercanía con el profesional de la salud bucal, lo que conlleva a una relación más estrecha, e incluso el papel del odontólogo se amplía cuando muchas veces llega a convertirse en confidente de sus pacientes.

Si se agrega a lo anterior que el área de trabajo de los odontólogos es una de las más restringidas e íntimas del cuerpo humano, en donde la confianza depositada para efectuar una rehabilitación por medio de cualquier procedimiento odontológico es total y absoluta, podrá comprenderse de mejor manera que los

sentimientos negativos por parte del paciente afloren con mayor intensidad que en algunos otros casos de atención médica.

PERCEPCIÓN DEL ACTO ODONTOLÓGICO

Si bien en la casi totalidad de las quejas odontológicas recibidas en la CONAMED no se involucran actos que hayan derivado en el fallecimiento de algún paciente o que se hayan producido lesiones —contrario a lo que todavía algún sector de los profesionales de la salud estima (sobre todo la mayoría de los pacientes, quizá por desconocimiento del acto odontológico) como procedimientos de poca importancia o no relevantes para la salud—, será importante entonces reconocer que no sólo los procedimientos quirúrgico o curativos podrían ser significativos para la medicina.

Vale citar el precedente jurídico del Código Sanitario de 1973, en el cual se estableció que la atención estética está, asimismo, encaminada a proteger la salud y por lo tanto es un área importante de la atención médica general.

Importante contribución a esta problemática aporta el mismo profesional de la salud bucal, quien mediante su actuación clínica y de relación interpersonal puede fomentar la percepción errónea de la finalidad del acto odontológico.

En el análisis de las quejas de odontología recibidas en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se identifican problemas cuyo origen se encuentra en la falta de comunicación o en problemas de comunicación en la relación del profesional de la salud bucal y el paciente, como los que se señalan a continuación:[303]

- Maltrato al paciente.
- No se proporciona al paciente y sus familiares explicaciones sobre su tratamiento en términos accesibles.
- No se enfatizan el alcance y las limitaciones del tratamiento.
- No se informa el costo y riesgo/beneficio de la atención (probabilidades de fracaso del tratamiento).
- Inexactitudes e imprecisiones por parte del prestador del servicio.
- Delegación de obligaciones por parte del profesional de la salud bucal.
- Modificación unilateral de convenios en cuanto a modo, tiempo y costo de la atención brindada.

En segundo lugar, la permisión de falsas expectativas del profesional de la salud bucal hacia sus pacientes, reseñadas de la siguiente forma:

[303] Recomendaciones para mejorar la práctica odontológica. *Revista CONAMED* 2003; 8(1):35.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Uso y manejo equivocados de materiales y procedimientos no indicados, así como tratamientos simulados, pretensiones clínicamente inalcanzables y técnicas clínicas inexpertas.

En tercer lugar, el incumplimiento de obligaciones:

- **De medios:** ausencia de expediente clínico, omisión de historia clínica y consentimiento válidamente informado que se remiten en anulación del sustento legal de las declaraciones clínicas del paciente, carencia de auxiliares diagnósticos (estudios radiográficos, estudios de gabinete, referencia de interconsulta, inadecuado manejo farmacológico), así como la subsecuente deficiencia de un pronóstico y plan de tratamiento.
- **De seguridad:** exponer al paciente a riesgos innecesarios, no salvaguardando la integridad física, clínica y psicológica del usuario.
- **De resultados:** insatisfacción del paciente ante los ofrecimientos contraídos prometidos *a priori,* tratamientos exageradamente prolongados y costosos.

En cuarto lugar, el desconocimiento del profesional de la salud bucal de la Ley General de Salud y las Normas Oficiales Mexicanas, particularmente la NOM–013–SSA2–1994 para la prevención y control de enfermedades bucales, que regulan la normatividad del ejercicio de la profesión odontológica, así como la relación con sus pacientes.

En quinto lugar, el anteponer las técnicas rehabilitatorias mutilantes a las técnicas preventivas conservadoras de calidad.

En sexto lugar, matización de una ética profesional deficiente, expresada en la prevalencia de intereses personales del profesional de la salud bucal ante los del paciente; ausencia de actualización profesional; ejercicio indebido del menester odontológico (ejercicio de la profesión sin las acreditaciones respectivas), y práctica de una medicina bucal defensiva.[303]

Por lo tanto, el acto odontológico se encuentra "devaluado" o no se aprecia en su justa dimensión. Consecuentemente, ante esa falta de reconocimiento y sin negar la mal praxis a veces observada, muchos de los pacientes minimizan las acciones realizadas, así como la evolución y consecuencias de los padecimientos, abandonando el o los tratamientos, ya sea por haber resuelto su "problema" motivo de la consulta —que por lo general es dolor—, por perder la confianza en el cirujano dentista, por evadir el pago (en ocasiones elevado e injustificado de los servicios odontológicos), por "hartazgo" al prolongarse excesivamente el tratamiento y por los resultados insatisfactorios al no cumplirse o al modificarse lo convenido inicialmente —aquí se hablaría tanto de lo clínico como de lo contratado—, situaciones que definitivamente deterioran la relación clínica. Estos rubros influyen en la conducta de los pacientes antes mencionada.

ANÁLISIS DEL ACTO ODONTOLÓGICO

Para iniciar el análisis de los casos odontológicos debe ponderarse que los compromisos en la atención estomatológica para con los pacientes se traducen principalmente, y en la mayoría de los casos, en dos aspectos:

- Funcional.
- Estético.

El aspecto funcional se refiere a todo lo relacionado con la rehabilitación de la fisiología del aparato estomatognático.

En cuanto a lo estético, el compromiso es entregar resultados satisfactorios de acuerdo con lo convenido con el paciente.

En ambos supuestos es cuando el paciente califica el trabajo del cirujano dentista por los resultados nulos o medianamente obtenidos.

Sobre el particular es necesario señalar que el punto inicial de partida estriba en tener por ciertas cuáles fueron las obligaciones de las partes, pues sólo de esta suerte el examen de casos será objetivo.

Así, también es necesario tener por cierto que las obligaciones no sean contrarias a la ley, al orden público o a la ética estomatológica.

Obligaciones

El cirujano dentista está obligado a cumplir con obligaciones de medios, de seguridad y de resultados.

Por lo tanto, se detecta que en muchas ocasiones no se cumple con las obligaciones de medios ni de resultados; las de seguridad no se mencionan, dado que para el análisis práctico de los casos odontológicos es imposible valorar en qué condiciones se efectuó la atención del paciente, y lo conocido en relación al cumplimiento de esa obligación se limita exclusivamente a lo reportado por el odontólogo tratante o por el informe del paciente.

Es importante precisar que las obligaciones de medios incluyen que se disponga de:

- Insumos correctos.
- Técnicas y procedimientos aceptados.
- Exploración completa.
- Estudios de apoyo (radiográficos y de laboratorio).
- **Información completa:** expediente clínico, que incluya historia clínica y en su caso carta de consentimiento válidamente informado, integrado de acuerdo con la normativa vigente.[304]

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Si bien no existe mucha literatura al respecto, para algunos autores la exigencia en el cumplimiento de la obligación de resultados sólo se aplica al tratarse de casos de prótesis; sin embargo, es necesario precisar, y así vale remitirse al conocido precepto: "al no ser una ciencia exacta la medicina, no es posible exigirle resultados". No obstante, aquí es donde se presenta la polémica, al combinar no tan sólo la exigencia de resultados en cuanto a la reintegración de salud del paciente se refiere, sino también a una exigencia en el aspecto técnico, al tratarse de rehabilitaciones protésicas, en donde se compromete un resultado funcional, estético o ambos.

Del planteamiento anterior podría establecerse que la exigencia de un resultado equivaldría a las posibilidades de éxito de un tratamiento o procedimiento odontológico, considerando las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada, y en apego a la libertad prescriptiva del facultativo.

Por otra parte, es habitual que en la actividad que despliega el odontólogo se entrecrucen obligaciones de uno y otro tipo.

En consecuencia, dicha clasificación resulta insuficiente para captar la amplia gama de situaciones que se pueden presentar en la realidad odontológica.

Es evidente que el odontólogo cumple con una actividad versátil: tomará placas radiográficas, aplicará anestesia, realizará extracciones, colocará prótesis dentales, entre otras.

Resulta imposible, por ende, encasillar todas estas prácticas en un mismo módulo. Cada práctica presenta sus peculiaridades, expuestas cada una de ellas a complicaciones diferentes, puesto que todo acto odontológico se encuentra sujeto, en mayor o menor medida, a factores aleatorios que hacen que la evolución de un paciente no siempre pueda seguir un curso previsible.

Ahora bien, la cuestión no ofrece dudas cuando el odontólogo obtura o extrae órganos dentales, o cuando diagnostica o trata un proceso patológico bucal. Estos supuestos quedarían encuadrados como una obligación de medios (aceptados, asimismo, en la doctrina extranjera), pues el diagnóstico y el tratamiento de un proceso patológico bucal implican la curación del paciente y en consecuencia no podría verse obligado a un resultado determinado.

En cambio, la situación se complica en lo referente a la colocación y adaptación de prótesis dentales, pues la ejecución de un servicio conlleva la entrega de un bien. Una corriente importante estima que es una obligación de resultados, puesto que se trataría de una actividad más mecánica que científica.

Desde la óptica jurídica y en términos de la legislación en vigor, sí existen casos, excepcionales por cierto, en los cuales podrá exigirse un resultado, "no así en procedimientos de naturaleza curativa".

---

304 Secretaría de Salud. Norma Oficial Mexicana 013–SSA2–1994, para la Prevención y Control de Enfermedades Bucales.

Es importante mencionar que en la atención odontológica es común llevar a cabo tratamientos por complacencia; es decir, el cirujano dentista delega al paciente la responsabilidad del éxito de un tratamiento determinado. En este supuesto, el comportamiento es explicable, mas no justificable, cuando el facultativo en algunos casos, por temor a ver afectada su imagen profesional, accede a las exigencias; en otros es avasallado por la insistencia y temperamento del paciente, quien al no ver cubiertas sus expectativas se inconformará, lo que invariablemente conducirá a un deterioro de la relación clínica.

Con la finalidad de evaluar la obligación de resultados se deberá considerar lo siguiente:

- La existencia de un contrato (que también deberá precisarse ante la exigencia de un resultado estético).
- El resultado se referirá a las prótesis motivo de la contratación.
- El resultado será evaluado en función de la calidad, materiales y cumplimiento oportuno.

Respecto a los aspectos funcionales, éstos serán considerados como obligaciones de medios, no de resultados, a menos que el facultativo "hubiere asumido, expresamente, el caso fortuito o la fuerza mayor". Atendiendo a las consideraciones anteriores, para efectos de exigencia de resultados se considerará:

- La entrega del trabajo convenido (en tiempo y forma).
- La calidad en general.
- Los materiales y características pactados.
- Las condiciones de uso.
- La falta de idoneidad por cuanto hace a la aprobación de la salud del paciente.

A mayor abundamiento y con la finalidad de efectuar una valoración integral de los casos, se podrían incluir los siguiente criterios:

- ¿Se integraron adecuadamente los diagnósticos?
- ¿Existió oportunidad en el diagnóstico y tratamiento?
- ¿Se identificaron y descartaron los diagnósticos diferenciales pertinentes?
- ¿Ameritaba referencia a otra especialidad?
- Y si así se requería, ¿fue oportuna y adecuada?
- ¿La comunicación odontólogo–paciente fue adecuada?
- ¿Estuvo bien integrado el expediente clínico?
- ¿Se identifica alguna desviación ética?
- ¿Se cumplieron las obligaciones de medios, seguridad y resultados?
- ¿Hay relación causal entre la intervención del cirujano dentista y los resultados obtenidos?

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- ¿Se identifica algún elemento de mala práctica en la actuación del cirujano dentista o del personal de salud?
- ¿Existe alguna circunstancia agravante o atenuante?

Si el caso ameritaba terapia farmacológica, se tomará en cuenta lo siguiente:

- ¿Se prescribió el medicamento con un diagnóstico previo?
- ¿Se requería terapia farmacológica?
- ¿Se consideraron las reacciones adversas o secundarias del medicamento?
- ¿El paciente cumplió con las indicaciones en cuanto a dosis y frecuencia en la toma del medicamento?

En caso de informes de laboratorio o de análisis clínicos, la valoración se efectuará considerando si:

- ¿Se requerían?
- ¿Fueron interpretados adecuadamente y con oportunidad?

El no satisfacer las consideraciones antes mencionadas invariablemente conducirá a la mala práctica o a la mala calidad en la atención.

Para una mejor comprensión del acto odontológico se debe complementar el análisis desde la perspectiva de un modelo de calidad en la atención odontológica, de lo que se podría concluir lo siguiente:

a. Si la actuación del odontólogo se ajusta a la *lex artis* y se logra la conformidad del paciente, se estará hablando de calidad en la atención.
b. Cuando la práctica odontológica no se ajusta a la *lex artis* pero el paciente se siente conforme, lo que ocurre cuando se ejerce la odontología defensiva o bien la odontología de ornato (definida como aquella que tiene gran contenido de mercadotecnia, pero sin ajustarse a lo estandarizado o universalmente aceptado en la atención dental), se considera como mala práctica, un ejercicio poco ético, aunque no haya demanda porque el paciente está conforme.
c. En otras ocasiones, el cirujano dentista se ajusta a la *lex artis,* pero su paciente no queda satisfecho; esta situación frecuentemente ocurre cuando existe poca comunicación e información. Se crea entonces una relación odontólogo–paciente acotada, sin la suficiente confianza entre ambos protagonistas del acto odontológico, en donde está ausente una plena identificación y compromiso.
d. Finalmente, la práctica de la odontología no se ajusta a la *lex artis* y tampoco logra la satisfacción del paciente; es lo que se denomina mala práctica y regularmente conlleva a una demanda.

LA PRESENCIA DE CONAMED

En los últimos años, a partir del análisis de las inconformidades recibidas en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se aprecian problemas en la calidad de los servicios de la atención odontológica, lo que ha generado pérdida de la confianza de la población. También se ha observado la aplicación de manera inadecuada e indiscriminada de procedimientos que promueven expectativas falsas o inalcanzables, y sobre todo, el incumplimiento y desconocimiento parcial o total del marco normativo regula el ejercicio de la profesión.

Lo anterior también ha provocado la aparición de seguros de responsabilidad profesional y la aplicación de la medicina defensiva, y en muchos casos se ha detectado la existencia de mala práctica.

Desafortunadamente, mientras que los avances tecnológicos y los cambios en las perspectivas sociales en los últimos 20 años han incrementado los retos éticos inherentes a la práctica de la odontología, las respuestas tanto de las instituciones educativas como de las diferentes asociaciones y colegios que agrupan a los profesionales de la salud bucal han sido insuficientes. Ante esta perspectiva surge la imperiosa necesidad de que el gremio odontológico conozca cuáles son las funciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, así como de que sea informado de cuáles son las principales causas de inconformidades y las irregularidades encontradas en la atención odontológica que se brinda a la población, ya sea a nivel privado o público, estimando que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene el compromiso de incidir en la mejoría de la calidad de los servicios de salud que se brinda a la población.

Esto sirve para recordar que el acto odontológico, al igual que el acto médico, se rige por principios éticos, científicos y legales; y en las conclusiones arriba mencionadas se denota claramente que cada una de ellas tiene una gran dosis de contenido ético, independientemente del incumplimiento de los aspectos científicos y legales.

En otro orden de ideas, este panorama obliga a diseñar estrategias para mejorar la calidad de la práctica odontológica, que involucren de manera directa a los profesionistas y no únicamente a los participantes en la formación de nuevos recursos humanos. Por lo tanto, los odontólogos deben reflexionar sobre la práctica contemporánea de la estomatología en México y efectuar varios planteamientos, que van desde el retomar los valores éticos inculcados durante su formación profesional, a través de reuniones colegiadas y de discusión, hasta la aportación de experiencias propias.

A continuación y de manera ilustrativa se presenta un cuadro que refleja el tipo de práctica del ejercicio de la estomatología, atendiendo a las quejas presentadas en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y evaluadas en la etapa conciliatoria y arbitral en el periodo comprendido entre 2001 y 2006.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Práctica de odontología (%) (etapa conciliatoria)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Buena	36.8	39.2	35.1	42.2	34.3	17
Mala	23.7	29.1	19.7	30.2	20	41
Sin elementos	39.5	31.7	45.3	27.6	45.7	42

Nota: es importante precisar que el rubro correspondiente a "sin elementos" corresponde a aquellos casos que no tienen la información necesaria para que se pueda efectuar un análisis integral. En la casi totalidad existe ausencia de expediente clínico o falta de integración del mismo de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente (NOM–013–SSA2–1994 para la prevención y control de enfermedades bucales). Las cifras de 2006 son hasta el 30 de septiembre.
4 Dirección de Estomatología de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2001–2006.

Dirección General de Arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2001–2006. Casos concluidos en arbitraje

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Conciliado	3	5	4	11	7	3
No conciliado	0	1	8	11	4	1
Laudo	6	4	8	3	0	0
Propuesta de arreglo	0	5	0	2	1	0
Improcedencia	0	0	1	0	0	0
Total	9	15	21	27	12	3

Práctica odontológica (%) (etapa arbitral)

Buena	15
Mala	23

13

El peritaje médico institucional

Octavio Casa Madrid Mata, Eugenio Alejandro Torres Pombo,
Jesús Alberto Guerrero Rojas

La pericia es el género en el mundo de las ciencias periciales
y especie en el campus jurídico.
Carlos Machado Schiaffino

PRUEBA

La palabra "prueba" proviene del latín *probo,* bueno, honesto, y *probandum,* recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe. En sentido estricto, la prueba es *la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles* cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. La prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

También se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas mediante las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así, se habla de prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

Para hacer una pequeña semblanza de la prueba *in genere* es necesario distinguir los siguientes rubros:

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

1. El objeto de la prueba *(thema, probandum),* que son los hechos sobre los cuales versa la prueba.
2. La carga de la prueba *(onus probandi),* es decir, la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes proponga y proporcione los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones de hecho.
3. El procedimiento probatorio, es decir, la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial.
4. Los medios de prueba, que son los instrumentos, objetos o cosas y las conductas humanas mediante las cuales se trata de lograr dicho cercioramiento.
5. Los sistemas consignados en la legislación para que los juzgadores aprecien o determinen el valor de las pruebas practicadas (sistemas de valoración de la prueba:[305] libre, tasado, mixto y de la sana crítica).

Antes de entrar al estudio de los apartados enunciados se hará un especial apunte sobre los medios de prueba como tales, siendo necesario puntualizar sobre dicho concepto; como señala el ilustre criminalista y médico forense mexicano Alfonso Quiroz Cuarón, *existe confusión de términos.*

Así, se tiene que los medios de prueba *son los instrumentos que sirven para obtener los elementos necesarios que puedan llevar a la conclusión de que un determinado hecho está o no probado*.

Merced a lo anterior, cuando la regulación procesal cita la confesional, la testimonial, los documentos públicos, los dictámenes periciales, la declaración de testigos, etc., identifica "medios de prueba" con "pruebas". En efecto, la confesión es el resultado de la declaración del inculpado, en su caso; es decir, el medio de prueba es la declaración del inculpado y la confesión es "la prueba".

Empero, si el absolvente *declara pero no confiesa,*[306] no se tendrá probado el hecho que se investiga, y tratándose de prueba pericial, la prueba y el medio de prueba lo será el dictamen, y el sujeto u órgano de la prueba, el perito que lo elabora.

En consecuencia, lo que sirve para probar es el dictamen del perito y, por ende, *este dictamen se traduce en prueba pericial*.

Hechas tales precisiones, insoslayables a juicio de los autores, se procede a examinar los rubros enunciados con antelación.

1. **Objeto de la prueba.** Sólo los ordenamientos del derecho procesal civil y del mercantil delimitan el objeto de la prueba con cierta precisión. El artículo 284 del CPC dispone:

---

[305] Atendiendo al criterio de los maestros Niceto Alcalá–Zamora y Castillo y Fernando Flores García, habría un sistema adicional, el ordálico; es decir, las ordalías o juicios de Dios, que hace siglos dejó de aplicarse en México.

[306] Y por supuesto, no tiene por qué hacerlo, especialmente en virtud de ser garantía constitucional el que nadie pueda ser compelido a declarar en su contra.

"Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres o se apoye en leyes o jurisprudencia extranjera."

Este precepto recoge el principio *jura novit curia* y sólo exige la prueba del derecho cuando se trata de:

a. Derecho consuetudinario.[307]

b. Derecho extranjero.

2. **Carga de la prueba.** En general, los ordenamientos procesales civiles y el mercantil recogen las dos reglas tradicionales de la carga de la prueba,[308] según las *cuales el actor y el demandado tienen la carga de probar los hechos en que funden su pretensión o su excepción*, respectivamente (artículos 281 y 282 del CPC, 81 y 82 del CFPC, 1 194 a 1 196 del CCo).

   El CFPC prescribe, además, la siguiente regla: quien afirme que otro contrajo una "liga jurídica *sólo debe probar el hecho o acto que la originó, y no que la obligación subsiste"* (artículo 84).

3. **Procedimiento probatorio.** En términos generales, el procedimiento probatorio se compone de los siguientes actos:

   a. Ofrecimiento o proposición.

   b. Admisión o rechazo.

   c. Preparación.

   d. Ejecución, práctica o desahogo.

   La valoración de las pruebas se lleva a cabo en la sentencia,[309] de la cual forma parte. En forma separada, concentrada o aun diluida a lo largo del proceso, estos actos se manifiestan en todas las normas procesales.

4. **Medios de prueba.** Tres son los sistemas que utilizan los ordenamientos procesales mexicanos para determinar cuáles son los medios de prueba admisibles en los respectivos procesos y su valoración:

   a. En primer lugar, el tasado, que consiste en precisar en forma limitativa los medios de prueba que la ley reconoce, como lo hacen el CFPC (artículo 93) y el CCo (artículo 1 205).

   b. En segundo término, el libre, que se limita a señalar que es admisible *cualquier medio de prueba*, *sin enunciarlos* (no se precisa regla alguna de valoración).

   c. En tercer lugar, el mixto, en el cual se enumeran en forma enunciativa algunos de los medios de prueba admisibles, y ya sea que se deje abierta

[307] Es por ello que la *lex artis ad hoc* y la deontología médica, siendo fuentes de derecho consuetudinario, requieren prueba en los tribunales y asimismo en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

[308] En términos de la doctrina de los *glosadores y posglosadores*, que ha sido reconocida en el derecho procesal mexicano.

[309] En el caso del arbitraje, en el laudo.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

> la posibilidad para que el juzgador admita cualquier otro medio de prueba diferente de los enunciados, como lo hacen la LFT (artículo 776), el CPP (artículo 135) y el CFPP (artículos 279 y ss).

O bien, excluyen expresamente alguno de ellos, como la confesión de las autoridades, tal como lo hacen el CFF (artículo 230), la LOTCADF (artículo 64) y la LA (artículo 150), y el mismo Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que enuncia los medios probatorios admitidos, tasa la confesional espontánea y no fija reglas generales de valoración. Al efecto, es de interés citar textualmente algunos de los preceptos del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico:

Artículo 73. El procedimiento arbitral en estricto derecho y en conciencia se sujetará a las siguientes reglas generales:

1. Serán admisibles todas las pruebas susceptibles de producir la convicción de la CONAMED, especialmente la pericial y los elementos aportados por las ciencias biomédicas.
2. Quedan prohibidos los interrogatorios entre las partes con fines confesionales; asimismo, las pruebas que fueren contrarias a la moral y al derecho.
3. En la ponderación del caso se evaluará la procedencia de las apreciaciones de las partes conforme a las disposiciones en vigor, y en los casos en que tales disposiciones lo autoricen, la correcta aplicación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica a través de la literatura generalmente aceptada, así como las disposiciones y recomendaciones médicas de las instancias especializadas.
4. La CONAMED determinará a título de pruebas para mejor proveer, el desahogo de los peritajes que estime pertinentes.
5. Cuando se requiera el examen del paciente, la CONAMED determinará las medidas necesarias para preservar el respeto al paciente. En este supuesto el paciente deberá, según su estado de salud lo permita, cooperar para su examen. La oposición injustificada al reconocimiento médico de la CONAMED o de los peritos designados por las partes hará tener por ciertas las manifestaciones de la contraria. La CONAMED, en cada caso, acordará los objetivos del reconocimiento médico.
6. Las pruebas aportadas, especialmente las periciales y la documentación médica en que conste la atención brindada, serán valoradas en su conjunto conforme a las reglas de la lógica y la experiencia si se tratare de arbitraje en estricto derecho y en equidad si se tratare de arbitraje en conciencia.
7. Se realizará, cuando sea necesaria la resolución de una cuestión jurídica previa, una audiencia que se denominará preliminar; el resto de las cuestiones debatidas se resolverán en el laudo.

Artículo 74. En virtud del carácter especializado de la CONAMED, sólo serán admisibles en el proceso arbitral las siguientes probanzas:

a. La instrumental.
b. La pericial.
c. El reconocimiento médico del paciente.
d. Las fotografías, quedando comprendidas bajo esta denominación las cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas, incluidos los estudios imagenológicos.
e. La presuncional.

Artículo 77. Las partes sólo podrán ofrecer la confesional espontánea de la contraria cuando se refiera exclusivamente a las manifestaciones contenidas en autos; en ningún caso será admisible la prueba de posiciones.

Un caso de sumo interés es el del CPC, en el cual se han derogado la mayoría de las reglas sobre valoración probatoria; esto es, tiende a ser libre bajo el principio de que *es admisible cualquier medio de prueba*; sin embargo, pese a ello se sitúa en este sistema en razón de contener diversas reglas de su versión original que lo hacían inscribirse en el sistema mixto.[310]

En los ordenamientos procesales mexicanos los sistemas de apreciación probatoria han sido acogidos bajo las siguientes hipótesis:

a. La mayor parte de los ordenamientos procesales mexicanos se han inclinado por el sistema mixto de valoración que combina la prueba tasada con la libre apreciación, aunque regularmente con un cierto predominio de la primera.
b. Acogen el sistema mixto el CFPC (artículos 197 a 218), el CCo (artículos 1287 a 1306), el CPP (artículos 246 a 261), el CFPP (artículos 279 a 290), el CJM (artículos 603 a 615) y el CPP; según se ha dicho y pese a la reciente liberalización, el CPC.

[310] Con todo, tanto los ordenamientos que formulan la enumeración en forma limitativa como los que lo hacen en forma meramente enunciativa coinciden, generalmente, en señalar los siguientes medios de prueba: a) confesión; b) documentos (públicos y privados); c) dictámenes periciales; d) inspección judicial; e) declaraciones de testigos (testimonios); f) fotografías, copias fotostáticas, notas taquigráficas y en general "todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia", y g) "presunciones". Cabe señalar que el medio de prueba señalado en el inciso f) no se encuentra previsto por el CCo ni por el CPP. Por otro lado, los ordenamientos procesales penales regulan, en forma específica, algunas modalidades importantes de los medios de prueba, como el careo, el reconocimiento de objetos y la confrontación de personas en relación con la prueba testimonial; y la reconstrucción de los hechos relacionada con esta última prueba, la inspección judicial y los dictámenes periciales.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

c. Entre estos ordenamientos hay diferencias; por ejemplo, el CPP tasa el valor probatorio de casi todos los medios de prueba, en tanto que el CFPP deja a la libre apreciación del juzgador buena parte de ellos y en su artículo 285 les confiere el valor de meros indicios, incluso a la confesión (con ciertas excepciones).

d. En una posición de mayor tendencia a la libre apreciación, se encuentra el CPC merced a las últimas reformas.

e. Ha de recordarse que previamente (artículos 402 a 423) tasaba, en principio, algunos medios de prueba y dejaba a la libre apreciación del juzgador los demás; pero su artículo 424 permitía al juzgador, cuando se formase una convicción distinta de la que obtendría siguiendo las reglas de la prueba tasada, apartarse de éstas y basarse exclusivamente en su propia convicción, con el deber de motivar cuidadosamente su valoración personal.

f. Sin embargo, este sistema fue liberalizado por la reforma de 1985 al CPC, que acogió en mayor medida el sistema de libre apreciación. Esta solución de transición es seguida igualmente en el artículo 234 del CFF, cuya fracción II reproduce el contenido del anterior artículo 424 del CPC.

g. En México, el sistema de la libre apreciación se ha visto por demás limitado merced a la historia del derecho procesal mexicano, el cual encuentra su fuente en la Ley de enjuiciamiento civil española.

h. Al efecto es importante señalar, por otro lado, que el artículo 16 constitucional establece siempre el deber motivar la valoración de cada uno de los medios de prueba.

i. La excepción a esta regla se encuentra en el jurado popular; en efecto, el artículo 336 del CFPP señala expresamente:

"La Ley no toma en cuenta a los jurados los medios por los cuales formen su convicción; no les fija ninguna regla de la cual dependa la prueba plena y suficiente; sólo les manda interrogarse a sí mismos y examinar con la sinceridad de su conciencia la impresión que sobre ella produzcan las pruebas rendidas a favor o en contra del acusado."

PRUEBA PERICIAL

Recibe el nombre de prueba pericial el examen de personas, hechos u objetos, *realizado por un experto en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de ilustrar* al juez o magistrado que conozca de una causa civil criminal, administrativa, mercantil o de trabajo, sobre cuestiones que, por su naturaleza, requieran conocimientos especializados que sean del dominio cultural de tales expertos, cuya opinión resulte necesaria en la resolución de una controversia jurídica.

Según Pietro Ellero: *"Es un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándola como los anteojos auxilian al sentido de la vista."*

Los tribunales federales mexicanos han definido la prueba pericial mediante el criterio que se transcribe a continuación:

> **Prueba pericial. Su naturaleza jurídica y alcance.** La doctrina, en forma coincidente con la esencia de las disposiciones legales que regulan la prueba a cargo de peritos, ha sustentado que la peritación (que propiamente es el conjunto de actividades, experimentos, observaciones y técnicas desplegadas por los peritos para emitir su dictamen) es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial (o incluso ministerial), por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, clínicos, artísticos, prácticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos cuya percepción, entendimiento o alcance escapa a las aptitudes del común de la gente, por lo que se requiere esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas, de sus efectos o simplemente para su apreciación e interpretación. De esta manera, el perito es un auxiliar técnico de los tribunales en determinada materia, y como tal, su dictamen constituye una opinión ilustrativa sobre cuestiones técnicas emitidas bajo el leal saber y entender de personas diestras y versadas en materias que requieren conocimientos especializados, expresados en forma lógica y razonada, de tal manera que proporcionen al juzgador elementos suficientes para orientar su criterio en materias que éste desconoce. Ese carácter ilustrativo u orientador de los dictámenes periciales es lo que ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los diversos tribunales de la Federación a destacar que los peritajes no vinculan necesariamente al juzgador, el cual disfruta de la más amplia facultad para valorarlos, asignándoles la eficacia demostrativa que en realidad merezcan, ya que el titular del órgano jurisdiccional se constituye como perito de peritos, y está en aptitud de valorar en su justo alcance todas y cada una de las pruebas que obren en autos. Cuarto tribunal colegiado del quinto circuito. V.4o.4 K Amparo directo 374/2005. 29 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Iván Güereña González. Amparo en revisión 194/2005. 26 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretaria: Francisca Célida García Peralta. Amparo directo 318/2005. 26 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretaria: Carmen Alicia Bustos Carrillo. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Fede-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

ración y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, diciembre de 2005, pág. 2 745. Tesis aislada.

LA GESTIÓN PERICIAL INSTITUCIONAL

En el desahogo de los procedimientos arbitral, judicial o administrativo, más de una vez podrá el médico ser requerido para emitir su opinión en calidad de tal, para efectos probatorios, bien por designación oficial (directamente por el juzgador) o también a instancia de las partes.

Uno de los problemas esenciales por cuanto a la pericial se refiere es que no es fácil dar un juicio de valor, con auténtico rigor científico; ello presenta las dificultades propias del hacer clínico y, además, el reto de evaluar, en estos casos concretos, la conducta del equipo sanitario. Esto acrecienta las dificultades por motivos obvios.[311]

En un estado mórbido es posible encontrar signos clínicos (sinónimo de objetividad), mas también hay que ponderar los síntomas; ello supone un margen de entrada a la subjetividad del paciente. Esto, por sí solo, podrá ser motivo de recelo en más de una ocasión.

Por otra parte, es incuestionable que síntomas y signos, imbricados los unos en los otros, deben ser ponderados estableciendo las oportunas relaciones; por ende, deben ser apreciados, se insiste, con objetividad científica, prudencia y ecuanimidad. El rigor antes aludido es la única manera de penetrar en la realidad clínica del acto médico puesto a su consideración.

Es más, en no pocas ocasiones, los elementos objetivos para construir un juicio diagnóstico podrán ser más bien escasos o de difícil interpretación, o incluso estar ausentes.

Por lo anterior se ha ido ampliando la necesidad de obtener el concurso médico de manera general, pero en especial en materia de las controversias médico–paciente.

En los últimos tiempos la pericial ha sido necesaria, particularmente en las causas penales y, por supuesto, en las averiguaciones previas; y esto en razón de haberse hipertrofiado innecesariamente, a juicio de los autores, el desahogo de controversias por la vía penal, pues como la experiencia enseña, la mayoría de los casos deben ser tramitados por la vía civil y de manera preferente a través del proceso arbitral médico.

En efecto, resulta dramático, a juicio de los autores, que en la mayoría de averiguaciones previas no había elementos para atribuir presunta responsabilidad al

[311] Sin perjuicio de las argumentaciones tendenciosas de las partes, que por regla general están inspiradas en defender su posición en juicio; especialmente por ello ha sido acremente discutida la pericial de parte.

equipo sanitario y, sin embargo, se desahogaron largos procedimientos en los cuales ni médicos ni pacientes encontraron la mejor vía para zanjar sus diferencias. Lejos de esto, se dio pábulo a la litigiosidad y se profundizó en dramático escenario conflictivo.

Ante la necesidad de enfrentar la hipertrófica escalada de asuntos penalísticos, la Secretaría de Salud suscribió con la Procuraduría General de la República y la del Distrito Federal bases de colaboración, a fin de obtener la correcta interpretación del acto médico; en efecto, las diversas instancias de servicios periciales no habían desarrollado protocolos *ad hoc* para evaluar el acto médico.

La razón de no disponer los distintos servicios periciales de protocolos específicos tiene su origen en un problema de demanda en los servicios; en efecto, las instituciones han debido atender a la tendencia criminógena en México, que está orientada a la persecución de delitos de los llamados de *naturaleza muscular,* es decir, lesiones y homicidio, especialmente relacionados con hechos de violencia física y por supuesto, entre otros citables, el estudio de hechos de tránsito.

Por otro lado, es bien cierto que se ha reportado la comisión de ilícitos penales por parte del equipo sanitario; empero, se trata de casos estadísticamente raros.[312]

Atendiendo a las bases de mérito, se emitieron diversas opiniones especializadas, las cuales fueron desahogadas generalmente a título de periciales.

Esto fue posible con algunos problemas:

- Renuencia del personal a participar en asuntos periciales (en efecto, especialmente al inicio de estas actividades, el personal no entendía la importancia de esta participación especializada).
- Falta de entendimiento y concordancia entre los peritos oficiales y el personal clínico.[313]
- Falta de objetividad o de aportación de elementos necesarios para la justicia en ciertos peritajes.
- Falta de criterios generalizables y protocolos *ad hoc* para el estudio de casos.
- Concurso explosivo e innecesario de personal pericial (se han observado diligencias en las que han llegado a intervenir hasta 15 peritos).
- Disparidad de criterios.

[312] Aborto criminal, intrusismo o charlatanería. Sólo por excepción se reportan lesiones u homicidio a causa de mal praxis.

[313] Mucho se ha escrito respecto de las diferencias de visión entre ambos; en efecto, el personal medicoforense de carrera no necesariamente posee el entrenamiento clínico necesario, especialmente en asuntos de subespecialidad, y esto le impide en algunas hipótesis interpretar rubros específicos. Por su parte, el personal clínico no tiene el entrenamiento ni la visión requeridos en la peritación oficial. Esto ha hecho necesario buscar una visión integradora e interdisciplinaria de la peritación. **Y tal es, precisamente, uno de los motivos que dieron origen al peritaje institucional**.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Se propicia confusión en el juzgador.
- Mayor índice de litigiosidad en las audiencias periciales.

Las anteriores circunstancias dieron lugar, asimismo, a la participación pericial de la Academia Nacional de Medicina y la Academia Mexicana de Cirugía y del grueso de hospitales públicos; sin embargo, es necesario reconocer que si bien se ha dispuesto de personal clínico especializado, no se trata de especialistas en medicina forense y, por otro lado, se ha debido distraer de su quehacer al personal, especialmente en las diligencias ante las autoridades.

Por tal problematicidad, en el año de 1996 se instaura la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, teniendo el Ejecutivo Federal, entre otras motivaciones, la de coadyuvar con los órganos de procuración e impartición de justicia (en efecto, resulta un hecho notorio la excesiva carga de expedientes y, por ende, la dificultad de cumplir con el mandato constitucional de impartir justicia pronta y expedita).[314]

A dicho tenor., el Decreto correspondiente señala:

- Artículo 1o. *Se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.*
- Artículo 2o. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico tendrá por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

Ciertamente, el propósito esencial de la Comisión era abocarse a resolver las quejas a través del proceso arbitral médico, y con ello evitar la depauperada medicina defensiva y coadyuvar, se insiste, en reducir la carga de expedientes judiciales.

---

[314] La Comisión Nacional de Arbitraje Médico fue instaurada en el año de 1996 con el propósito de dirimir en forma amigable y de buena fe posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, y con el propósito de contribuir a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales y administrativos sin sustituirlos. Es de señalarse, especialmente, que la institución tiene entre otros objetivos evitar el efecto devastador de la medicina defensiva, que termina en innecesaria litigiosidad y, lejos de beneficiar una buena atención médica, termina por perjudicar a los pacientes, al equipo de salud y a los establecimientos médicos. Los considerandos para el establecimiento de CONAMED, a la luz de su decreto, fueron en síntesis:

• Disponer de un órgano administrativo con autonomía técnica para atender quejas sobre servicios médicos.
• Establecer una instancia para la solución de conflictos, sin perjuicio de la actuación jurisdiccional.
• Ayudar a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales.
• Obtener la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución de controversias.
• Mejorar la calidad y eficiencia de los servicios.

Sin embargo, se estimó asimismo que era de gran importancia extender la actividad institucional a la emisión de peritajes, con el objetivo de ampliar la atención sanitaria hacia la conflictiva en la relación jurídica médico–paciente, mediante un servicio de asesoría y apoyo a las autoridades judiciales y administrativas.

De tal suerte se dispondría de criterios eficaces para evaluar el acto médico, a fin de sistematizar los criterios clínicos *ad hoc* y conciliar la experiencia clínica con la medicina forense.

Merced a lo antes expuesto, en el artículo 4º del decreto se definen las atribuciones de CONAMED, que en su mayoría se refieren al proceso arbitral médico, pero de igual modo se refieren a la gestión pericial.

Con dicho propósito se atribuyó a la Comisión en la fracción IX del artículo 4º de su Decreto:

> Elaborar los dictámenes o peritajes médicos solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia.

En ejercicio de la atribución mencionada, a la fecha de redactar el presente se han emitido 4 460 dictámenes, a solicitud de las autoridades judiciales, ministeriales y administrativas.

Expuesto lo anterior, se procede a explicitar la gestión pericial de CONAMED y el porqué de haberse establecido **el peritaje institucional** en lugar de haberse optado por la simple designación de personal para el auxilio de las autoridades. Al respecto, es necesario señalar que la problemática en la pericia medicoforense, especialmente en lo referente al acto médico, no es privativa de México; así se tiene que el magistrado Armando Barreda García[315] (que se refiere en especial al medio español), al abordar algunos temas procesales respecto de la Medicina Forense, señala algunos asertos de gran importancia y que parece pertinente reproducir, a efecto de centrar la cuestión:

- "Los Tribunales, sobre la base tantas veces repetida de la libre apreciación de la pericia médico–legal, podrán valerse de todos los medios de prueba a su alcance, pues la medicina no se impondrá ante los Tribunales, sino por su rigor científico."
- "Lo que da realmente fuerza a sus conclusiones son las fundamentaciones o consideraciones médico–legales, verdaderos testimonios que ilustran al juzgador constituyendo una garantía para el justiciable y una prueba inestimable para la justicia."

Hablando de la intervención de organismos, el ameritado jurista reflexiona algunos rubros de interés que, si bien oriundos, según se ha dicho, del medio español,

[315] *Medicina legal. Temas procesales.* Madrid, Editorial Montecorvo, S. A., 1978: 67 y ss.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

son aplicables al medio nacional y demuestran la pertinencia de no sujetar en el futuro la pericia medicoforense exclusivamente a la intervención individual.[316] El tratadista mencionado refiere en síntesis:

- El mundo del Derecho ***ha de arbitrar fórmulas para hacer viable la obtención de informes o dictámenes a cargo de organismos,*** en razón de tratarse de instituciones oficialmente reconocidas (agregarían los autores: centros de referencia) y en algunas hipótesis, aun siendo privadas, orgullo para todos los países.[317]
- No hay ninguna circunstancia que haga o no preceptiva la intervención de organismos en la peritación; en efecto, a veces es necesario aclarar ciertos extremos y en tal hipótesis *"estaríamos en presencia de una pericia auténtica y habrá de aplicarse las normas generales del perito en discordia y el arbitrio autorizado por la Ley*".[318]
- Por otra parte, y en virtud de su carácter, es costumbre reiterada en los tribunales que estos informes se rindan por escrito y sin necesidad de ratificación. "Todo esto viene impuesto por la práctica judicial sin que exista precepto judicial ni reglamentario sobre tal extremo."[319]
- Otro punto de trascendental importancia se refiere a la infraestructura y recursos de los organismos, en contraposición al peritaje individual. El autor señalado refiere que la razón de existencia de un organismo *está precisamente en estar constituido por varias personas, tener más medios materiales a su alcance, organización bibliográfica, investigación permanente, comunicación constante con otros organismos similares y contraste de pareceres,* lo que no sucede con los peritajes individuales.[320]

Dicho lo anterior, no puede soslayarse que, en la actualidad, la dictaminación del acto médico no puede verse desde la sola perspectiva de una sola especialidad,

---

[316] El criterio español, especialmente el del autor mencionado, fue ponderado previamente a establecer el peritaje institucional de CONAMED.

[317] En esta hipótesis se encontrarían, entre otros citables, los institutos nacionales de salud, la Academia Nacional de Medicina y la Academia Mexicana de Cirugía que, además, por la vía de colaboración, según se apunta arriba, ya han sido reconocidos para el desahogo de pericia institucional médica.

[318] Según se ha referido, el punto central estriba en que las autoridades, según reconoce la legislación procesal en vigor, ***podrán valerse de cualquier elemento de convicción;*** luego entonces no hay elementos legales en contrario; antes bien resultará de mayor utilidad el concurso pericial de organismos especializados que, además, posean el carácter de centros de referencia nacional. Así, por citar un ejemplo, abundan los precedentes en que para dilucidar cuestiones especialmente complejas se ha recurrido a la Universidad Nacional Autónoma de México para ilustrar debidamente a los tribunales.

[319] Por el contrario, las disposiciones procesales mexicanas señalan expresamente que cuando se trate de peritación oficial, ésta no estará sujeta a protesta del cargo ni a ratificación.

pues el número de las pericias que se reclaman al médico forense es cada vez más abundante y de mayor complejidad.

Además del necesario dominio de los temas clásicos de la medicina forense con sus avances y actualizaciones, es imprescindible el entrenamiento en rubros como la valoración de daños en la persona: baremología, lesionología y victimología, y también en derecho sanitario, que es *la disciplina jurídica especial encargada de la regulación de las relaciones jurídicas entre los sistemas nacionales de salud y los usuarios de los mismos*. No basta el conocimiento, por más abundante que sea, del derecho penal, que además no es la disciplina encargada de la interpretación jurídica del acto médico.

Por otra parte, se ha incrementado la necesidad de perfeccionamiento y profundización en conocimientos de todas las áreas de la medicina, bioética, patología, fisiopatología, psiquiatría y toxicología forenses, conocimientos de las distintas especialidades médicas y quirúrgicas, además de conocimientos jurídicos.

Siguiendo al connotado maestro español Niceto Alcalá–Zamora,[321] puede señalarse que el dictamen pericial que regula la legislación procesal en vigor presenta varias deficiencias, tanto desde el punto de vista de su contenido como en la apreciación del juzgador; lo primero porque a pesar del desarrollo de la ciencia y de la técnica en estos días, *el perito no deja de ser humano y por lo mismo susceptible de que priven sus sentimientos sobre sus conocimientos; esto es, debe atender no sólo al interés de quien cubre sus honorarios, sino al objetivo que se persigue con la prueba, pues raro es el caso del perito que ajusta su análisis al criterio imparcial que debiera imperar en el examen de hechos positivos.*[322,323]

Lo segundo porque el juzgador, a sabiendas de que está impedido de alcanzar todos los ámbitos del saber científico y técnico, se inhibe de otorgar al dictamen pericial el valor probatorio, por ello no otorga eficacia jurídica a su contenido,

[320] El autor aborda diversos problemas y soluciones respecto a la intervención pericial de organismos que, en razón del espacio reservado a este capítulo, no se abordarán en detalle: baste decir que en la especie, el peritaje institucional, a todas luces procedente, conforme a derecho, no puede estar sujeto a los requisitos, plazos y formalidades de la pericia individual sin que esto reste validez y fuerza de convicción al trabajo pericial institucional.

[321] Por cuya vía llegó a México el procesalismo científico.

[322] Esto sucede especialmente en la pericia de parte, hecho ampliamente denunciado en los tribunales y motivo de las más enconadas polémicas en el foro.

[323] Sin duda, las malas experiencias forenses han llevado a clasificar a los malos peritos en los diversos grupos señalados por el maestro Quiroz Cuarón en su *Medicina forense;* no obstante, de ninguna suerte se podrían hacer generalizaciones; empero sí es importante buscar la necesaria objetividad en la pericia, especialmente en razón de que las partes buscan hacer triunfar su punto de vista en los tribunales y éste no es ni puede ser el sentido de la justicia. Por otro lado, es imprescindible reivindicar la dignidad científica de la medicina forense en términos de dictámenes irrefutables en todo concepto.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

dada la notable parcialidad de la opinión sujeta a estudio. Todo ello planteó la necesidad de disponer en México de una sistemática *ad hoc* para la elaboración de dictámenes periciales y un organismo especializado, centro nacional de referencia, que poseyera protocolos estrictos y debidamente sancionados, y así también los recursos necesarios para dar certeza a las partes en juicio; es por ello que fue necesario establecer el peritaje institucional de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Por las premisas anteriores:

- **a.** Se ha emitido un protocolo institucional especializado para evaluar el acto médico a la luz de los criterios generalmente aceptados tanto en México como en el extranjero.[324]
- **b.** Dicho protocolo se encuentra en revisión y actualización permanente.
- **c.** Los protocolos de la Comisión se centran en atender la evaluación del acto médico a fin de cumplimentar el objeto institucional; en esos términos, la gestión pericial de CONAMED no abarca todas las hipótesis de la medicina forense, sino específicamente las que se refieren al estudio del acto médico.[325]
- **d.** Cada uno de los casos entraña una revisión especial de la bibliohemerografía actualizada; es decir, en cada uno se presenta un estudio especial que explicita la *lex artis ad hoc* aplicable y no meras aproximaciones u opiniones personales.
- **e.** El caso es evaluado con parámetros objetivos provenientes de la *lex artis ad hoc* y la deontología médica; en cada uno se expresan las obligaciones de medios, de resultados y de seguridad correspondientes, y la evaluación del acto médico se explicita en tales parámetros.
- **f.** Dentro del encuadre técnico del asunto motivo de la gestión pericial se identifican invariablemente *todos los aspectos jurídicos relacionados con la materia en estudio;* dicho en otros términos, el dictamen supone asimismo un estudio jurídico exhaustivo.
- **g.** En el peritaje institucional de CONAMED concurre la opinión de diversos especialistas (médicos y abogados) para encontrar la verdad científica de los hechos, y por ello no priva la apreciación individual de los hechos (se contrata a los asesores externos que el asunto amerite, especialistas debidamente certificados).

---

[324] Ver el capítulo de la presente obra.

[325] Se hace notar que gracias a la buena aceptación en los tribunales de los dictámenes institucionales, durante los primeros años de la existencia institucional se recibieron incluso algunas solicitudes respecto de otros rubros de la pericia medicoforense: hechos de tránsito, traumatología medicoforense, etc. Sin embargo, fue necesario, en virtud de la carga de trabajo y la especialidad institucional, declinar la participación en otros rubros.

h. Los dictámenes son de consenso y no por simple mayoría de votos, y nunca quedan en manos de un solo profesional.
i. Se han implantado estudios doble y triple ciego *ad hoc* a la gestión pericial, a fin de contrastar las opiniones y enriquecer el dictamen con diversos puntos de vista.
j. Se trata de dictámenes gratuitos; tal carácter del dictamen institucional aleja las intenciones de manipulación de las partes sobre el resultado del dictamen.

La emisión de dictámenes institucionales está sujeta a los principios contenidos en el capítulo cuarto del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que se resumen a continuación:

- **Principio de legitimación del solicitante.** Con arreglo a la primera y segunda reglas del artículo 94 del citado ordenamiento, sólo se tendrá por legitimados para solicitar dictamen a los órganos internos de control encargados de la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad, los agentes del Ministerio Público que instruyan la averiguación previa, las autoridades sanitarias encargadas de regular la atención médica y los órganos judiciales que conozcan del proceso civil o penal.

  La razón de no aceptar solicitudes de las partes es que, por tratarse de la intervención de un centro nacional de referencia, no parecía recomendable reducir la intervención institucional a la pericia de parte, además de ser necesario privilegiar la tercería en discordia.[326,327]
- **Principio de especialidad del dictamen.** El objeto del informe será evaluar la prestación de servicios de atención médica (pues tal es el objeto de la institución) a fin de apreciar el correcto o incorrecto ejercicio médico, sin pronunciarse sobre la responsabilidad (esto último es atribución de las autoridades).[328]

[326] La regla 7ª del citado precepto señala: *La CONAMED sólo actuará como perito tercero en discordia*. Sin perjuicio de lo expuesto en la regla mencionada, en tanto institución auxiliar de la administración de justicia, cuando el requerimiento proviene de las autoridades judiciales se ha aceptado desahogar el peritaje a fin de colaborar con las autoridades, aun cuando se trate de peritaje ofrecido por las partes. En este tipo de intervención es necesario hacer notar que la Comisión no tiene comunicación alguna con el oferente de la prueba.

[327] Además de lo anterior, al inicio de los trabajos de CONAMED concurrieron diversos solicitantes de pronunciamientos institucionales, con el mero propósito de preconstituir pruebas, hecho éste ajeno a los propósitos institucionales y que, además, lejos de beneficiar la solución expedita de controversias, solo podría originar mayores contratiempos procesales.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Al respecto de lo anterior, es imprescindible aclarar que por deformación propia de las prácticas de rutina en los tribunales frecuentemente los peritos se pronuncian sobre responsabilidad, lo cual resulta indebido en razón de lo siguiente:

- La responsabilidad ha sido confundida, indebidamente, con obligación, culpa y responsabilidad propiamente dicha.[329]
- En puridad, la responsabilidad es la obligación de cubrir daños y perjuicios o de sufrir una pena por resolución judicial; luego entonces **no es atribución del perito resolver;** además, puede identificarse con meras imputaciones a las partes, hecho éste que tampoco es motivo de la intervención pericial. Merced a lo anterior, la gestión pericial se ajusta a los términos establecidos en la literatura generalmente aceptada, sin hacer pronunciamientos de naturaleza exorbitante y ajena al cometido pericial.
- En concordancia con lo expuesto, el artículo 102 del Reglamento señala: *Los dictámenes se emitirán al leal saber y entender de la CONAMED, en ejercicio de su autonomía técnica; tendrán el único propósito de ilustrar a la autoridad peticionaria y a las partes, en cuanto a su interpretación médica interdisciplinaria de los hechos y evidencias sometidos a estudios por la autoridad peticionaria.*

  Los dictámenes de la CONAMED no tendrán por objeto resolver la responsabilidad de ninguno de los involucrados, ni entrañan acto de autoridad o pronunciamiento que resuelva una instancia o ponga fin a un juicio, como tampoco entrañan imputación alguna; en tanto informe pericial e institucional, elaborado con la documentación que el peticionario hubiere puesto a disposición de la CONAMED, contendrá el criterio institucional, pues no se trata de la mera apreciación de perito persona física.
- **Principio de congruencia.** El mismo ha sido establecido en el artículo 95, que a la letra señala: *La CONAMED elaborará los dictámenes con base*

[328] Artículo 94, regla 3ª del Reglamento de procedimientos. En consonancia con lo anterior, señala la regla 4ª: *Se desecharán de plano las solicitudes de los peticionarios que no se refieran a evaluar actos de atención médica; cuando no acepten a la CONAMED en su carácter de perito institucional, o cuando no acepten ajustarse a los plazos y procedimientos de la CONAMED.*

[329] Y en apariencia el asunto estriba meramente en el empleo de términos equívocos; sin embargo, el asunto no es tan simple. Es necesario recordar que en derecho cada término representa no solamente semántica; mediante los vocablos técnicos se designan características de hechos y actos jurídicos, se denominan instituciones y se atribuyen consecuencias de derecho. De lo anterior se sigue que al hablar de responsabilidad se integran acusaciones o imputaciones, hecho éste que no corresponde al perito y puede ser interpretado como un desvío de su función. Es necesario insistir en que la función pericial es de mera ilustración o asesoría, no es el ejercicio de autoridad, tampoco es de procuración de las partes o de suplencia del órgano acusatorio.

en su protocolo y procedimiento institucional y serán emitidos, conforme a las disposiciones en vigor, a la interpretación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y la literatura universalmente aceptada, atendiendo a la información proporcionada por el peticionario.[330]

- **Principio de oficialidad.** Contenido en el artículo 98, *los dictámenes emitidos por la CONAMED deberán considerarse ratificados desde el momento de su emisión, sin necesidad de diligencia judicial.*
- **Principio de confidencialidad.** Previsto en el artículo 100, *en ningún caso la CONAMED recibirá a los involucrados, aunque lo soliciten, ni dará a ellos información alguna sobre sus dictámenes. Tampoco estará autorizada para recibir documentación de las partes, aunque éstas lo soliciten.* Lo anterior se sustenta en la necesidad de mantener la imparcialidad institucional, habida cuenta además de que son las instituciones peticionarias las encargadas de resolver el fondo del negocio sometido a su consideración.

  Por otra parte, esto evita falsas expectativas y trámites innecesarios, pues a menudo las partes han creído que por tratarse de un dictamen institucional es posible iniciar un litigio adicional ante CONAMED. Al respecto, es necesario señalar que el proceso arbitral médico es distinto de la gestión pericial, y dicho proceso sí entraña un verdadero juicio, a diferencia de la pericia institucional, cuyo propósito, según se ha apuntado, es ilustrar a la autoridad y las partes de manera oficial.
- **Principio de evaluación por pares.** Uno de los grandes reclamos en el ámbito del derecho sanitario era que el estudio de casos fuera realizado por especialistas *ad hoc;* para dicho propósito, y según se ha apuntado, una parte esencial del protocolo entraña la contratación de los especialistas necesarios. Al efecto, el artículo 96 señala: *La CONAMED buscará y contratará en su caso personal médico especializado, certificado debidamente, para asesoría externa en el estudio de casos. En ningún asunto estará autorizada la institución para identificar al asesor fuera de la CONAMED.*

La razón de no identificar al personal de asesoría tiene su razón de ser en los siguientes motivos:

- **Asegurar la imparcialidad y objetividad del dictamen.** Sobre el particular es bien conocida la práctica de un sector del gremio profesional en el sentido de intentar el llamado "litigio de oído", merced al cual se pretende

[330] Sin perjuicio de lo anterior, en los dictámenes institucionales, cuando el caso lo amerita, se sugieren a las autoridades las medidas que se estiman pertinentes, desde el ángulo pericial, para mejor proveer.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

convencer al perito de la justicia de sus planteamientos. En esos términos se proscribió, de plano, esa posibilidad.

- **Se trata de un peritaje colegiado.** Según se ha dicho, la gestión pericial se desahoga mediante estudios de consenso y se obtiene información de diversos especialistas; merced a lo anterior, cada asesor externo es un elemento más en la construcción del criterio institucional y por ello no es posible atribuir a una sola persona la dictaminación.
- **Principio de delegación.** A fin de facilitar el trámite, y en razón de tratarse de criterio institucional y no de un solo especialista, el artículo 101 refiere: *Los signatarios de documentos relacionados con la gestión pericial de la CONAMED se entenderán exclusivamente como meros delegados de la CONAMED, de ninguna suerte como peritos persona física, dada la naturaleza institucional de los dictámenes.*

Según puede observarse, se está ante una nueva institución procesal en el derecho mexicano, la cual ha sido necesaria para resolver los diversos problemas que representa la evaluación del acto médico en el ámbito procesal y que, además, se inscribe en una problematicidad que debe estimarse de orden público y materia de salubridad general de la República, como lo es la depauperada medicina defensiva y la solución litigiosa de controversias. En efecto, lejos de beneficiar una mejor atención médica, ambos extremos del problema sólo han propiciado:

a. Desconfianza en la población y en el personal de salud.
b. Menor calidad en la atención.
c. Gastos innecesarios.
d. Dificultades en la administración de justicia.

En el ámbito de tal escenario, la prueba pericial institucional debe ser entendida como parte de una gran estrategia del Estado y derecho mexicanos, para encontrar mejores formas de entendimiento y el acceso a la justicia.

Y simplemente a título de corolario, se cita el pensamiento del célebre Maimónides, quien allá por el siglo XII señalaba:

> "Cada vez que una persona cae enferma precisa una nueva reflexión. Uno no puede decir: esta enfermedad es similar a esta otra y así es como se trata habitualmente, porque **el médico no trata una enfermedad, sino a la persona que la padece.**"

Abreviaturas empleadas en el presente capítulo

- CFF: Código Fiscal de la Federación.
- CPC: Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- CFPP: Código Federal de Procedimientos Penales.

- CFPC: Código Federal de Procedimientos Civiles.
- CCo: Código de Comercio.
- CPP: Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- CJM: Código de Justicia Militar.
- LA: Ley de Amparo.
- LFTSE: Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.
- LOTCADF: Ley orgánica del tribunal contencioso administrativo del Distrito Federal.
- LFT: Ley Federal del Trabajo.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

14

Laudo y cosa juzgada

Víctor Manuel Maldonado Camargo

GENERALIDADES

En el proceso de arbitraje médico ante la CONAMED existen varias formas de concluir una controversia: a través de la celebración de un convenio de transacción, por finiquito, por desistimiento de la acción y mediante la emisión del laudo respectivo.

La naturaleza jurídica, los efectos, los alcances y los requisitos que el convenio y el laudo reúnen para constituirse en cosa juzgada, **equivalente a una sentencia con las mismas características que las emitidas por un tribunal jurisdiccional,** es lo que ocupa el contenido del presente trabajo.

DEFINICIONES

De acuerdo con las definiciones contenidas en el artículo 2º del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, **laudo** *es el pronunciamiento por medio del cual la CONAMED resuelve, en estricto derecho o en conciencia, las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes,* y **transacción** *es un contrato o convenio otorgado ante la CONAMED por virtud del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia.*

Comentario aparte merece la inclusión de la **transacción** como concepto genérico para convenir, pues a pesar de que no se hiciera concesión alguna, nada

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

les impide a las partes concluir con la controversia mediante un convenio en sentido amplio, considerando que por disposición expresa del artículo 1 792 del Código Civil, *convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o* ***extinguir*** *obligaciones*. En tanto medio alterno eficaz de solución de controversias, valdría la pena hacer la adecuación correspondiente al reglamento.

Seguramente la *ratio legis* responde al alcance legal que, precisamente en materia de cosa juzgada, se le confiere de manera expresa a la transacción en el artículo 2 953 del Código Civil cuando se establece que *tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la de cosa juzgada.*

A juicio del autor, debe prevalecer el concepto genérico de convenio, pues concatenado con la diversa disposición contenida en el artículo 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *todo lo que se dispone respecto de la sentencia comprende las transacciones, convenios judiciales y los laudos que ponen fin a los juicios arbitrales,* de manera tal que los convenios en general, celebrados en arbitraje, también conllevan la fuerza de cosa juzgada, aunque no se les denomine de *transacción* ni contengan recíprocas concesiones. Acorde con el propio reglamento, el desistimiento de la acción y el finiquito, en sí mismos, podrían derivar o constituir un convenio *lato sentido* mediante la lisa y llana extinción de obligaciones.

Lo anterior, si bien resulta un adelanto, sólo es un acercamiento a la definición conceptual reglamentaria que no entra de lleno en el tema de cosa juzgada, cuestión que se inicia a continuación.

DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Tradicionalmente se ha definido a la cosa juzgada *(res judicata)* como la inmutabilidad de lo resuelto en las sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas puedan ser modificadas por circunstancias supervenientes.

Esta institución deriva, en México, de los principios jurisdiccionales básicos de legalidad y de seguridad jurídica. Desde el punto de vista de la teoría general del proceso, existe una amplia gama de posibilidades para considerar la existencia o no de la cosa juzgada; lo más acercado sería, según el parecer del autor, encontrar la definición precisa en cada caso concreto, como se procurará hacer en este artículo.

Así, para el supuesto de este estudio, incluso existe discrepancia en los procesalistas nacionales para considerar si existe verdadera cosa juzgada cuando la resolución no es combatible por los medios ordinarios, como lo refiere la legislación procesal común, o hasta el momento en que se considera ampliamente firme por haberse impugnado por un medio no ordinario o por haber precluido el derecho para hacerlo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la CONAMED, para lo no previsto en dicho ordenamiento, en cuanto al procedimiento, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Acudiendo a este segundo ordenamiento como norma procesal de origen, el artículo 426 dispone en su parte inicial que *hay cosa juzgada cuando la sentencia cause ejecutoria.*

Este mismo precepto y el siguiente, el 427, enumeran los supuestos por los cuales se considera que una resolución ha causado ejecutoria, ya sea por ministerio de ley o por declaración judicial. En ambos casos el común denominador es el carácter irrecurrible de la sentencia por medios ordinarios, esto es, que no procede en contra de la misma recurso ordinario alguno.

Justamente aquí es donde empieza la disyuntiva planteada por los doctrinarios para interpretar la existencia de la cosa juzgada, si es en el momento en que ocurren los supuestos referidos en los dos preceptos invocados o hasta el momento en que se han agotado incluso los medios no ordinarios, pues conforme al sistema mexicano, cabe la posibilidad de acudir a solicitar la protección de los tribunales federales para modificar la resolución que conforme a la legislación ordinaria ya podría considerarse como cosa juzgada.

En realidad, ante la posibilidad de impugnación mediante el juicio de garantías, la cosa juzgada *ordinaria* se convierte propiamente en un requisito de procedibilidad para el inicio de aquél, pues precisamente el artículo 46 de la Ley de Amparo establece como vértice de dicha institución jurídica el llamado *principio de definitividad,* a saber: *se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas. También se considerarán como sentencias definitivas las dictadas en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil cuando los interesados hubieren renunciado expresamente a la interposición de los recursos ordinarios que procedan, si las leyes comunes permiten la renuncia de referencia.* Agrega el tercer párrafo del invocado precepto: *se entenderán por resoluciones que ponen fin al juicio aquéllas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.*

Lo anterior sólo se acerca al inicio del marco para un estudio específico de la cosa juzgada en el arbitraje médico; no obstante, es precisamente el momento en que se produce otra bifurcación del concepto.

Hasta este momento se ha pretendido referirse al carácter irrecurrible de una resolución, lo que la interpretación de los tribunales federales ha dado en llamar *la cosa juzgada formal.*

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Son precisamente diversos criterios jurisprudenciales los que reconocen dentro de la doctrina moderna la existencia de dos especies de cosa juzgada: la *formal,* mencionada antes y que opera exclusivamente en el proceso de que se trate, y *la cosa juzgada material,* que teniendo como base a la primera (con su naturaleza irrecurrible) se erige con la firmeza, inmutabilidad e indiscutibilidad de la misma, que debe ser respetada fuera del proceso y en cualquier otro procedimiento en que se pretenda promover exactamente el mismo litigio.

COMPROMISO ARBITRAL Y COSA JUZGADA

Premisa fundamental de todo arbitraje es la voluntad de las partes para la resolución de controversias por este medio alterno.

Este principio se retoma desde el artículo 3º del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, y rige de manera insoslayable en cada una de las etapas del proceso arbitral, en concordancia con el dispositivo 609 del ordenamiento procesal supletorio que reconoce como derecho de las partes el sujetar sus diferencias al juicio arbitral.

De esta manera, la etapa decisoria del proceso arbitral, posterior a la etapa conciliatoria, se inicia propiamente con el compromiso arbitral, definido como *acuerdo otorgado por partes capaces y en pleno ejercicio de sus derechos civiles por el cual designen a la CONAMED para la resolución arbitral; determinen el negocio sometido a su conocimiento; acepten las reglas de procedimiento fijadas en el presente reglamento o, en su caso, señalen reglas especiales para su tramitación.*

Atendiendo a los principios de la cosa juzgada contenidos en el código procesal civil mencionado, el artículo 619 del mismo, en lo conducente, señala que *las partes podrán renunciar a la apelación,* lo cual también aparece en el artículo 71, fracción VI, del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, como parte del contenido del compromiso arbitral, por cuanto hace a *la determinación de las partes respecto a si renuncian a la apelación,* además de ser una posibilidad prevista en la misma Ley de Amparo en su artículo 46, como se ha mencionando anteriormente.

LAUDO Y COSA JUZGADA FORMAL

Cabe mencionar que el Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial permite la aclaración del laudo, sin contemplar la posi-

bilidad de recurrir sus resoluciones de manera ordinaria; esto, por supuesto, de ninguna manera constituye la supresión de un derecho de acceso a la justicia, sino que precisamente encuentra como base de razón la naturaleza del medio alterno de solución de controversias, teniendo como pilar la emisión de resoluciones prontas y completas, garantía prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esa tesitura, conforme a lo analizado con antelación, la suscripción del compromiso arbitral, con la designación de árbitro y la inclusión de renuncia expresa a la apelación, confiere en sí mismo y desde entonces el carácter de cosa juzgada que habrá de tener el laudo arbitral.

Esto, porque al no ser recurrible por medio ordinario, en el momento mismo en que se notifica a las partes cobra el carácter de cosa juzgada, de acuerdo con lo cual y en sintonía con lo previsto en el citado Código de Procedimientos Civiles, los laudos emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico causan ejecutoria por ministerio de ley.

De esta manera se establece la *cosa juzgada formal* de los laudos emitidos por la CONAMED. No se soslaya la posibilidad de que estas resoluciones sean combatidas mediante el correspondiente juicio de amparo, como lo prevé la legislación nacional, pues en términos de lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Amparo, se ha dado a esta institución arbitral el carácter de autoridad en la emisión de sus laudos. Además, el artículo 635 del código adjetivo citado contempla que *contra las resoluciones del árbitro* (aun cuando se refiere a los designados por el juez) *cabe el amparo de garantías, conforme a las leyes respectivas.*

Empero, es práctica casi unánime de las partes apegarse a los principios rectores del arbitraje médico: libre voluntad de las partes (como ley máxima del proceso contenida en el compromiso arbitral), buena fe, carácter expedito del medio alterno de solución elegido por los contendientes y respeto a la institución arbitral que ellos mismos designan, implicando un respeto a sí mismos, de tal manera que se sujetan al resultado del laudo sin acudir a la instancia de amparo, ya sea para cumplir con la condena establecida o para asumir los términos de un laudo absolutorio.

Con esto se confirma, de hecho, que el carácter de cosa juzgada, con firmeza y de manera definitiva, lo adquieren los laudos de CONAMED por ministerio de ley o de voluntad de las partes en el momento mismo de su emisión, e incluso se lo proporcionan de manera anticipada desde la suscripción del compromiso arbitral.

Por cuanto hace al carácter de cosa juzgada que adquieren los convenios en la forma que actualmente se encuentra prevista en el Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, tal naturaleza la adquieren tanto por voluntad de las partes, al mencionarlo así en los pactos referidos, como por disposición expresa de la ley, de acuerdo con lo anotado líneas arriba.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

LAUDO Y COSA JUZGADA MATERIAL

Una constante preocupación, tanto de la CONAMED como de los usuarios y prestadores de servicios médicos, es hacer prevalecer el carácter de indiscutibilidad e irreductibilidad que deben tener los laudos del arbitraje médico, lo que en el presente estudio constituye la *cosa juzgada material.*

Al respecto, aunque ya no forma parte del proceso arbitral en sí mismo, como se ha visto, ni correspondería a la institución arbitral pronunciarse al efecto, se considera prudente hacer notar el alcance que tiene esta segunda faceta del laudo como cosa juzgada. Como se verá, las inquietudes escuchadas en foros internos y externos tienen que ver más con cuestiones de una posterior defensa inadecuada en otros procesos que con los efectos legales de los laudos emitidos por CONAMED.

El código adjetivo invocado adopta el denominado *sistema de las tres unidades,* el cual requiere la existencia de tres condiciones para considerar la existencia de cosa juzgada. El artículo 422 del ordenamiento referido establece que *para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada concurra identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren.*

Para tener un panorama más amplio del significado de este sistema y su repercusión en los laudos de arbitraje médico, se considera como requisito *sine qua non* atender a lo también previsto en el artículo 31 del mismo Código de Procedimientos Civiles, pues *cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deben insertarse en una sola demanda.* Puede verse la coincidencia con los elementos del sistema de las tres identidades previstos para la cosa juzgada, pero lo más importante para el tratamiento de este tema en su carácter *material* es que *por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras.*

Ya se anotó aquí que la cosa juzgada formal da base a la cosa juzgada material, pero para ello es necesario que, de ser ése el caso, ésta se invoque de manera oportuna y adecuada, como debe serlo en cualquier proceso y etapa del mismo, sea cual sea el proceso del cual se derive, no siendo privativo del arbitraje médico.

Se ha escuchado, p. ej., que en algún caso resuelto en la CONAMED mediante laudo absolutorio, con posterioridad se ha promovido ante la instancia jurisdiccional, por la misma persona y en contra del mismo prestador, reclamando prestaciones distintas de las que fueron objeto del arbitraje médico, obteniéndose resolución condenatoria.

Para responder si esto es posible, la respuesta es afirmativa, pero esto será siempre y cuando el órgano jurisdiccional **no tenga noticia alguna del laudo arbitral previo,** como sucedió en el caso mencionado en el párrafo anterior: al tra-

tarse de un juicio en el que no se dio contestación a la demanda, se siguió en rebeldía del demandado, el cual nunca acudió a defender sus derechos, se ignora si por voluntad propia o por no habérsele emplazado legalmente. En esta tesitura, de ninguna manera se discutió o soslayó la firmeza del laudo arbitral, más bien simple y sencillamente no se invocó como excepción, de manera adecuada y oportuna, como se refirió en líneas anteriores.

No obstante, al respecto, el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal admite como excepción en contra de la ejecución de sentencias la de compromiso en árbitros, amén de los medios de impugnación que por falta de oportunidad de defensa sean procedentes al demandado en rebeldía.

CONCLUSIÓN

Simplemente, destacar y reiterar que la naturaleza de cosa juzgada de los laudos emitidos en arbitraje médico, en su aspecto formal, se adquiere por no encontrarse prevista la interposición de recursos ordinarios, así como por voluntad expresa de las partes al renunciar al recurso de apelación, cumplir o mostrar su conformidad con el laudo.

El ámbito material de la cosa juzgada de los laudos de la CONAMED lo sustenta su naturaleza formal y **corresponde a las partes hacerlo valer de manera oportuna y adecuada**, **siendo perfectamente oponible, indiscutible, firme e inmutable, de acuerdo con lo aquí planteado**.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

15

El amparo contra laudos de la CONAMED

Agustín Ramírez Ramírez, José Agustín Pineda Ventura, Juan Manuel Gómez Castañeda

PREÁMBULO

Los procedimientos arbitrales se incorporaron en 1932 en el sistema jurídico mexicano de manera obligatoria en diversas materias. Inicialmente fue en causas civiles según el Código de Procedimientos de esa fecha, por lo cual desde entonces los particulares pueden acordar y fijar las reglas que regirán la solución de sus controversias, dado que los términos de lo controvertido no trascienden la esfera del interés privado. Más aún, aceptan renunciar a la impugnación de la resolución arbitral a través de recursos que puedan modificarlo o revocarlo.

Por esta razón, se puede decir que las partes actúan según el principio de autonomía de la voluntad, lo cual reconoce el propio Estado cuando permite excluir del conocimiento de los tribunales ciertos casos que no revisten interés público, derivándolos hacia órganos incidentales de la función jurisdiccional.

En consecuencia, si el Estado confiere a los árbitros competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional, resulta incuestionable que fueron creados con la finalidad de satisfacer intereses de orden público, como necesariamente lo es la impartición de justicia, pero no por ello son de orden público los asuntos sometidos a su conocimiento; ésa es la diferencia.

En concordancia con lo citado, desde su creación hasta el mes de octubre del año 2001, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) se había desempeñado como una institución que actuaba como árbitro a petición de las partes en conflicto, sin reconocerle jurisdicción para impartir justicia en nombre del Estado. Los juzgados y tribunales rechazaban los amparos intentados en contra

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

de los laudos arbitrales, porque consideraban que su simple emisión constituye un acto de particulares en el cual el árbitro no cuenta con jurisdicción propia ni delegada del Estado para su ejecución. De ahí que el particular sólo podía ampararse en contra de la sentencia del juez civil que homologaba el laudo, no así contra la resolución arbitral.

A manera de referencia, en algunos casos esta negativa se fundaba en el artículo 158 de la *Ley de Amparo,* el cual contempla la procedencia del juicio de garantías sólo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, y no prevé la impugnación de laudos de órganos administrativos, como es el caso en la CONAMED. Al tratarse de un tribunal colegiado, se declaraba incompetente y lo remitía a un juzgado de distrito. En ese caso, dado que la resolución arbitral no emanaba de un acto de autoridad, el juez desechaba la demanda por notoriamente improcedente, pues es principio del amparo que sólo procede respecto de actos de autoridades que violen garantías individuales.

De alguna manera lo anterior resultaba contradictorio con el criterio manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el carácter de autoridad, pues si bien desde 1919 prevaleció una tesis jurisprudencial (de observancia obligatoria para los diversos juzgados y tribunales) que consideraba autoridad sólo a las personas que disponían de fuerza pública para hacer cumplir sus resoluciones, a partir de febrero de 1997 la máxima autoridad judicial del país considera que este criterio no puede aplicarse en forma general, sino que debe atenderse a la naturaleza del acto realizado. Esto modificó el criterio, al establecer que si las decisiones de una institución pública afectan unilateralmente la esfera jurídica del interesado, aunque no se exija su cumplimiento por la fuerza pública, dichos actos pueden ser impugnados en vía de amparo.

Por tal motivo, tras la entrada en vigor de la Jurisprudencia 14/2001 mediante la cual se establece que los laudos emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, han surgido diversos cuestionamientos acerca de su alcance y los efectos que podrían presentarse. Debido a ello se establecen algunas consideraciones que desde el punto de vista de los autores permiten dilucidar este problema.

ELEMENTOS CONSIDERADOS PARA CONCLUIR QUE CONAMED ES AUTORIDAD

Como es bien sabido, la jurisprudencia es el conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional deriva de la interpretación de determinadas prevencio-

nes del derecho positivo, las cuales precisan el contenido y alcance que debe atribuirse a éstas y que, al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, son obligatorias para quien deba decidir casos concretos regidos por aquellas prevenciones.[331]

Las resoluciones del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte establecen jurisprudencia si además de satisfacer el requisito de la reiteración de su sentido sin interrupción por alguna en contrario, son aprobadas por ocho o cuatro ministros respectivamente, o cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, según disponen los artículos 7 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en relación con el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Consecuentemente, en términos del citado precepto legal, la jurisprudencia establecida por las salas es obligatoria para los tribunales unitarios y colegiados de circuito; juzgados de Distrito; tribunales militares, tribunales judiciales del orden común de los estados y el Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, federales y locales.

En este caso, correspondió a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer del asunto y establecer la contradicción de criterios sustentados por el segundo y el tercer tribunales colegiados, ambos en materia administrativa del primer circuito, en virtud de que el primero señalaba que el laudo arbitral de la CONAMED constituye un acto de autoridad porque crea derechos y obligaciones por sí mismo, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, ya que las partes acordaron su fuerza obligatoria y por ende el carácter de cosa juzgada; el último, en tanto, señalaba lo contrario, es decir, que la simple emisión del laudo constituye un acto de particulares, ya que el árbitro no cuenta con jurisdicción propia ni delegada del Estado, ni satisface intereses públicos, sino exclusivamente privados.

El análisis de la contradicción de tesis tuvo como propósito determinar si de acuerdo con las normas jurídicas aplicables los laudos emitidos por el Comisionado Nacional de Arbitraje Médico:

1. Son actos de autoridad.
2. En su contra es procedente el juicio de amparo.

Al respecto, la Suprema Corte determinó lo siguiente:

- Que cualquiera que sea el sentido en que se emitan, es evidente que de manera unilateral son susceptibles de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

[331] Esta definición se encuentra en la página 175 del *Manual del juicio de amparo*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

- Que constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que la Comisión actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supraordinación a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral.
- Que pueden aclararse, pero en su contra no procede recurso alguno; por ello, tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución, la que podrá promoverse ante los tribunales (ordinarios civiles) en vía de apremio o en juicio ejecutivo, a elección del interesado.
- Que de ser absolutorios, ya sea por la improcedencia de la prestación cuyo cumplimiento se demandó o por su falta de demostración y si se determina que el usuario del servicio médico no obtiene lo que pidió, sufriendo un menoscabo en su esfera jurídica, la decisión misma no podrá ser reparada por la autoridad judicial común, en atención a los principios de irrevocabilidad e inmutabilidad.

TRASCENDENCIA PARA LA COMISIÓN

A partir de la resolución de la Suprema Corte, la CONAMED debe emitir sus resoluciones en apego estricto a las garantías comprendidas en los artículos 14 y 16 constitucionales relativas al derecho de audiencia y legalidad, toda vez que el juicio ya no será sobreseído cuando se aluda el argumento de que los actos de la Comisión no afectan la esfera jurídica de los particulares, sino que el juez federal entrará al análisis de la legalidad de su emisión, no a la cuestión debatida sobre la mala práctica médica. Lo anterior implica reforzar, en la medida de lo posible, la pulcritud en el dictado de las resoluciones y en el desahogo de las etapas del procedimiento, ya que el mismo se considera un verdadero sustituto jurisdiccional.

El laudo arbitral que dicta el Comisionado Nacional es una resolución sobre el fondo de la cuestión debatida entre el usuario del servicio médico y el prestador de éste, y aunque existe la posibilidad de aclararlo conforme al Reglamento de Procedimientos,[332] esto no constituye un recurso, ya que no tiene como finalidad revocarlo o modificarlo. Por lo tanto, tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución.

Esto quiere decir que el mismo es una resolución que pone fin a la controversia con carácter definitivo e inatacable, sin posibilidad de recurrirla ante un juez ordinario. Sin embargo, del análisis de la resolución de la Suprema Corte se aprecia que no se resolvió ante qué órgano judicial se analizaría su constitucionalidad, ya que los Tribunales Colegiados por disposición de ley sólo conocen de laudos

de tribunales administrativos y la CONAMED no es un tribunal, aunque a través del juicio arbitral imparta justicia.

EL PRIMER CASO DESPUÉS DE SER CONSIDERADA AUTORIDAD

La anterior laguna ocasionó que el primer juicio de amparo interpuesto después de la resolución de la Corte se presentara ante un Tribunal Colegiado, el cual se declaró incompetente para conocerlo, turnándolo a un juzgado de distrito por considerar que su procedencia no está prevista en los supuestos del artículo 158 de la Ley de Amparo, que señala: "solo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo". Pese a que tanto el médico como la CONAMED interpusieron recursos objetando la validez de tal decisión, los mismos fueron desestimados, por lo cual el juzgado de distrito resolvió con plena jurisdicción.

Se entendería, de lo resuelto en la contradicción de tesis, que si el laudo se equipara a una sentencia y el juicio arbitral es sustituto jurisdiccional, al haber planteamiento de *litis,* ofrecimiento y desahogo de pruebas, audiencia de alegatos y resolución que pone fin a la controversia, la competencia derivaría hacia un Tribunal Colegiado. Pero, al no estar contemplada la hipótesis en la ley respectiva de manera expresa, y hasta en tanto no sea reformada o se plantee contradicción entre dos Tribunales Colegiados, forzosamente los laudos de la CONAMED tendrán que analizarse indistintamente por un Juzgado de Distrito o un Tribunal Colegiado, con la desventaja de que en el primero su valoración será doble: primeramente por un Juez de Distrito y posteriormente por el Tribunal Colegiado mediante algún recurso, lo cual significa que tendrán que desahogarse dos instancias.

Por otra parte, surge la inquietud respecto de la competencia para conocer del amparo por un Juez de Distrito en Materia Administrativa o Civil, para lo cual en el primer caso en que se planteó la incompetencia del Juez de Distrito en Mate-

[332] Artículo 89. La CONAMED no podrá, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido fijadas en el compromiso arbitral, salvo disposición en contrario de las partes. Tampoco podrá variar ni modificar sus resoluciones después de firmadas, pero sí podrá aclarar algún concepto o suplir cualquier deficiencia, sea por omisión sobre un punto discutido o cuando exista oscuridad o imprecisión, sin alterar la esencia de la resolución. Estas aclaraciones podrán hacerse de oficio dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación de la resolución o a instancia de parte presentada dentro del plazo pactado en el compromiso arbitral. En este último supuesto, la CONAMED resolverá lo que estime procedente dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

ria Administrativa para conocer del amparo contra el laudo, la CONAMED sostuvo que si lo que se analizaría era una resolución definitiva que puso fin a un procedimiento civil seguido en forma de juicio, donde se plantearon acciones y excepciones de naturaleza también civil, lo correcto sería que su conocimiento fuera por un juez especializado en la materia, es decir, civil.

Ante el argumento en el sentido de que el procedimiento desahogado ante la CONAMED no es un procedimiento de autoridad administrativa seguido en forma de juicio, y por lo tanto no surtía la competencia para el Juez de Distrito en Materia Administrativa, según dispone el artículo 114 de la Ley de Amparo en su fracción II, sino que se trataba de un verdadero juicio que resuelve acciones y pretensiones del orden civil, la autoridad judicial aceptó los argumentos y en su oportunidad los autos se pasaron a un juzgado en esta materia.

Por lo tanto, en principio, la vía correcta fue la civil y no la administrativa, ya que si bien se trata en esencia de un órgano administrativo, sus resoluciones determinan controversias del orden civil, como lo son el pago de daños y perjuicios derivados de la mala práctica médica.

RESOLUCIONES POSTERIORES

No obstante que el primer caso, como ha quedado reseñado, favoreció que el amparo fuera sustanciado por un Juez de Distrito en Materia Civil, la competencia al respecto no es posible entenderla por los términos de la resolución emitida por la citada Sala de la Suprema Corte.

En este sentido, es conveniente señalar que en el sistema jurídico mexicano existen tres tipos de amparo:

- **a.** El amparo directo o uniinstancial, dirigido contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo.
- **b.** El amparo indirecto o biinstancial, orientado contra actos de cualquier autoridad, comprendida en este aspecto la impugnación tanto de los actos ilegales como de aquéllos que infrinjan directamente las normas constitucionales, entre ellas, por supuesto, las que consignan los derechos fundamentales del hombre.
- **c.** El amparo indirecto o biinstancial contra leyes, el cual se traduce en el control de la constitucionalidad de los ordenamientos legislativos, pero siempre con efectos limitados a cada caso concreto que se plantee.

A manera de referencia, en 2005 (a cuatro años de la publicación del criterio jurisprudencial) la CONAMED atendió 14 juicios de amparo, 10 de los cuales fueron

amparos indirectos presentados ante Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, 2 amparos indirectos ante Juzgados de Distrito en Materia Civil, 1 amparo directo ante un Tribunal Colegiado en Materia Civil y 1 amparo indirecto ante un Juzgado de Distrito. En este sentido se puede apreciar que indistintamente se admiten amparos indirectos ante Juzgados de Distrito en Materia Civil y en Materia Administrativa, así como amparos directos ante Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Civil.

Resulta interesante advertir que en uno de esos asuntos, un Tribunal Colegiado en Materia Civil dio entrada a la demanda de garantías en contra del laudo de la CONAMED, considerando su competencia para conocer del asunto por tratarse de un laudo que pone fin al juicio, de conformidad con los artículos 158 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, inciso C de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,[333] además de tratarse de un amparo directo contra un laudo dictado en un procedimiento de carácter civil.

En contraposición al ejemplo anterior, en otro juicio de garantías presentado ante el mismo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, dicho órgano jurisdiccional consideró que la CONAMED es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones,

---

[333] Artículo 158. El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados. Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa. Cuando dentro del juicio surjan cuestiones que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que pongan fin al juicio.

Artículo 37. Con las salvedades a que se refieren los artículos 10 y 21 de esta ley, son competentes los tribunales colegiados de circuito para conocer:

I. De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento, cuando se trate:

c) En materia civil o mercantil, de sentencias o resoluciones respecto de las que no proceda el recurso de apelación, de acuerdo a las leyes que las rigen, o de sentencias o resoluciones dictadas en apelación en juicios del orden común o federal.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

acuerdos y laudos, por lo que su naturaleza jurídica es la de una autoridad administrativa. Sin embargo, se razona en el acuerdo en que declara su falta de competencia que no puede otorgársele el carácter de tribunal administrativo, ya que es consustancial de los tribunales administrativos dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares, lo que no sucede en este caso. Por lo anterior, precisa el Tribunal que sus laudos no son susceptibles de reclamarse en amparo directo en términos del artículo 46[334] de la Ley de Amparo, sino en la vía indirecta, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por reclamarse un acto que no proviene de un tribunal administrativo, judicial o del trabajo, emanado de un procedimiento seguido en forma de juicio. Este caso tuvo que ser conocido por un Juez de Distrito en Materia Administrativa.

Por otro lado, un Juzgado de Distrito en Materia Civil declinó su competencia para conocer de la demanda de garantías en contra de un incidente de liquidación emitido por la CONAMED, y ordenó que se remitiera al Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, mismo que no aceptó la competencia declinada en su favor y ordenó remitir nuevamente los autos al Juzgado de Distrito en Materia Civil. Finalmente, un Tribunal Colegiado en Materia Civil se pronunció respecto al conflicto suscitado entre ambos Juzgados de Distrito y resolvió que el juzgado competente para conocer del asunto era el Juzgado de Distrito en Materia Civil, en virtud de que se atacaba una resolución del orden civil, de conformidad con el artículo 54, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Este antecedente, aunque no se pronunció sobre el juicio de garantías en contra de un laudo, sino sólo sobre la competencia para conocer de la legalidad de un incidente de liquidación, resulta importante para argumentar por qué debe surtir la competencia a favor del Juzgado de Distrito en Materia Civil.

En otro juicio promovido ante un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, la autoridad judicial declaró que carecía de competencia para conocerlo, en función de que la citada demanda de garantías era competencia de un Juez de Distrito en Materia Civil. Lo anterior en virtud de que la peticionaria de garantías acudió ante la autoridad responsable a dirimir una controversia con motivo de un contrato de prestación de servicios, el cual es regulado por el Código Civil.

---

334 Artículo 46. Para los efectos del artículo 44, se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario en virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas. También se considerarán como sentencias definitivas las dictadas en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil, cuando los interesados hubieren renunciado expresamente a la interposición de los recursos ordinarios que procedan, si las leyes comunes permiten la renuncia de referencia. Para los efectos del artículo 44, se entenderán por resoluciones que ponen fin al juicio aquéllas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario en virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.

Razona el juez que si bien se reclamó el laudo emitido por la CONAMED, lo cierto es que tal reclamación se derivó de un contrato de prestación de servicios entre las partes, el cual es evidentemente de naturaleza civil. La reclamación, según su criterio, busca entablar una contienda jurídica en contra del prestador de un servicio médico, al cual se le atribuye haber incurrido en responsabilidad por negligencia o impericia y, por ende, le reclama el cumplimiento de una prestación económica que encuentra existencia en la legislación civil, bajo la aplicación de cuyas normas es posible resolver sobre su procedencia. El juzgador consideró aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

> **"Seguro social. La indemnización que se demanda del instituto por gastos erogados con motivo de no haberse otorgado asistencia médica a un asegurado o a su beneficiario constituye el ejercicio de una acción civil de la que debe conocer un juez común."** "Si se reclama del Instituto Mexicano del Seguro Social el pago de una cantidad de dinero por concepto de indemnización por los gastos erogados con motivo de no haberse prestado asistencia médica a un asegurado o a su beneficiario, se actualiza el ejercicio de una acción civil que debe deducirse ante el Juez común, pues tal prestación, además de no encontrarse prevista en la Ley del Seguro Social, ni en ningún otro ordenamiento de trabajo, escapa del ámbito laboral, dado que se encamina a entablar una contienda jurídica, no en contra del órgano que sustituye al patrón en el cumplimiento de la obligación de proporcionar seguridad social a sus trabajadores, que es el carácter con el que la mencionada Ley del Seguro Social concibe al instituto, sino en contra del prestador de un servicio médico, al que se le atribuye haber incurrido en responsabilidad por negligencia, impericia o falta de cuidado, al reclamarle el cumplimiento de una prestación económica que encuentra existencia en la legislación civil, bajo la aplicación de cuyas normas es posible resolver sobre su procedencia".[335]

Debe anotarse que la mayoría de los amparos presentados en contra de las resoluciones emitidas por esta Comisión se han tramitado ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, los cuales se declararon competentes para conocer de los juicios de amparo interpuestos en contra de los laudos de la CONAMED, al considerar que es un órgano desconcentrado con plena autonomía técnica para emitir sus propias opiniones y laudos, teniendo por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios. Argumentan, además, que al tener facultades de supraordinación a subordinación con los particulares, su naturaleza jurídica es la de una autoridad administrativa, por lo que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 103, fracción I, de la Constitución, los tribunales de la Federación tienen la facultad de resolver las controversias que se susciten por actos de autoridad que violen las garantías individuales.

[335] Tesis 2ª. CXXI/97, Novena época, emitida por la Segunda Sala de la SCJN, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Tomo VI, oct. de 1997, pág. 479.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

A pesar de que se trata de una autoridad administrativa, tiene por objeto dirimir conflictos entre los pacientes y los prestadores de servicios médicos; no se le puede otorgar el carácter de tribunal administrativo, ya que es consustancial de los tribunales administrativos dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares.

TENDENCIA

La postura actual del Poder Judicial de la Federación considera que los laudos arbitrales, al ser emitidos por un órgano que no puede considerarse como un tribunal administrativo, son susceptibles de reclamarse en amparo indirecto o de doble instancia, primero ante los jueces de distrito y en segundo grado ante los tribunales colegiados de circuito a través del recurso de revisión, lo anterior con fundamento en el artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción VII, el cual establece que los amparos contra actos de autoridad administrativa se interpondrán ante el juez de distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse.

Lo anterior es claramente perceptible si se observa que dichos Juzgados de Distrito aceptaron la competencia para conocer de los asuntos con fundamento en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo que establece que el amparo se pedirá ante el juez de distrito contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. Por otra parte, citan el artículo 52, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en el que se establece que los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa conocerán de los juicios de amparo que se promuevan contra actos de autoridad distinta de la judicial. Para apoyar sus consideraciones mencionan la tesis jurisprudencial siguiente:

> **Procuraduría federal del consumidor, laudos dictados por la. Son reclamables en amparo ante juez de distrito y no en amparo directo**. Si el acto reclamado en el juicio de garantías es el laudo pronunciado por la Procuraduría Federal del Consumidor, en un procedimiento arbitral seguido en forma del juicio, en los términos del artículo 59 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y toda vez que dicha procuraduría, por su propia naturaleza, no es un tribunal administrativo o del trabajo, sino un organismo descentralizado de servicio social, con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio, para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora, de acuerdo con lo establecido por el artículo 57 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, resulta claro que el Tribunal Colegiado de Circuito es incompetente para resolver el juicio de amparo directo interpuesto por la quejosa, surtiéndose dicha competencia en favor de un Juez de Distrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 114, fracción II, de la Ley de Amparo y 42, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.[336]

CONCLUSIÓN

Si bien la tendencia es que los amparos presentados en contra de las resoluciones arbitrales emitidas por la CONAMED se ventilen ante Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, a entender de los autores debiera cambiar el criterio a efecto de que quien conozca del juicio de garantías sea un Tribunal Colegiado en Materia Civil y no los Juzgados de Distrito, considerando que ya existe un precedente con el cual se está de acuerdo, en el sentido de que el laudo pone fin a un juicio dictado en un procedimiento de naturaleza civil. Por ello sería necesario que llegara a plantearse una contradicción de criterios entre dos Tribunales Colegiados de Circuito que dé lugar a denunciar la contradicción ante la Sala correspondiente,[337] a fin de que decida cuál tesis debe prevalecer.

Otra vía, aunque incierta y larga, sería impulsar una reforma a la legislación de la materia, a fin de que haya una clara determinación sobre qué órganos jurisdiccionales son competentes para conocer de los juicios de garantías interpuestos en contra de laudos de la CONAMED. En su caso, si el criterio prevaleciente otorga competencia a los Juzgados de Distrito, se hace indispensable dilucidar la competencia por materia,[338] es decir, si el competente debe ser un juzgado en materia civil o uno en materia administrativa.

Adicionalmente, debe aclararse que esta tesis por contradicción tiene la suerte de imponer un criterio judicial respecto de la emisión de un laudo arbitral, esto

---

[336] Séptima época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del primer circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo 169–174, sexta parte, pág. 242.
Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del primer circuito.
Amparo directo 273/82. Banco del Pequeño Comercio del Distrito Federal, S. A. de C. V. 19 de nov. de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Ernesto Aguilar Gutiérrez.

[337] Ley de Amparo. Articulo 197–A. "Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o los magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias. La Suprema Corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el articulo 195."

[338] "La competencia por materia es la aptitud legal que se atribuye a un órgano jurisdiccional para conocer de asuntos controvertidos que se refieren a una determinada rama del derecho." Arellano García C: *El juicio de amparo.* 9ª ed. México, 2004:420.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

es, de la conclusión de una controversia mediante una resolución institucional que dé fin al proceso arbitral médico en su etapa decisoria. Su alcance no trasciende a la emisión de propuestas de arreglo, a los procesos conciliatorios o a la simple emisión de una asesoría, queja o gestión inmediata.

16

Medicina basada en la evidencia y la información médica

Jorge M. Sánchez González, Armando Cordera Pastor, Jaime Lozano Alcázar

La medicina que debo enseñarles no existe; sólo puedo enseñarles los cimientos sobre los cuales la han de erigir científicamente las generaciones futuras. No nos preocupemos de lo que ya esté hecho, sino de lo que están por hacer.
Claudio Bernard

Sólo 10 a 15% de las intervenciones en salud se sustentan en investigación científica adecuada.
Archie Cochrane

ANTECEDENTES

En China, hace más de 5 000 años se pensaba que las enfermedades se debían a la ruptura de la armonía entre la tierra, el agua, el fuego, la madera y el metal. La salud depende del balance entre dos fuerzas esenciales, el *yan* y el *yin;* si una deviene dominante le da más poder a un órgano y si se pierde el equilibrio se presenta la enfermedad. En Mesopotamia, alrededor del año 2300 a.C. se consideraba que la enfermedad se debía a los espíritus malignos que se apoderaban del cuerpo de una persona. En el *Yahur–Veda* y el *Sama–Veda* de la India, escritos en 1500 a.C., también predominan los conceptos mágicos o religiosos, pero en el *Atharva–Veda* y el *Ayur–Veda,* escritos hacia el año 800 a.C., ya hay menciones biológicas. Sin embargo, dominaba la idea de identificar el dominio causante de la enfermedad. Más tarde mencionarían los factores ambientales como causantes del mal.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Hacia el año 500 d.C. se escribió sobre la relación entre las ratas y la plaga; además, se practicaba la cirugía y se utilizaban métodos diagnósticos como la inspección, la palpación y la auscultación. Se prescribía la manera de hacer las abluciones y la eliminación de excretas en forma correcta. En la mítica "edad de oro" griega, que va del cuarto al segundo milenio a.C., los hombres y los dioses compartían sus vidas con una sola diferencia: el poder de los dioses. Más tarde se fueron distanciando, pero hasta ese tiempo, los hombres que morían plácidamente durante el sueño no necesitaban la medicina. Esculapio era tan buen curador que el propio Hades, dios del inframundo, se quejó con Zeus de que cada día llegaban menos muertos, por lo cual Zeus fulminó a Esculapio y lo convirtió en una divinidad, y sus hijas Higia y Panakeia (Panacea) también se volvieron símbolos de la salud y de la curación. De allí en adelante la salud y la enfermedad de los griegos se relacionaron con la religión.

Emédodes afirmaba que la enfermedad se debía a la falta de armonía entre los cuatro elementos básicos: el agua, la tierra, el aire y el fuego; a este mismo personaje se le acredita haber iniciado el drenado de pantanos y la fumigación selectiva en las ciudades para evitar la peste.

Hipócrates, nacido en la isla de Cos en 460 a.C., fue quién llevó un extenso aprendizaje de la medicina de su época, la ejerció con rigor y volvió a Cos, donde creó una escuela y escribió muchos libros (quizá no los 72 que se le atribuyen, pero sí un buen número) en los que se rechazaban las ideas mágicas o religiosas en relación con la enfermedad y su curación. Recomendaba la observación del paciente con el médico al lado de su cama y trató de integrar la medicina y la cirugía. Adaptó los cuatro elementos de Empédocles, que se transformaron en cuatro fluidos:

1. Sangre caliente y seca.
2. Bilis amarilla, fría y seca.
3. Bilis negra, húmeda y caliente.
4. Moco húmedo y frío. La enfermedad era causada por su desequilibrio según el ambiente, las estaciones, el clima, la dieta y la nutrición.

El tratamiento se orientaría a restablecer el equilibrio. Es importante recordar que las ideas de Hipócrates prevalecieron hasta fines del siglo XIX, cuando los médicos aún usaban los términos sanguíneo, flemático, colérico y melancólico.

En el periodo grecorromano, los romanos respetaron el conocimiento helénico y transformaron las palabras griegas al latín. También los dioses sufrieron este proceso. Salus y Marte fueron los dioses de la salud. Carna curaba los males estomacales, Mefis los producidos por los malos aires. Fabris era quien mandaba la fiebre y Carmenta vigilaba los partos. Había que rezarles correctamente, pues si había errores en la selección del dios, el enfermo no se aliviaba.

Hubo grandes médicos griegos: Marco Terencio Varro (116–27 a.C.) sospechaba de la existencia de microorganismos. Arcelus Cornelius Celsius vivió du-

rante el primer siglo de nuestra era y describió algunos tumores, el chancro, el vitíligo, la apendicitis y la meningitis. En sus libros escribió sobre cirugía, dietética y farmacología. El tercero fue un hombre universal, Plinio el Viejo (23–79 d.C.), quien escribió acerca del valor terapéutico de la orina.

Así llegó Ptolomeo, considerado uno de los hombres más inteligentes de la historia humana, quien era astrólogo (en esa época los médicos no podían ejercer sin su conocimiento); también escribió cinco libros de óptica donde trata problemas de la reflexión y la refracción de la luz. Además, Ptolomeo inventó los horóscopos, que influyen en el proceso de salud–enfermedad de sus seguidores.

Dioscórides, cirujano militar griego y excepcional botánico, sirvió en el ejército de Nerón, viajó por muchos lugares de Europa, coleccionó y estudió hierbas y plantas. Dominó la terapéutica durante más de 15 siglos, ya que la medicina y la botánica *eran hermanas gemelas* (Daniel Boorstin). Galeno (129–201) nació y murió en Pérgamo (Asia Menor), estudió en dos escuelas hipocráticas, después en Izmir (Esmirna), en Corinto y en Alejandría. Se fue a vivir a Roma, fue cirujano de los gladiadores y ésa fue la anatomía humana que aprendió. Abandonó la cirugía debido a su limitado prestigio y se dedicó a la medicina. Se convirtió en médico del emperador Marco Aurelio y se dice que mejoró la *Teríaca,* medicamento que reunía 54 ingredientes, al agregarle 16 más. En otros textos dicen que, por el contrario, él la redujo a sólo 37. Este medicamento aún aparecía en los libros de terapéutica de fines del siglo XIX.

Galeno llevó a cabo cientos de autopsias en monos, reses y cerdos, pues estaba prohibido hacerlas en cadáveres humanos. Descubrió muchas estructuras anatómicas similares a las del hombre. En sus libros lo explicó claramente, pero sus traductores lo desvirtuaron. Uno de ellos, Oribasio (325–403), era médico de Julián el Apóstata y en su intento por preservar la tradición médica grecorromana escribió 70 tomos, entre ellos la traducción del griego al latín de la obra de Galeno y su reinterpretación para adaptarla a la religión. Tantos fueron los cambios que la salud era equivalente al alma y el cuerpo era su receptáculo, por lo cual este último debía ser preservado. Esta obra, con mínimas modificaciones, perduró hasta el siglo XVI, cuando Galeno fue traducido del griego al alemán con fidelidad.

Desde el siglo V hasta el siglo XVIII, la obra de Oribasio les dio a los sacerdotes cristianos el papel que anteriormente habían protagonizado los sacerdotes egipcios, sumerios y de cualquier otro lugar del mundo: ser mediadores entre la enfermedad y su curación, ya que el único que lo podía lograr era Dios. En la Edad Media las verdades eran impuestas por la religión y aceptadas dogmáticamente. Nadie se hubiera atrevido a refutarlas por miedo a ser ridiculizado y perseguido.

Al llegar al Renacimiento, que coincide con la llegada de los españoles a lo que ahora es América, la invención occidental de la imprenta, la expulsión de los árabes y los judíos de la Península Ibérica, la producción de escritos en lenguas vernáculas y, en fin, una gran variedad de acontecimientos sociales, religiosos, polí-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

ticos y económicos, el mundo cambió de modo importante. Ahora ya no se vivía para la religión, sino que la vida tenía su propio valor, y era necesario "descubrir" al hombre capaz de vivir sus experiencias personales, de llevar a cabo un pensamiento crítico, del derecho a la curiosidad, a intentar nuevas maneras de actuar, de arriesgarse a crear. Ahora se reconocía al hombre vigoroso, contradictorio, trabajador, valiente, que hacía ejercicio, le daba importancia al arte de hablar y comportarse, enamorado y gentil, amigo a toda prueba. Al mismo tiempo se abandonaron las actitudes o conductas abnegadas, la paciencia y la benevolencia, cobijadas por la iglesia.

En este ambiente aparece la figura de Paracelso, un personaje que cambió la medicina galénica y abrió las puertas a la experimentación en medicina. Cuestionó a Galeno y Avicena, quemó sus libros públicamente, desafió las tradiciones, enseñó medicina en idioma vernáculo e inició procesos terapéuticos utilizando elementos químicos. Todo ello lo hizo en pocos años, pero cambió radicalmente el ejercicio de la medicina, pues de ahí en adelante sería necesario experimentar y demostrar la utilidad de las acciones.

Vesalio, médico belga radicado en Padua, vivió en la época del Renacimiento, cuando se permitió llevar a cabo autopsias en seres humanos. Así pudo identificar los errores que aparecían en los libros de Galeno traducidos al latín, ya que en el idioma original aclaraba las fuentes de sus opiniones. El haber hablado con la verdad lo enemistó con los grandes maestros de su época, que lo consideraban blasfemo.

El proceso hacia una medicina experimental sería lento. Recuérdese que Miguel Servet, médico español, fue sentenciado por la Inquisición a morir en la hoguera en el año de 1553 por sugerir la circulación sanguínea. Fue acusado de herético.

Leonardo da Vinci llevó a cabo más de 100 autopsias, que trasladó a dibujos extraordinarios. Sin embargo, hasta el final de su vida es cuando admitió haber llevado a cabo las disecciones.

Fracastoro fue el primero en definir la especificidad de la enfermedad. Branca y Tagliacozzi iniciaron la cirugía estética. El segundo fue acusado de blasfemo por intentar modificar la apariencia humana, facultad que únicamente correspondía a Dios. La persecución lo siguió hasta después de su muerte, ya que fue exhumado para ser nuevamente enterrado en tierra sin consagrar.

A partir del Renacimiento hubo mayor libertad, pero aún había que conducirse con precaución. Los filósofos ayudaron con su modo de pensar; particularmente recuérdense, antes del Renacimiento, las ideas de los monjes franciscanos Roger Bacon, quien defendió el método experimental, y William de Ockham, quien pensaba que los objetos de la ciencia tienen significado y conceptos. Más adelante vendrían René Descartes y Francis Bacon, el primero con una idea mecanicista del cuerpo humano y el segundo proponiendo el método inductivo.

A partir de entonces la lista de personas que se dedicaron a observar y experimentar en la medicina es muy larga. Brillaron muchos en los siglos XVI y XVII:

Santorio Santorio, Fallopio, Ambrosio Paré, Francisco Sylvius, John Caius, William Harvey, Fabricio de Acquapendente, Thomas Sydenhame Ramazzini, Malpighi. A partir del siglo XVIII ya sería imposible hacer un listado, dado el número y la importancia de los descubrimientos e innovaciones en la medicina.

Ya en el siglo XIX aparece la figura de Claudio Bernard (1813–1878), destacado fisiólogo francés que hizo importantes descubrimientos en relación a las funciones del páncreas, el hígado y la acción de los nervios vasomotores. Pero sobre todo se le reconoce como el fundador de la medicina experimental moderna y creador de un importante grupo conocido como la "familia científica". También fue él quien pronunció la siguiente idea: "La medicina que debo enseñarles no existe; sólo puedo enseñarles los cimientos sobre los cuales la han de erigir científicamente las generaciones futuras. No nos preocupemos de lo que ya esté hecho, sino de lo que están por hacer." Este pensamiento sigue vigente, ya que el desarrollo de la medicina es cada día más acelerado. Más adelante, en el siglo XX, Gastón Bachelard niega a la ciencia la seguridad del saber definitivo y asevera que sólo se puede progresar si se cuestionan constantemente los principios básicos de sus construcciones. Quizá por ello ya antes un escritor no científico, George Bernard Shaco, había aseverado de manera festiva: "La ciencia siempre está equivocada; nunca resuelve un problema sin crear diez nuevos." En efecto, en la actualidad no se piensa que una teoría científica es final y verdadera.

La técnica procede a la ciencia por miles de años, ya que se han fabricado cosas útiles que duran mucho tiempo y cuya manera de producirlas se pasa de una a otra generación. Por el contrario, la ciencia se ocupa de ideas, teorías y conceptos que obligan al lenguaje escrito para su perseverancia temporal y su transmisión.

La ciencia avanza por investigación, descubrimiento, publicación de resultados y gratificaciones varias para los autores. La técnica se ubica en la industria, avanza por medio de desarrollo e invenciones que se traducen en patentes y éstas en ganancias económicas.

La ciencia busca la verdad y por ello se requiere la honestidad del investigador a toda prueba, ya que sus conclusiones quedan escritas y los lectores las toman por verdades y reconocen los valores asociados. Los valores y las verdades pueden ser diferentes para distintas personas, pero el científico llega a ellos por medio de la observación y la experimentación. Sin embargo, en ocasiones hay crisis en esa confianza, tal y como sucedió en la Segunda Guerra Mundial, cuando los físicos más reputados trabajaron para desarrollar la bomba atómica y otras armas de destrucción masiva, aduciendo que la ciencia está libre de valores. O bien, como dijo Lord Zuckerman parafraseando a Clemenceau: "La ciencia es demasiado importante para dejarla en manos de los científicos." Lo que no aclaró es en manos de quién se debe dejar. El camino para lograr nuevamente la confianza de la población ha sido largo y no exento de baches, pero en la actualidad puede decirse que hay una razonable confianza en la ciencia y en sus métodos.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

El método científico es el instrumento sistematizado, ordenado, coherente que se utiliza para probar las proposiciones contenidas en la hipótesis y las variables independientes. El método científico aporta ideas generales, que en cada investigación asumen características según el objeto en estudio. Descartes ya señalaba hace más de cuatro siglos que: "a partir de premisas absolutamente ciertas, se requiere dividir las cuestiones en sus partes, conducir con orden los pensamientos, ir de lo sencillo a lo complicado, hacer enumeraciones completas, para llegar a una cadena de deducciones que nos lleven a la seguridad".

Al revisar el desarrollo de la medicina es evidente que primero pasó por un largo periodo mágico–religioso en el que ocasionalmente se identificaban avances apoyados en la observación de los casos atendidos por médicos o curadores de gran talento.

Un segundo periodo se inicia con Paracelso, quien recomienda la experimentación y basar la práctica médica en resultados. Sin embargo, él mismo no pudo llevar a cabo todo lo que proponía, pues fue duramente atacado y aislado, pero su nuevo enfoque pronto fue desarrollado por lo que vinieron después.

Es evidente que la casuística de los médicos que atendían a los enfermos en sus consultorios o en los hospitales universitarios no era suficiente. Quizá esta época es a la que José Antonio Vargas llama "medicina basada en las anécdotas". No obstante, qué duda cabe que Syndeham, Boerhave y otros tuvieron un gran impacto en la educación de alumnos y seguidores, lo que correspondería a la "medicina basada en las opiniones".

Ya en el siglo XIX comienzan a circular las revistas médicas y los médicos de hospitales, universidades y aun los que trabajan aislados las van leyendo con más frecuencia e interés. Surge entonces lo que algunos autores llaman la "medicina basada en la literatura", en la que se acepta todo porque está publicado, pero sin someterlo a una evaluación crítica. Algunos autores contemporáneos afirman que desde la primera década del siglo XIX, Bichat, Magendie y Pierre Louis afirmaban que los médicos no debían basar su actividad en su experiencia personal, sino en los resultados de investigaciones colectivas que mostraran resultados estadísticamente cuantificados. Pero seguramente en esa época era difícil juntar casos similares, pues el papel del médico se orientaba más al pronóstico que al diagnóstico.

En los primeros años del siglo XX, Henri Poincaré propone los principios de causalidad. En la década de 1930 sobresalen los aportes de Sir Badford Hill, quien propuso el muestreo al azar y los exámenes "doble ciego" que tanta importancia tienen hasta la fecha. Esos conceptos fueron retomados por Archie Cochrane en la Gran Bretaña durante la década de 1970 y se convirtieron, desde entonces, en obligados. Sir Peter Medawar, señaló en 1975 que "la ciencia es una actividad crítica y analítica basada en evidencias". De allí en adelante la literatura y la investigación basada en evidencias se desarrollan de manera constante y aceptada por todos.

Hasta aquí este repaso histórico de la medicina, que muestra desde esa perspectiva la evolución de los conocimientos médicos, la obtención de datos, su registro y la incorporación de la evidencia a la práctica clínica; permite entender de qué forma se ha desarrollado la ciencia hasta llegar en estos días a la medicina basada en conocimientos y experiencia, como un concepto que ha venido a lo largo de la historia de la medicina y que se ha ido construyendo y perfeccionando.

Aunada a lo anterior, esta visión en relación con el conocimiento médico replicable y la *lex artis* se ha enriquecido conceptual y metodológicamente merced a un método basado en el desarrollo de preguntas clínicas orientadas al padecimiento de cada paciente y a la búsqueda de información seleccionada mediante un método que filtra la que no es confiable. La información de ahí derivada permite mejores decisiones en favor del paciente que si fuera tomada de las fuentes sin método o por simple accesibilidad; esta metodología es la desarrollada por la Colaboración Cochrane, fundada en 1993 y denominada así por el epidemiólogo británico Archie Cochrane, quien publicó en 1972 el libro *Efectividad y eficacia: Reflejos aleatorios sobre los servicios de salud (Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services),* con el que se dirigió a médicos clínicos y administradores para hablarles de la importancia de los estudios clínicos aleatorizados. En el mencionado libro describió la jerarquía de las evidencias y alertó acerca del gran desconocimiento sobre los efectos de la atención sanitaria dispensada por los sistemas de salud, señalando la necesidad de una mejor utilización de las evidencias científicas a la hora de formular políticas de salud.

Así, Cochrane sugirió que, a causa de que los recursos siempre serán limitados, habrían de ser usados para proporcionar equitativamente aquellas formas de atención sanitaria que hubiesen demostrado ser efectivas mediante evaluaciones diseñadas apropiadamente. Las simples proposiciones de Cochrane fueron rápida y ampliamente consideradas de importancia capital, tanto por el público como por los profesionales de la salud.

Es a partir de aquí que surgen el concepto y la pregunta: ¿Qué es la medicina basada en evidencia? En respuesta, los autores dicen que se trata de un paradigma de atención que se ha ido implantando paulatinamente en las diversas áreas de salud de muchos países del mundo, a partir de su creación en la década de 1980 en la Universidad McMaster (Canadá). La medicina basada en evidencia plantea la apreciación crítica de la literatura científica como requisito indispensable para la aplicación de los resultados de investigación. Consiste en la integración de la experiencia clínica individual con la mejor evidencia proveniente de la investigación científica, una vez asegurada la revisión crítica y exhaustiva de ésta.

Una de las finalidades de los sistemas sanitarios modernos debería ser que las recomendaciones para la práctica clínica, la prevención de la enfermedad, la promoción de la salud y la gestión de los servicios sanitarios estuvieran avaladas por el conocimiento generado por los resultados de la investigación y la evaluación.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

El cumplimiento de esta finalidad permite la transición de un modelo sanitario ideal a uno más racional, en el que las decisiones profesionales estén basadas en el análisis crítico y en la medida de acontecimientos y resultados que son susceptibles de predicción, más que en meros juicios de valor de consecuencias no previsibles.

Por otro lado, es evidente la imposibilidad material de que los médicos consigan estar al día de los cambios que se producen constantemente en la práctica médica y la experiencia clínica individual, que se entiende como el juicio clínico que los médicos adquieren con la práctica y se manifiesta sobre todo en la capacidad del clínico para hacer un diagnóstico más válido y eficiente y para identificar mejor las preferencias y voluntades de los pacientes.

En los últimos años han ocurrido dos cambios importantes en el proceso de información en medicina; el explosivo y cada vez más sencillo acceso a la literatura de investigación clínica tanto por médicos como por pacientes, y la presión para comenzar a ejercer una medicina orientada hacia el paciente. La medicina basada en evidencia se ha transformado en la respuesta que se ha desarrollado para auxiliar al clínico a manejar esta información.

Sin embargo, enseñarles técnicas de medicina basada en evidencia y esperar que se conviertan en expertos en el manejo de la información es una falacia, pues no es una herramienta más para manejarla en la práctica diaria, sino una herramienta que requiere práctica, recursos y conocer la técnica para implementarla.

El método clásico de la medicina basada en evidencia consiste en un proceso de cinco pasos, desde desarrollar una pregunta clínica utilizando el formato PICoR (población–intervención–comparación–resultado), buscando las investigaciones que puedan responder la pregunta, evaluando su validez, impacto y aplicabilidad, hasta la toma de decisiones clínicas, evaluando periódicamente la efectividad al volver a realizar los pasos previos.

A partir de ahí, la construcción *de la evidencia* comienza con la búsqueda y obtención de todos los estudios existentes sobre la pregunta planteada, acudiendo a la literatura médica y otras fuentes de información (los estudios no publicados) y extrayendo la información relevante para el cuidado del paciente individual.

Una vez que la evidencia está disponible, es necesario su análisis mediante la extracción y la síntesis de la información clave de cada artículo individual, evaluando la calidad y aplicabilidad de sus hallazgos. La presentación de los resultados de este proceso en un formato estándar, utilizando resúmenes estructurados más informativos, con información estadística homogénea o recomendaciones claras, entre otros apartados, es lo que ayuda a hacer mucho más eficiente la consulta de la evidencia obtenida. La síntesis estadística de la evidencia, idealmente a través de un metaanálisis, implica la obtención de un estimador común único, un estadístico–resumen de todos los estudios relevantes analizados en torno a un mismo problema.

Los metaanálisis aportan un conjunto de técnicas que sistematizan la búsqueda de toda la evidencia científica disponible acerca de un problema concreto, la selección y revisión de los resultados relevantes y su combinación en medidas de efecto para resumir de forma cuantitativa la evidencia. Aunque también se han denominado revisiones sistemáticas, revisiones cuantitativas y síntesis de investigación, la introducción del término "metaanálisis" como *Medical Subject Heading* en Medline ha facilitado la amplia adopción de este término. El metaanálisis es complementario a otras técnicas alternativas de revisión de la evidencia, como las revisiones tradicionales, los reanálisis combinados de los estudios a partir de datos originales y las técnicas de elaboración de paneles de expertos y documentos de consenso.

En medicina, los metaanálisis comenzaron a popularizarse en la década de 1980, fundamentalmente en el campo de los ensayos clínicos. En la presente década se han consolidado las aplicaciones de los metaanálisis de ensayos clínicos y se han extendido sus aplicaciones a los estudios observacionales, a los estudios de dosis–respuesta y a los estudios de evaluación de pruebas diagnósticas.

En la medicina basada en la evidencia, la mejor prueba de la eficacia clínica de una intervención la ofrecen los ensayos clínicos y los estudios que los resumen (metaanálisis).

Sin embargo, un buen número de investigadores, incluyendo a quienes desarrollaron la medicina basada en evidencia, han publicado sus problemas. El método más común de manejo de la información ha sido denominado "satisfactorio" por los ocupados clínicos que quedan satisfechos de la información que lograr tener a la mano sacrificando calidad por conveniencia.

Debido a que las habilidades básicas de la medicina basada en evidencia no pueden ser aplicadas al lado de la cama del enfermo, el uso de la evaluación crítica ha sido recomendado sólo para cuestiones selectas basadas en la frecuencia de aparición en la práctica. Para los problemas comunes, la medicina basada en evidencia sugiere que cada clínico trabaje independientemente, o cuando mucho en pequeños grupos, lo que requiere de él una o dos horas por semana de revisión crítica de la literatura existente o de las revisiones sistemáticas, y que obtenga sus propias conclusiones desarrollando su validez y relevancia.

En este modo de aproximaciones basadas en frecuencias para la búsqueda de información, las habilidades de evaluación crítica se utilizan sólo de forma intermitente para contestar cuestiones comunes en la práctica y no son utilizadas durante el cuidado del paciente. Esta evaluación presupone y requiere que cada clínico posea suficientes habilidades críticas y capacidad para elegir el artículo correcto, para evaluar así su capacidad de generar respuestas, las herramientas o habilidad para conseguir la información cuando la requiera y, quizá lo más importante, el coraje para practicar con base en la autoconstrucción del conocimiento.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Este método también requiere que los clínicos en la práctica estén al corriente no sólo del contenido clínico, sino también de la evaluación de los cambios en las técnicas críticas. Para la evaluación de lineamientos o artículos de revisión, la taxonomía de recomendaciones adecuadas incluye no sólo la relevancia, sino también la valoración de la validez. Desafortunadamente, los clínicos en general no han sido capacitados en este criterio de evaluación y utilizan más bien un sistema de búsqueda por fecha para permanecer actualizados, cuando así lo hacen.

La relevancia de la información se define, en términos de su aplicación directa al cuidado del paciente, con un enfoque de tres calificaciones:

a. ¿Se enfoca la información en resultados sobre el cuidado del paciente?
b. ¿Es posible la intervención o práctica y es un problema considerado frecuente en mi práctica diaria?
c. Si esta información es cierta, ¿requiere cambios en mi práctica profesional?

La información, entonces, debe mostrar que esa intervención ayuda al paciente a vivir más y mejor, es posible implementarla y podría requerir cambios en la práctica del clínico. Se ha acuñado el término "evidencia que importa orientada al paciente" (POEM, por sus siglas en inglés), para caracterizar los hallazgos recientes que cumplen estos criterios.

La validez es el rigor técnico con que se enfoca la medicina basada en evidencia, y el trabajo puede ser definido en términos de tiempo, dinero o esfuerzo requerido para obtener una pregunta clínica.

No siempre es la frecuencia del problema clínico lo que decide la búsqueda de literatura; son otros factores los que llevan al clínico a obtener información, en especial el sentimiento de que las opciones que utiliza no son adecuadas o no le resuelven algún aspecto clínico. La presencia de familiares enfermos, la percepción de que el problema se puede resolver de otra forma, el temor a una demanda si no se siguen los procedimientos adecuados o el tiempo disponible para realizar búsquedas son algunos factores que llevan al médico a buscar respuestas. P. ej., en un estudio de 103 médicos con un total de 1 101 preguntas durante su práctica clínica, los médicos buscaron respuesta a sólo 36% de las preguntas. Al intentar buscar éstas, la mitad de los participantes utilizaron menos de 60 seg para encontrar la repuesta o dejar su búsqueda.

Se ha documentado en diversos estudios sobre calidad de la atención; uno de éstos, publicado en el *New England J Med,* analizó la atención que reciben los adultos en EUA y encontró que un paciente con un padecimiento común recibe el cuidado adecuado sólo en la mitad de las ocasiones. Asimismo, el Instituto de Medicina de EUA documentó la muerte de entre 44 000 y 98 000 personas hospitalizadas al año debido a fallas médicas y de la gestión y organización de los servicios de salud.

El manejo de la información se enfoca en la utilización de las herramientas de información disponibles. Estas herramientas pueden dividirse en herramientas de "alerta", que los clínicos utilizan para alertarse de información nueva, relevante y válida, y herramientas de "caza", que permiten a los clínicos encontrar nuevamente la información cuando la requieren. Ambas son necesarias para una práctica efectiva.

Con este enfoque de manejo de la información, más que la doctrina básica de la evaluación crítica, los clínicos pueden enfocarse en la comprensión, interpretación y aplicación de la información en su propia situación clínica.

En la década de 1980, diversos sectores profesionales y científicos comenzaron a ser sensibles a las críticas de Cochrane, y desde 1992, con el objetivo de responder de una manera global e integradora a los desafíos mencionados, se ha desarrollado la colaboración Cochrane, donde se utiliza su producto principal, la base de datos Cochrane de las revisiones sistemáticas, que se publica cada tres meses como parte de la Biblioteca Cochrane. Dichas revisiones son preparadas por los profesionales de asistencia médica que se ofrecen a trabajar en uno de los muchos grupos de revisión de Cochrane, con equipos editoriales que supervisan la preparación y el mantenimiento de las revisiones.

La principal premisa para la práctica de la atención a la salud basada en evidencias, y que desafortunadamente se ha infravalorado al difundir o enseñar la medicina basada en evidencia, es que el personal de salud desarrolle una actitud reflexiva sobre su propio ejercicio profesional, y en el caso de un profesor o directivo en salud, también sobre el ejercicio profesional de sus colegas, para que sea capaz de identificar y cuestionar los vacíos de conocimiento que surgen durante su práctica, en vez de esconderlos o trivializarlos, como demuestran los estudios sobre este tema.

Como es obvio, esta estrategia no va a establecer directamente cuáles son las decisiones clínicas que hay que adoptar, pero sí puede aportar una base útil a partir de la cual se pueda decidir mejor, considerando todos los aspectos clínicos relevantes. La formulación de estrategias de intervención es un complejo proceso que consiste en decidir qué intervenciones deben implantarse en una situación clínica concreta para asegurar la incorporación de la mejor evidencia a la práctica. Por lógica, este proceso debe tener en consideración, además de la mejor evidencia actualizada, las circunstancias del problema, incluidas la situación clínica del paciente y las peculiaridades de la organización asistencial de cada ámbito, así como los valores sociales y las preferencias del paciente en cuestión. Es cierto que la evidencia científica no es más que un componente de este proceso, pero también es verdad que el peso de ésta será cada vez mayor en la toma de decisiones a medida que el conocimiento médico aumente.

Asimismo, cualquier reforma del sistema sanitario y de educación médica que se propugne deberá incluir, necesariamente, nuevos mecanismos que fortalezcan

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

y fundamenten el proceso de toma de decisiones clínicas. Hasta el momento, la inmensa mayoría de los programas docentes y de formación continuada han adoptado exclusivamente la perspectiva individual. Pero en muchos de los países occidentales, cada vez son más las voces que proponen el desarrollo de programas educativos específicamente dirigidos a cubrir las insuficiencias detectadas en la aplicación del método científico en la medicina, y a orientar las políticas científicas en materia sanitaria para hacerlas más congruentes con las necesidades de los pacientes y de los servicios de salud.

Aunque se ha argumentado que la práctica de la medicina basada en la evidencia sólo es posible en condiciones óptimas de presión asistencial, existen ya algunas experiencias que sugieren que incluso los médicos más ocupados pueden practicar este tipo de medicina, aunque es necesario cierto aprendizaje previo.

Las ventajas para los médicos no serían pequeñas: les permitirían actualizar sus conocimientos de forma rutinaria; mejorar su comprensión acerca de los métodos científicos y ser más críticos cuando utilicen datos; incrementar su confianza en las decisiones relacionadas con la gestión; aumentar su capacidad para utilizar las fuentes de información bibliográficas y sus hábitos de lectura, y reforzar la cohesión de los equipos clínicos al establecer un marco objetivo de funcionamiento.

Para los pacientes, la medicina basada en la evidencia puede suponerles un mayor beneficio directo, al disminuir la variabilidad de las prácticas y así acceder a las prestaciones más eficaces. Además, les ofrece una oportunidad de comunicación adicional y operativa con sus médicos, haciendo más objetivos el pro y el contra de cada opción terapéutica y canalizando así su participación real en la toma de decisiones que les afectan. Si la información que se maneja para este tipo de medicina es suficientemente ágil y apropiada, puede ser comprendida perfectamente por numerosos pacientes y grupos de consumidores, con lo que se contribuye también a la democratización real del conocimiento.

El mejor conocimiento para el diagnóstico provendrá de los indicadores probabilísticos derivados de los estudios de pruebas diagnósticas para obtener su sensibilidad, especificidad, valores predictivos, cocientes de probabilidades, etc. Estos estudios, adecuadamente diseñados, convierten un conocimiento muy teórico en otro útil para la acción. Para efectuar un pronóstico, el mejor conocimiento se obtendrá de apropiados estudios de seguimiento (estudios de cohorte). Para las decisiones terapéuticas, el conocimiento de mayor calidad proviene de los ensayos clínicos con distribución aleatoria, que aportan las probabilidades de obtener un resultado de interés en un grupo de pacientes tratados con determinado procedimiento, intervención o sustancia, con relación a un tratamiento alternativo o a un placebo.

Ésta es la estrategia que ha llevado al desarrollo conceptual y operativo de la medicina basada en la evidencia, cuyos antecedentes más próximos deberán buscarse en el nacimiento y el desarrollo de la epidemiología clínica.

Además, hay que tener en cuenta que la obligación del médico de ofrecer lo mejor a sus pacientes no puede separarse del imperativo ético de basar las decisiones en la evidencia existente o de buscarla cuando no se dispone de ella: la dialéctica de ofrecer una asistencia personalizada a la vez que válida científicamente para la práctica médica actual.

El conocimiento sobre si un tratamiento es correcto o no, sobre lo que constituye medicina de calidad, es fruto del consenso profesional y científico, y debe ser incorporado plenamente a la relación médico–paciente.

En una simplificación extrema, el mensaje de Cochrane es el siguiente: no se puede aumentar la eficiencia sin pasar por la eficacia y, podría añadirse, por la efectividad. No es posible, en otras palabras, pensar en aumentar la eficiencia si quienes deben decidir, evaluar o planificar las prestaciones sanitarias no están en condiciones de distinguir lo eficaz de lo que no lo es.

A pesar de ello, desde hace tiempo diferentes autores, con posturas disímiles del tema, coinciden en que no se conoce la eficacia real de una gran parte de las prácticas e intervenciones que constituyen la actividad de los sistemas de salud, y se ha puesto en evidencia que sólo ha sido estudiada la eficacia de una parte de estas prácticas clínicas, muchas de ellas empíricas. Es por eso que, ante la presencia de una queja por posible mala práctica, se tenga que tomar en cuenta para la evaluación del acto médico reclamado la mejor evidencia que se apegue a la *lex artis* que hubiese sido probada, y que constituya la aplicación de métodos similares a casos iguales, y poder discernir entre evidencia o no de mala práctica médica.

A ese tenor, la práctica clínica debe integrar en proporciones adecuadas tres componentes:

1. La experiencia del médico, que ha venido integrándose dentro del llamado "arte de la medicina".
2. Los valores y opiniones de los pacientes.
3. La mejor evidencia disponible, es decir, la medicina basada en evidencia. Este último componente no compite ni tiene que entrar en choque con los otros dos, sino que puede fortalecerlos y complementarlos.

La medicina basada en evidencia busca minimizar la incertidumbre en la práctica clínica, facilitando la toma de decisiones.

Interesa destacar que la medicina occidental como disciplina científica se ha basado tradicionalmente en la observación sistemática y en el método experimental. La práctica médica ha pretendido basarse habitualmente en datos objetivos verificables, es decir, sobre la "evidencia", la cual forma parte del acervo empírico de la tarea clínica. A partir de lo anterior se han presentado cambios recientes propiciados por el fácil acceso a la información, que han volcado los esfuerzos científicos en desarrollar la ciencia con base en mejores datos, evidencias y resultados probados; las innovaciones metodológicas de la investigación

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

clínica se han transformado, así como los medios de difusión, en beneficio de la humanidad.

Una consecuencia de lo anterior se ejemplifica en la elaboración de las guías clínicas y los protocolos asistenciales de hoy en día. La medicina basada en evidencia es un concepto atractivo para los médicos, capaz de dar más contenido científico a la tarea asistencial por la sistematización de la información, suponiendo una innovación teórica con marcadas implicaciones prácticas. Por todo ello, la medicina basada en evidencia está siendo un fenómeno en expansión en la medicina occidental. La medicina basada en evidencia puede constituir una costumbre común de los profesionales de la salud clínicos, los dedicados a la gestión y la planificación, con el objetivo compartido de identificar las intervenciones médicas realmente eficaces y efectivas, facilitando así la selección de aquellas en las que merezca la pena invertir los recursos que la sociedad y el Estado ponen a disposición de un sistema de salud que pretenda ser equitativo. Desde esta visión, la medicina basada en evidencia debiera ser promovida y practicada, siempre y cuando se la comprenda en su verdadera dimensión, y como una herramienta que permita a los investigadores proporcionar información confiable para los clínicos con escaso acceso a la actualización.

Con base en lo anterior, la medicina basada en la evidencia se puede definir como la utilización consciente, explícita y juiciosa de la mejor evidencia científica disponible, para tomar decisiones sobre el cuidado de un paciente concreto. La información derivada de dicha metodología de estudio —disponible en la literatura— puede ser utilizada en el análisis de un caso, en la presentación de casos clínicos en las sesiones hospitalarias o, como ya se mencionó, auxiliando en el análisis de casos derivados de inconformidad médica por una presunta negligencia o impericia, para poder evidenciar una práctica con apego a la *lex artis médica ad hoc* o cribar la evidencia o no de mala práctica.

La medicina basada en la evidencia es un proceso de aprendizaje autodirigido y permanente en el que el cuidado de los pacientes crea la necesidad de buscar información clínicamente importante sobre el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento y otras cuestiones clínicas, para dar respuesta a interrogantes a través de la utilización de las mejores evidencias con las que se pueda responder, valorar y criticar tanto la validez como la utilidad de estas evidencias, y aplicar los resultados en forma oportuna, adecuada y eficiente.

ACCESO ELECTRÓNICO A LA INFORMACIÓN

Un problema reciente que se mencionó antes es el relacionado con las fuentes de información en la era en que se está viviendo —la de la información—, donde

el acceso electrónico mediante la Web permite encontrar información sobre todo tipo de temas, pues se corre el riesgo de encontrar información no validada o respaldada por evidencia científica, o por lo menos sancionada por expertos confiables, por lo que es necesario considerar lo referido en los próximos párrafos.

El acceso a Internet permite obtener enormes cantidades de información con rapidez y economía relativa, en cualquier parte del mundo, durante las 24 h del día y los 365 días del año; nunca había habido tanta información al alcance de cualquier persona, por lo cual se ha difundido el concepto de "sociedad de la información" para denominar a estos tiempos.

En México existen reportes que indican la existencia de alrededor de 12 millones de personas con acceso a Internet que cotidianamente buscan información de toda índole, como sucede en diferentes países. Por ejemplo, usan Internet para buscar información 41% de los europeos. Se calculan 300 000 000 de usuarios de Internet en el mundo, de los cuales 10% están en Latinoamérica y México, que ocupa el cuarto lugar en la zona, con aproximadamente 3% (casi tres millones de usuarios especializados), los cuales se incrementan rápidamente debido a la disminución de los costos de acceso al sistema, el surgimiento de sitios con contenidos locales y una mayor promoción del fenómeno Internet en los medios masivos de comunicación, entre otros factores.

Las profesiones técnicas cuyo ejercicio y desarrollo se basan fundamentalmente en la actualización tecnológica y científica, como la medicina, se benefician grandemente de esta potencialidad. La mayoría de las grandes publicaciones médicas científicas, así como muchas universidades y centros de investigación, ponen a disposición —gratuita o de paga— una versión en línea de sus trabajos. Esto significa la posibilidad de acceder a los nuevos conocimientos el mismo día en que se publican. Sin embargo, no todo es tan grato como se aprecia, pues existen dos grandes problemas para los médicos que buscan información y actualización:

1. Existe un caudal avasallador de información disponible. Según el *National Center for Policy Analysis,* se publican al año 2 millones de artículos científicos nuevos, lo cual resulta en 5 480 artículos nuevos diarios. De acuerdo con Gordon Guyatt, de la Universidad de McMaster (Ontario, Canadá), para estar al día en su especialidad, un médico requeriría leer 90 artículos diarios, en promedio.
2. No toda la información disponible en Internet es correcta, pues muchos adelantos científicos que se anuncian como hechos probados son interpretaciones erróneas de resultados preliminares de investigaciones que aún están en desarrollo. Como una de las principales características de la Red es su falta de censura y control, el dilema no es encontrar información, sino evaluar la credibilidad, importancia y exactitud de un documento recuperado de Internet.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

La abundancia de información hace necesaria la implementación de algunas estrategias para evaluar los sitios Web de donde se obtiene la información, así como la información misma.

Confiabilidad de los sitios Web

La fundación *Health On the Net* (HON), creada en 1996, elaboró un código de conducta para ayudar a estandarizar la credibilidad de la información sobre salud y medicina que se encuentra disponible en la *World Wide Web*. Este código es conocido como HON–Code y establece ocho principios: autoría, complementariedad, confidencialidad, atribución, justificación, transparencia de la autoría, transparencia de los patrocinios y honestidad acerca de las políticas y la publicidad.

La Academia Mexicana de Cirugía está consciente de las grandes oportunidades que ofrece Internet para garantizar el acceso eficiente de los médicos a la información científica actualizada, y también de que si no se establecen estrategias para extraer la *mejor evidencia* de toda la oferta, los profesionales de la salud no podrán aplicarla en beneficio de sus pacientes. Por ello, está comprometida desde su fundación a publicar conforme a lineamientos de seguridad como los de HON–Code, que a continuación se describen, propiciando una herramienta de confiabilidad de la información encontrada en la Red:

Principios del código HON

1. Autoría

Cualquier consejo médico o de salud sugerido por el sitio Web deberá ser proporcionado por médicos o profesionales de la salud especializados y cualificados, a menos que una clara declaración exprese que una parte de la sugerencia ofrecida no es de un profesional de la salud cualificado o de una organización no médica.

Toda la información médica presentada en el sitio Web debe atribuirse a un autor y debe mencionarse su formación y credenciales en el área. Esto puede hacerse en cada una de las páginas con información médica o en una página de información sobre el "Consejo asesor" o el "Consejo editorial".

2. Complementariedad

La información proporcionada en el sitio estará dirigida a apoyar y complementar, nunca a reemplazar, la relación que existe entre un paciente o visitante y su médico actual, y se declarará visible y claramente.

Deberá incluirse asimismo el propósito del sitio Web (y de la organización que lo publica) y su misión. Estas descripciones deben incluir las razones para presentar la información (el propósito del sitio Web) y la audiencia a la que va destinada.

3. Confidencialidad

El sitio Web respetará la confidencialidad de los datos relativos a pacientes y visitantes, incluyendo su identidad personal, por lo que los propietarios del sitio se comprometerán a respetar y exceder los requisitos legales de privacidad de la información médica o de salud que se apliquen en los países donde estén localizados tanto el sitio principal como sus réplicas.

Este principio es aplicable en todos los casos, aun cuando su sitio no almacene o registre archivos de pacientes o cualquier tipo de dato médico o personal. Debe describirse claramente la "política de privacidad", que consiste en la forma como se trata la información confidencial, privada o semiprivada, como las direcciones de correo electrónico, los contenidos de correos electrónicos o el intercambio de correos electrónicos entre sus visitantes–usuarios. Se recomienda mencionar los países donde el sitio Web cumple con los requisitos legales necesarios para la privacidad de la información medicasanitaria.

4. Atribución, referencias y actualización

a. Origen de la información (atribución y referencias). Describir claramente la procedencia y las fuentes bibliográficas del artículo. La bibliografía debe ser incluida, con enlaces o hipervínculos si es posible.

b. Actualización. La fecha en que una página clínica haya sido modificada (actualizada) por última vez deberá estar identificada claramente (p. ej., al final de la página). Para los artículos clínicos se recomienda también incluir la fecha de creación.

Para páginas clínicas, indicar las fechas de creación y de última modificación es muy importante, sobre todo si están vinculadas a nuevos tratamientos.

5. Garantía

Cualquier requerimiento relativo a los beneficios o rendimiento de un tratamiento específico, producto comercial o servicio será respaldado con las evidencias adecuadas y objetivas de la forma que se indica en el principio 4.

A menos que el propósito del sitio Web esté claramente indicado para ser la plataforma comercial de un producto, el editor debe justificar cualquier petición con respecto a la eficacia o no eficacia de cualquier producto comercial o tratamiento, y debe incluir información equilibrada como alternativa (genérica) a los tratamientos. P. ej., si un producto comercial se recomienda por cualquier motivo (no un fármaco activo, sino un nombre comercial específico), la bibliografía (evidencia científica) que apoya la información debe ser incluida, sobre todo mejor si es generada con la metodología Cochrane antes mencionada.

Otro ejemplo: una compañía farmacéutica publica y divulga un sitio que recomienda sólo sus productos. Si existe una declaración presente al efecto sobre que

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

"éste es el sitio Web del producto X", entonces no es necesario que los productos/ genéricos de la competencia sean mencionados. Si un sitio Web de una compañía no realiza esta declaración, entonces ellos deben proporcionar información genérica de la competencia.

6. Transparencia de los autores

Los diseñadores del sitio Web proporcionarán información clara, así como direcciones de contacto para que los visitantes puedan buscar información adicional. Deberá indicarse una dirección *e–mail* válida o un vínculo para realizar un contacto, disponible en la página de inicio del sitio Web, y ser fácilmente accesible en todo el portal. Una persona deberá responder a los mensajes enviados directamente por correo electrónico o a través del formato de contacto en un plazo no superior a las dos semanas de su recepción.

7. Transparencia del patrocinador

El patrocinio del sitio Web estará claramente identificado, incluyendo la identidad de las organizaciones comerciales y no comerciales que hayan contribuido con fondos, servicios o material para el sitio. Todos los sitios Web apoyados por agencias gubernamentales, compañías farmacéuticas u otras entidades comerciales, e incluso las páginas personales sin fuentes externas de financiación, deben cumplir este requerimiento.

8. Honestidad en la política publicitaria

Si la publicidad es una fuente de financiación del sitio, deberá indicarse claramente, y se mostrará una breve descripción de la política publicitaria adoptada por los propietarios. Si el sitio Web no ofrece publicidad, debe disponer de una declaración que indique que el sitio Web ni dispone ni recibe financiación de publicidad.

Los anuncios y otro material promocional serán presentados a los visitantes en una manera y contexto que faciliten la diferenciación entre éstos y el material original creado por la institución que gestiona el sitio, que deberá describirse en la *Política editorial.*

Deberá exponerse la *Política de publicidad* del sitio Web y deben ser explicados los tipos de publicidad no aceptados, especialmente debido a conflictos de intereses.

Si existen barras de anuncios incluidos por un servicio de alojamiento gratuito *(banners* de intercambio), los *Webmasters* deben indicar claramente que dicha publicidad queda fuera del control del editor de la Web.

Aun cuando un sitio no ostente la certificación *HON–Code,* si se observa que la página visitada cumple en general con estas características, podría estarse dentro de una Web confiable.

Cuadro 16–1. Valor de un artículo como evidencia de acuerdo con su validez científica

Tipo de evidencia	Calificación	Validez de sus conclusiones
• Metaanálisis de estudios controlados y aleatorizados • Estudio controlado y aleatorizado de muestra grande • Estudio controlado y aleatorizado de muestra pequeña (enfermedad poco prevalente)	Buena	Evidencia científica para aplicar las conclusiones del artículo a la práctica médica cotidiana
• Estudio controlado y aleatorizado de muestra pequeña (enfermedad prevalente) • Estudios de cohortes • Estudios caso–control • Ensayo clínico no aleatorizado	Regular	
• Series clínicas • Estudios transversales • Conferencias de consenso • Comités de expertos • Anécdotas (a propósito de un caso)	Mala	

Confiabilidad de la información científica

Los criterios que debe considerar el profesional de la medicina para evaluar la información científica que llega a sus manos son los siguientes:

- **Claridad:** esta característica es importante, ya que no sólo médicos y otros profesionales de la salud tienen acceso a los contenidos, sino también el público en general. Si un documento es poco claro, da oportunidad a que haya confusiones e interpretaciones erróneas, que además citarán a la página (y a la organización que la publica) como fuente de referencia. Existen varias fases que pueden oscurecer y complicar la comprensión de un documento, como la traducción *("traduttore e traditore"),* la síntesis de la información (conservando el eje y las conclusiones fundamentales del documento) y la redacción del documento, para que sea comprensible y adecuado al entorno hacia el que se dirige.
- **Pertinencia:** la información debe guardar relación con los objetivos fundamentales de la medicina en general, y, más concretamente, con el problema particular sobre el que el profesional busque su actualización.
- **Actualización periódica:** es relevante que se incluyan contenidos nuevos que atraigan a los usuarios y que además sean vigentes. Se requiere que los sitios publiquen claramente la fecha de actualización.
- **Validez científica:** las fuentes de información confiables, como ya se mencionó, son los ensayos clínicos aleatorizados, seguidos de los metaanálisis y de las revisiones sistemáticas. En el cuadro 16–1 se clasifica la

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Cuadro 16–2. Lista de cotejo para evaluar la confiabilidad de un sitio de Internet

Criterio de calidad	2 puntos	1 punto	0 puntos
1. Autoría	Se indica el autor y una breve descripción de su cualificación y formación	Sólo indica el nombre del autor, sin mayores datos	No existe ninguna información del autor
2. Complementariedad	Propósito del sitio y audiencia destino	Información incompleta/confusa	No aporta dicha información
3. Confidencialidad	Describe una política de confidencialidad clara y los países donde se aplica legalmente	La política de confidencialidad es poco clara	No publica una política de confidencialidad
4. Atribución, referencias y actualización	Declara el origen de la información y bibliografía con enlaces, así como la fecha de actualización	Información incompleta/confusa	No aporta dicha información
5. Garantía	La promoción de un producto se respalda por evidencias adecuadas, equilibradas y objetivas	Información incompleta/confusa	No aporta dicha información
6. Transparencia de los autores	Existe una dirección de contacto válida y visible, así como una persona responsable de responder los mensajes en dos semanas o menos	La dirección es difícil de localizar o la respuesta se tarda más de dos semanas	No hay una dirección de contacto o no es válida
7. Transparencia del patrocinador	Se describen claramente las fuentes de financiamiento, servicios y materiales	Información incompleta/confusa	No publica sus fuentes de financiamiento
8. Honestidad en la política publicitaria	Describe una política de publicidad clara y se pueden diferenciar fácilmente los contenidos editoriales de los publicitarios	Información incompleta/confusa	No publica una política publicitaria

calidad de la evidencia, de acuerdo con su validez científica, así como el valor de las conclusiones del artículo, para aplicarse a la práctica médica cotidiana.

Para evaluar la confiabilidad y la calidad de la información que se publica en un sitio de Internet pueden utilizarse dos listas de cotejo, que se proponen con la finalidad de facilitar al lector la evaluación de los documentos disponibles en Internet, aunque no es la forma en que la Fundación HON califica los sitios Web.

Cuadro 16–3. Lista de cotejo para evaluar la confiabilidad de un documento en Internet

Criterios de calidad	3 puntos	2 puntos	1 punto	0 puntos
1. Claridad	El lenguaje, la redacción y la calidad de la síntesis son óptimos	Al menos dos características son óptimas	Al menos una característica es óptima	El documento es confuso
2. Pertinencia	El padecimiento, nivel de complejidad y resolución, la población blanco y la aplicabilidad del hallazgo o tratamiento que se describen son similares a los pacientes que atiende el profesional	Al menos tres características son similares	Al menos dos características son similares	Sólo una o ninguna característica es similar
3. Actualización	Menos de 2 años	Entre 2 y 5 años	Entre 5 y 10 años	Más de 10 años o no indica la fecha de creación
4. Validez científica	Metaanálisis de estudios controlados y aleatorizados, así como estudios controlados y aleatorizados	Estudios de cohortes, caso–control y ensayos clínicos no aleatorizados	Series clínicas, estudios transversales, conferencias de consenso, comités de expertos	Anécdotas (a propósito de un caso) u opiniones

Validación de la información	
Puntuación del SITIO WEB	Mayor de 12
Puntuación del DOCUMENTO	Mayor de 6
TOTAL	Mayor de 18

REFERENCIAS

1. **Laín Entralgo P:** *Historia universal de la medicina.* Barcelona, Salvat Editores, 1972;tomo I:90.
2. Juramento (traducción del griego de María Dolores Lara Nava). En: *Tratados hipocráticos.* Madrid, Gredos, 1990:77.
3. **Zaragoza JR:** La medicina de los pueblos. En: *Historia universal de la medicina (op. cit.)* tomo I:90. 34.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

4. **Karmelo BM:** Historia de la medicina. Disponible en: *http://www.zuhaizpe.com/articulos/historia_medicina7.htm* [Acceso 10–09–2006].
5. Evidence–Based Medicine Working Group. Evidence based medicine. A new approach to teaching the practice of medicine. *JAMA* 1992;268:2920–2925.
6. **Rosenberg W, Donald A:** Evidence based medicine. An approach to clinical problem solving. *Br Med J* 1995;310:1122–1126.
7. **Crawley L:** Evidence based medicine: a new paradigm for the patient. *JAMA* 1993;269: 1253–1254.
8. **Davidoff FF, Maynes B, Sackett D, Smith R:** Evidence based medicine. A new journal to help doctors identify the information they need. *Br Med J* 1995;310:1085–1086.
9. **Oxman AD, Sacket DL, Guyat GH:** For the Evidence Based Working Group. User's guides to the medical literature. I. How to get started. *JAMA* 1993;270:2093–2095.
10. **Guyatt GH, Sackett DL, Cook DJ:** For the Evidence Based Working Group. User's guides to the medical literature. II. How to use an article about therapy or prevention. *JAMA* 1993;270:1598–1601.
10. **Jaeschke R, Guyatt GH, Sackett DL:** For the Evidence Based Working Group. User's guides to the medical literature. III. How to use an article about diagnostic test. Are the results of the study valid? *JAMA* 1994;271:389–391.
11. **Jaeschke R, Guyatt GH, Sackett DL:** For the Evidence Based Working Group. User's guides to the medical literature. III. How to use an article about diagnostic test. What are the results and they help me in caring for my patients. *JAMA* 1994;271:703–707.
12. **Levine H, Walter S, Haines T, Holbrook H:** for the Evidence Based Working Group. User's guides to the medical literature. IV. How to use an article about harm. *JAMA* 1994; 271:1.615–1.619.
13. **Sackett DL, Rosenberg W, Muir JA, Haynes RB, Richardson WS:** Evidence based medicine: what it is and what it isn't. It's about integrating individual clinical expertise and the best external evidence. *Br Med J* 1996;312:71–72.
14. **Ellis J, Mulligan I, Rowe J, Sackett DL** (A–Team, Nuffield Department of Clinical Medicine): Impatient general medicine is evidence based. *Lancet* 1995;346:407–409.
15. The Cochrane Database of Systematic Reviews (July 1997). Available in the Cochrane Library (database on disk and CDROM). The Cochrane Collaboration; Issue 3. Oxford: Update software, 1997. Updated quarterly.
16. **Slawson D, Shaughnessy A:** Teaching Evidence Based Medicine: Should we be teaching information management instead? *Academic Medicine* 2005;80:685–689.
17. Euopean Commission Public Opinion Analysis. Eurobarometro. Publicado el 6–04–2003. Disponible en: URL: *http://europa.eu.int/comm/public_opinion/index.htm.* [Acceso 23–04–03].
18. The Yankee Group. Boston, EUA. 2000. Disponible en: URL: *http://www.api.cl/editorial/julio/estudio.html.* [Acceso 25–02–2005].
19. National Center for Policy Analysis [USA]. Daily Policy Digest. Health Issues / Research & Technology. *http://www.ncpa.org/iss/hea/2002/pd061102b.html.* (Acceso 25–02–2005).
20. The Health On the Net Foundation. HON Code of Conduct (HONcode) for medical and health Web sites. Disponible en: URL: *http://www.hon.ch/HONcode/Conduct.html.*
21 Basado en: Código HON en español, disponible en: URL: [*http://www.hon.ch/HONcode/Spanish/* [Acceso 26–02–2005].
22. **Aymerich M, Estrada MD, Jovell AJ:** Revisión sistemática de la evidencia científica. En: *Evidencia Científica y Toma de Decisiones en Sanidad.* Monografías Médiques de L'Academie de Ciéncies Médiques de Catalunya de Balears, 1999:93–105.
23. Para conocer el sistema de calificación del HON–Code, vínculos "Directrices", disponible en:

URL: *http://www.hon.ch/HONcode/Guidelines/guidelines_sp.html.* [Acceso 27–02–2005].
24. **Badgett RG, O'Keefe M, Henderson MC:** Using systematic reviews in clinical education. *Ann Intern Med* 1997;126:886–891.
25. **Slavin RE:** Best evidence synthesis: An intelligent alternative to meta–analysis. *J Clin Epidemiol* 1995;48(1):9–18.
26. Historia de la medicina, *http://www.historiadelamedicina.org/antiguedad.html* [Acceso 01–09–2006].
27. **Duclos J:** Medicina basada en evidencias: ¿una estrategia que acerca o aleja de la medicina interna? *Rev Méd Chile* 1999;127:1398–1402.
28. **Rosenberg W, Donald A:** Evidence based medicine: an approach to clinical problem solving. *BMJ* 1995;310:1122–1126.
29. Medicina basada en evidencia, *http://www.fisterra.com/mbe/index.asp* [Acceso 09–09–2006].

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

17

Marco conceptual del derecho sanitario

Osvaldo Romo Pizarro

DERECHO Y SALUD

Se entiende por salud en un sentido académico amplio, según lo define la autoridad castellana, el "estado en que el ser organizado ejerce normalmente todas sus funciones", observando que dicho estado no es solamente la ausencia de enfermedad, sino que va acompañado del desarrollo normal y funcional en la organización fisiológica del cuerpo humano. Para la Organización Mundial de la Salud es: "el estado de completo bienestar físico, mental y social", ingresando aquí en este concepto no sólo el perfecto desarrollo y desenvolvimiento de los órganos fisiológicos, sino además el equilibrio normal de las capacidades mentales y psíquicas del ser humano en situación de normalidad.

Debe, por lo tanto, entenderse que la salud del ser humano es relevante para el derecho, lo que lleva al autor a señalar que no es la protección de una situación específica invariable —hoy o mañana—, estática según se afirma, sino que también hay que defenderla en su posible progresión ante la existencia de todo agente extraño o nocivo que aparezca en el futuro, cualesquiera que sean las alteraciones o manifestaciones de enfermedad que la puedan afectar.

En síntesis, se trata de encontrar la salud perdida en el tratamiento sanitario adecuado, como lo señala explícitamente Martínez–Calcerrada: "en cuanto aparece ese dinamismo, tanto lo sea como defensa frente al agresor, como toda la temática de las lesiones producidas por agentes externos y por la demanda de curación de la salud alterada, el concepto recobra significado jurídico y así es valorado por el derecho". De ahí entonces la necesaria existencia de una tutela

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

jurídica adecuada, que delimite el campo de las responsabilidades en que se desenvuelve el acto médico y, en igual sentido, su evolución y término.

En este campo de acción se encuentra además la obligación del Estado de propender a la salud de sus ciudadanos, del grupo social, de la sociedad que exige servicios asistenciales en la consecución de este objetivo; en este caso, de salud social o comunitaria. En esta ocurrencia debe hablarse del derecho a la protección de la salud, de la cual deben disfrutar las personas para llevar una vida de relación con normalidad y sin sobresaltos que las dañen.

Este derecho está consagrado en las constituciones del mundo civilizado; es el Estado el que se compromete con la sociedad para otorgarla, lo que implica necesariamente la creación de una malla jurídica que organice y administre en forma didáctica instituciones u organismos encargados de ella, protegiendo a la ciudadanía con un ejercicio idóneo por parte de los profesionales encargados de prevenirla y satisfacerla.

Precisamente se afirma que los derechos humanos establecidos en innumerables institutos jurídicos —a tal punto diversos que ya se dividen por ramas o especies— también son referentes indispensables que otorgan los principios valorativos por los cuales debe regirse el acto médico. Los principios de responsabilidad en la ejecución, tolerancia en la contradicción y solidaridad en su ejecución ya nadie los discute, y de una u otra manera éstos se integran a los códigos de ética que rigen a las profesiones sanitarias.

Sin perjuicio de ello, es menester que cada sociedad revise sus propias valoraciones, esto es, sus principios axiológicos, en relación con los nuevos conflictos que proponen las ciencias médicas; no es suficiente, por lo tanto, la norma jurídica que venga a reglamentar determinados procedimientos o actitudes en estas materias, ya que en estos casos no siempre las valoraciones del acervo tradicional dan respuestas adecuadas a estas nuevas situaciones que la ciencia y la tecnología científica proponen en el día a día de los modernos conocimientos.

Se debe, por lo tanto, encontrar entre el hecho fáctico y su valoración una coincidencia que, en su caso, requerirá nuevos razonamientos para que se consiga una identidad formal o coincidencia entre el nuevo hecho científico y su valoración axiomática. Se advierten como ejemplos paradigmáticos de especial análisis a este respecto nuevos proyectos legales y leyes en vigencia sobre materias específicas que tratan sobre eutanasia, eugenesia, clonación y otras, que deberán ser revisados en estos aspectos involucrando valores que influyen decisivamente en el grupo social.

Puede sorprender el *nomen* de derecho sanitario cuando se hace referencia a la malla jurídica que en forma muy heterogénea respalda, condiciona y sanciona en algunos casos el acto médico; no obstante, así como "no hay nada nuevo sobre el horizonte", según el dicho popular, podría agregarse con cierta razón que: "la necesidad hace el órgano", cohesionando materias que dicen tener relación con

la salud y el bienestar sanitario del ser humano, tanto en su individualidad tratada como considerando su aplicación y efectos en la colectividad en tiempo y lugar.

La medicina legal ha sido madre y maestra —según podría afirmarse— de las normativas medicojurídicas creadas posteriormente a su creación como ciencia; con ella en un comienzo se organiza la deontología médica, esto es, los derechos y obligaciones del médico; posteriormente, esta misma se transforma en derecho médico; ahora, son disposiciones sistemáticas destinadas a regir el ejercicio de dicho profesional en la relación del médico con su paciente.

Sin embargo, se ha visto en la actualidad que ya no es el médico quien exclusivamente produce el acto médico, que hoy se aprecia complejo en su estructura, significado y —sobre todo— tratamientos al paciente, lo que determina responsabilidades disgregadas que se esparcen sobre todos los integrantes que contribuyeron a su ejecución.

En el presente, constituye el acto sanitario en su amplitud y complejidad, el cual refleja esta gestión en su totalidad, la que ya no solamente corresponde al médico, sino a diversos especialistas de la salud que coadyuvan con él, sin perjuicio de otorgarle una auténtica autonomía científica sustancial al mismo, constituyendo en esta forma un marco conceptual muy diferente del anterior señalado, exclusivamente médico, que ocurre incluso complementado en la diversidad de gestión de los establecimientos hospitalarios en los cuales se lleva a efecto.

Se sabe que siempre ha existido preocupación de quien legisla u ordena fijar pautas o reglas para la actuación médica y sanitaria, lo que en su contexto no es diferente del objetivo general de toda legislación; esto es, de consecución del bien común a fin de obtener la normal convivencia social. Precisamente porque dicha actuación sanitaria está encaminada en última instancia al bienestar social en la preservación de la salud del ser humano, esta actividad cobra especial significación por sus objetivos y aparece la necesidad de su regulación legal; por ello se afirma con cierta mordacidad que: "ni el médico puede tolerar pacientemente el ser juzgado en su actuación por el jurista, al que considera un intruso en un campo que desconoce; ni el jurista puede pacientemente tolerar que se actúe sobre su cuerpo sin su consentimiento".

Por todo esto, el derecho sanitario va más allá de la simple vinculación jurídica entre médico y paciente, considerada como acuerdo de voluntades, ya sea contractual o extracontractual, toda vez que la actividad sanitaria por sus peculiaridades deberá conformarse dentro de principios rectores de carácter general, aun cuando surja su aplicación en cada caso particular del ejercicio de la profesión médica, como también del evento sanitario en sus variables y matices, lo que dificulta sin duda el tratamiento de esta actividad en cada suceso.

En la opinión del jurista Don Ricardo De Lorenzo: "planteados los conflictos, también habrá que determinar objetivos, a fin de proporcionar pautas y conclusiones a seguir para poder resolverlos, que es lo que precisamente se propone el

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Derecho Sanitario, cuya problemática es planteada por la creciente diversidad de las formas de gestión de los servicios sanitarios que mueven al derecho en una proyección específica que significa una atención "sociosanitaria"; y así solucionar las dificultades para contener la imparable expansión del gasto público farmacéutico, entre otros problemas".

El derecho sanitario no sólo se preocupa de la resolución de los conflictos que se puedan formular en el ejercicio de las profesiones sanitarias; también opera en la constante búsqueda de la prevención de los mismos, cumpliendo así una importante función en la preservación del bien y valor jurídico de la salud. Es por lo demás el fin general del derecho, que surge como forma de prevenir ataques contra ciertos bienes jurídicos o de castigarlos una vez consumados, siendo siempre los primeros bienes sujetos a protección: la vida del ser humano y su integridad como unidad psicofísica.

De esta forma, es el Estado el que se instituye como protector en el libre e igualitario acceso a las acciones de fomento, protección y restablecimiento de la salud perdida con la rehabilitación del individuo. Hoy nadie puede discutir la integridad del derecho sanitario como celebridad en el ordenamiento jurídico, el cual se ocupa de la medicina en el contexto del ejercicio de la profesión médica y, por asimilación y lógica derivación, respecto de las demás profesiones sanitarias vinculadas directamente con la salud. Como se afirma, su campo de acción son las relaciones del profesional sanitario con el sistema de salud, público o privado, con los pacientes y usuarios en general de la sanidad prestada por el Estado o por corporaciones privadas, directa o indirectamente vinculados a él; en fin, con otros especialistas que también se desempeñan en ese amplio campo. Todo ello lleva a este derecho a conocer, y en lo posible a resolver, las variadas y complejas implicaciones jurídicas en la aplicación de las llamadas ciencias médicas aplicadas en el ser humano.

En un sentido amplio, abarca otras ciencias y tecnologías en un constante avance en sus objetivos de salud y bien común; así, p. ej., es la informática la que perfecciona y hace expedita la ficha clínica médica; es la bioquímica la que conjuga el quehacer médico en cientos de exámenes indispensables para la utilización de fármacos en tratamientos médicos. Estas ciencias aquí normatizadas por el derecho enfrentan al especialista a materias tan diversas como el tratamiento de ciertas enfermedades mentales y otras contagiosas; a problemas específicos derivados del trasplante de órganos y tejidos; en la reproducción humana, al intríngulis del inicio de la vida; a la muerte, como ocurre en el caso del mal llamado testamento vital, esto es, decisiones anticipadas a la muerte; en fin, a la clonación en la experimentación con seres humanos, y al estelar en la ocurrencia de estos problemas, que representa hoy todo aquello relacionado con el genoma humano.

A esta trama de situaciones con connotación jurídica se agregan las relaciones con nuevos agentes en el sistema sanitario de los países, como las instituciones

previsionales de salud, que mediatizan el ejercicio en estas profesiones sanitarias entre el profesional y su paciente o usuario de servicios médicos específicos.

Para algunos autores, especialmente del mundo hispanoamericano, aún no se cumple para este nuevo derecho la triple autonomía que detenta toda disciplina científica, esto es, "la científica, formal y didáctica", para que así pueda configurarse como tal; no obstante, hoy se acepta al respecto, por sus especiales características y fisonomía, como una rama independiente de las ciencias madres que lo respaldan e integran, esto es, la medicina y el derecho.

No podría negarse entonces la existencia de normativas legales o reglamentarias textualizadas —aun cuando no siempre sistematizadas— que conforman una entidad definida relativa a la gestión que realiza el médico, no sólo exteriorizada en la actividad profesional especializada, con sus técnicas y metodologías, lo que estructura el acto médico individual, sino también en la prestación del servicio profesional colectivo, ya sea en agrupaciones médicas o bien a través de organismos hospitalarios y de prevención sanitaria cuyo fin es el bienestar general de la salud de una comunidad.

A esto se agrega el constante avance tecnológico de las ciencias y tecnologías médicas, que proyectan su problemática en el campo del derecho, el cual se ve obligado a la creación de nuevos argumentos, entes e instituciones que delimiten y desarrollen su ejecución para la obtención del bien común que persigue en definitiva el acto medicoterapéutico (sanitario en general), actuando entonces para la satisfacción de necesidades vitales del cuerpo social como las de salud y la tutela asistencial al respecto.

Por otra parte, se agrega a esta problemática una real indiferencia para desarrollar estos conocimientos en los respectivos niveles académicos y de especialidad, a fin de evitar, o a lo menos atenuar, situaciones y conductas que pudieran servir de base a dichas responsabilidades extraprofesionales, aunque sanitarias. De ahí entonces la necesidad de estudiar caminos que puedan conducir a soluciones concretas, donde se considera que es el derecho sanitario el que puede prestar la mejor colaboración como disciplina científica que, sistematizada y metodológicamente utilizada, ha demostrado en la práctica su validez para colaborar en la solución de este tipo de problemas que aquejan al individuo y a la sociedad en la búsqueda de soluciones.[339]

ACTO MÉDICO Y VINCULACIÓN JURÍDICA

No podría negarse que en la actualidad existe una nueva conceptualidad en la actuación sanitaria, ya sea que vaya dirigida directamente al sujeto de la intervención o, indirectamente, cuando se procura la obtención o promoción de la salud respecto de un determinado grupo humano.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En esta relación fundamental del médico con su paciente se crea un vínculo jurídico que por su naturaleza científica está destinado a prever, sanar o disminuir enfermedades o trastornos de la salud física o psíquica (o ambas) del paciente. También se observa que se encuentra en relación directa y bilateral con ellas y en algunos casos se ve reemplazada o sustituida por formas colectivas e indirectas de servicio, donde se emplean nuevas tecnologías que utilizan complejas instalaciones con instrumentales sofisticados y gravosos para la ejecución del tratamiento requerido. Surgen entonces interrogantes en relación a nuevos elementos de análisis que con el progreso científico y el mayor conocimiento en la sociedad de estas materias, inciden poderosamente en la atención de salud. En esta consecuencia aparece y se reglamenta el "consentimiento informado" del paciente; la prevención de riesgos en los daños en diagnóstico y tratamiento; la instrumentalización forzosa del acto sanitario, y otras conductas o situaciones que se *textualizan* en sendas leyes y reglamentos que indudablemente *complejizan* el acto médico, aunque abren espacios para su prevención y resolución.

De la vinculación medicojurídica creada por estas prestaciones nacen "obligaciones–derechos" finamente entrelazados, paradigma de lo cual es la relación con esta información obligatoria en toda gestión médica y su aceptación previa a fin de obtener el consentimiento del paciente. De esta manera, la prestación del

---

[339] En el ejercicio del acto médico se produce y estructura una intrincada malla de obligaciones de diversa naturaleza, que si bien están relacionadas dentro del efecto causal de dicho acto, no siempre y necesariamente responden a la voluntad e iniciativa del profesional médico en su ejercicio ordinario. En esta forma, la práctica médica y sanitaria puede en algunos casos ser objeto de reprochabilidad en la medida en que la conducta del agente —médico en su caso— actúe sin considerar la norma o en contradicción o desprecio de ella; también, por inobservancia o falta de previsión y cuidado de los establecimientos sanitarios respecto de los actos que esa actividad establece y requiere. Ya no se aceptan como rechazo a esta reprobación los argumentos de que la medicina no es ciencia exacta sino arte conjetural; o de que el hecho de ser médico es prueba de competencia por detentar calidad universitaria, o de que se aprecie la libertad de conducta del paciente para elegir a su médico. No se discute la procedencia de esta responsabilidad y pocos aceptan la tesis de la irresponsabilidad absoluta en el ejercicio de la profesión. Viene al caso recordar los dos juicios que durante el siglo pasado sentaron jurisprudencia primordial en estas materias: uno, en 1825 en Donsront, seguido contra el Dr. Helie; otro, en 1833 en Ebreux, seguido contra el Dr. Noroy; allí se estableció la procedencia de estas indemnizaciones, por el actuar sin prudencia y precipitación increíble en el primero, y por negligencia grave y falta grosera en el segundo, sentándose el principio que es base y fundamento en la persecución de este tipo de responsabilidad, cuando se resuelve: "Desde el momento en que los hechos reprobados a los médicos salen de los de aquella clase que por su naturaleza están exclusivamente reservados a las dudas y discusiones de la ciencia, desde el momento en que ellos se complican de negligencia, de ligereza o de ignorancia de cosas que se deben necesariamente saber, la responsabilidad del derecho común existe y la competencia de la justicia está abierta." (Romo Pizarro O: *La pericia forense en el acto médico*.)

servicio conlleva necesariamente la obligación primordial del médico de dar una veraz, objetiva y adecuada información sobre los riesgos y naturales consecuencias relativas a la enfermedad y el tratamiento del paciente. Se observa aquí también la relatividad en el otorgamiento de dicho consentimiento cuando la voluntad del paciente se ve interferida por el desconocimiento de medios y tecnologías que debieran emplearse en su intervención y tratamiento, sin perjuicio de aquella parte de riesgo que el tratamiento —necesariamente— impone al médico, lo que se sabe que jamás estará definido con precisión absoluta, toda vez que la medicina no es ciencia exacta, sino conjetural, según se afirma.

La infracción de estos deberes dará lugar a la responsabilidad del profesional, que se hará patente dentro del determinismo causal entre el acto y el daño ocasionado por él. A esto se agrega aquella otra responsabilidad derivada de los actos —de esta naturaleza— del respectivo establecimiento hospitalario, de diversa índole y procedencia, ya sean médicos o de simple servicio, los que también redundan en la atención del paciente, destacando sobre otras, por su gran importancia, su obligación preferente de "memoria médica", con base en la documentación que se debe resguardar en lo médico y lo administrativo, lo histórico y lo contingente.

Se ha roto entonces el esquema de la medicina tradicional, creando una nueva visión filosófica de la ciencia; se detectan profundos cambios en las propiedades, causas y efectos de esta ciencia, los que se estudian y a veces se resuelven conforme a parámetros determinados por otra ciencia, otra técnica o simplemente otra especialidad. Surgen así nuevas formas de responsabilidad en el denominado acto médico, modificándose las vinculaciones contractuales entre el agente de la salud y su paciente, creándose nuevas instituciones dentro del espectro jurídico que las normatiza y reglamenta, que sirven para enriquecer los fundamentos de aquélla, ampliando o restringiendo condicionantes o modalidades, materializando así los presupuestos básicos de igualdad de toda posible y futura controversia jurídica entre las partes involucradas. Sin embargo, los fines de la medicina no han cambiado; es así que la prevención de las enfermedades en toda su amplia gama y diversidad, y asimismo la promoción y mantenimiento de la salud del ser humano, siguen siendo sus objetivos primordiales junto al alivio del dolor y el bienestar psicológico del paciente.

Se aprecian, entonces, cambios profundos tanto en la doctrina como en la legislación; asimismo, en el actuar de los tribunales de justicia, donde se puede observar la disputa entre la culpa y el riesgo en cuanto fundamentan criterios para la imputación de la responsabilidad sanitaria. Además, se observa una apertura en el conocimiento médico vulgar y en el ordenamiento jurídico que protege al individuo en diversos aspectos de su vida de relación, lo que le da una mayor intervención y autoridad en sus decisiones. Es necesario, por lo tanto, elaborar nuevas estructuras que enfrenten el paradigma clásico o, si se quiere, tradicional en

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

la gestión del profesional de la salud al cual se estaba acostumbrado. Debe aceptarse que el modo de ejercer la medicina ha evolucionado profundamente, afectando los deberes y derechos del agente sanitario derivado del contrato de servicios médicos. La medicina ha ido convergiendo progresivamente a un proceso de actividad compleja e interdependiente, según se afirma, creando situaciones difíciles de valorar en muchas oportunidades, por lo que hay que buscar soluciones útiles tanto a los médicos como a los pacientes y entes intermediarios de estas prestaciones.[340]

Es evidente señalar, entonces, que el derecho no queda desmejorado, como tampoco se retracta en sus principios en esta nueva disciplina que constituye el derecho sanitario; por el contrario, según se ha dicho, "ella trata de integrar las normativas atingentes a las obligaciones y deberes, como al hecho y gestión del médico en su ejercicio, para proteger la vida del enfermo, analizando en esta forma su posición ante la ley en la relación médico–paciente y en su labor frente a la comunidad, atendidas las naturales limitaciones de este trabajo y sin desconocer las particularidades de su ejercicio".

Precisamente del objeto donde recae su gestión, que es el hombre, y del fin que persigue, que es la salud de éste, se desprende que el médico no sólo debe responder a la *lex artis* de su ejercicio que conlleva toda profesión liberal, sino también a una especial responsabilidad que considere estas modalidades en su actuación dentro del supuesto de su ejercicio profesional, ya sea individual o compartido.

No obstante, no puede llevarse el ejercicio de la medicina a extremos que signifiquen en definitiva verdaderos abusos del legislador o se traduzcan en el ejercicio del procedimiento judicial, el cual, aun inspirado en la buena fe y la justicia, no debe ser óbice a la iniciativa e investigación que desarrolla y hace evolucionar a la ciencia.

En este sentido, ya hace mucho tiempo que Jiménez de Azúa afirmaba: "nunca será bastante aconsejable la prudencia a los jueces, como al decidir sobre la responsabilidad de los médicos".

---

[340] Los derechos y obligaciones en el acto médico han variado con el tiempo de tal forma que el fundamento de la responsabilidad en general resulta ser en definitiva el hecho dañoso que ha desplazado al acto ilícito; esto, porque existe una creciente preocupación por la víctima (el paciente) en su aceptación última y general de quien recibe la indemnización por el daño; en otras palabras, es el reemplazo del concepto tradicional del acto ilícito que causa la sanción civil por el concepto de hecho dañoso lo que produce una reacción contra el daño injusto, transfiriendo (según se vio) el peso de la prueba al dañador que, en este caso, resulta ser el médico, o bien el establecimiento hospitalario donde se produjo el daño. Se trata así de evitar una contratación desigual y desequilibrante, donde por una parte está el profesional conscientemente equipado con el saber de su ciencia, y por la otra parte, el paciente ignorante de ella, el cual quedará entregado a la sabiduría de su médico, su posible y futuro dañador. Es la disentida doctrina de la culpa objetiva que hoy se abre paso en esta materia en la jurisprudencia de algunas sentencias *(Ibidem,* pág. 5).

Difícil resultará decidir, en todo caso, cuando esta carga sea diluida en grupos de especialistas que tengan bajo su cargo y tuición complejos tratamientos o intervenciones quirúrgicas (como en el caso de los trasplantes), o cuando las decisiones de carácter médico se adopten por varios profesionales en el análisis conjunto de sus conocimientos y experiencias (como ocurre en ciertos casos para la determinación de muerte).

Complicada será en estos casos la individualización y entidad de los cargos respecto de cada uno de los participantes del grupo operativo, pudiendo diluirse o desnaturalizarse dicha responsabilidad, lo que en ningún caso sería equitativo. Cuestión aparte resulta el análisis de la responsabilidad que pudieran tener los llamados centros hospitalarios en otros aspectos derivados de su gestión y en los propios del acto médico, tanto en materia de hechos negligentes y dañosos como, en algunos casos, de los independientes del actuar propio del agente médico que pueden realizar terceros que incluso no detentan esa profesión, lo que también resulta de preocupación para el derecho que trata de reglamentar y prever dichas actuaciones.

Se sabe que hoy tienden tanto los médicos como los abogados y los especialistas a aceptar este tipo de responsabilidades, observándose éstas con mayor claridad e incidencia, no obstante que deban encuadrarse dentro de un marco normativo adecuado y pertinente. Así, en otro aspecto de esta problemática en el ejercicio del profesional de la salud, éste se encuentra ante la obligación ineludible de tener que cumplir con los textos legales que canalizan y legitiman su actuación profesional.

Las legislaciones son fértiles cuando determinan obligaciones en el marco de su gestión; así se disponen obligaciones de información, denuncia, asistencia, requerimiento, etc., para dichos profesionales, especialmente el médico, que siempre estará enfrentado a esta compleja problemática en su quehacer ordinario. De esta forma elaborará un diagnóstico para discernir sobre un tratamiento; deberá cumplir con ciertas denuncias que la ley prescribe a veces, en abierta colisión con su obligación de secreto profesional, todo lo cual lo hará actuar en estas situaciones ante la preexistencia de una ley que juzga el acto en razón de su peculiar manifestación, lo que deberá enjuiciar y resolver.

Obsérvase entonces que existen sobradas razones metodológicas, de sistemática jurídica e incluso de política legislativa, que aconsejan que estos principios, postulados y técnicas que regulan el acto médico, su entorno, derivaciones y consecuencias, deben conformar un todo orgánico suficiente para engendrar una unidad de doctrina que produzca la fisonomía propia de toda disciplina.

El derecho sanitario cumple este objetivo dentro del marco de una auténtica realidad en la gestión del profesional sanitario, teniendo como base las normas que delinean, limitan y determinan el acto médico en sí y en su relación con el grupo social al cual está destinado.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO SANITARIO

Puede entonces considerarse al derecho sanitario como *una disciplina jurídica autónoma de naturaleza interdisciplinaria,* que lo hace actuar en diferentes campos del derecho, utilizando instituciones tradicionales del mismo conforme a la ciencia jurídica clásica (derecho constitucional, civil, penal, etc.), y creando otras a fin de satisfacer estos nuevos y actuales requerimientos normativos que son objeto de análisis, adoptando una perspectiva integradora que debe y puede superar los desafíos que propone la ciencia que estimula y da existencia a sus disposiciones. Recuérdese que esta nueva disciplina lleva en sí, o mejor dicho en su práctica, poderosos efectos sociales, más aún cuando —ahora— aumenta el conocimiento vulgar en la moderna difusión de estos conocimientos, lo que exige un constante replanteamiento de situaciones que el derecho tradicional no siempre está dispuesto a resolver a quienes lo solicitan, debiendo crearse entonces el precepto sanitario. Se reclama en la actualidad una autonomía docente y científica para el derecho sanitario y a consecuencia de ello deberán abrirse espacios adecuados para su estudio y enseñanza, que otorguen al profesional en estas materias una preparación indispensable para su ejercicio. En esta forma se logrará que los principios que lo conforman formen un todo orgánico capaz de engendrar una unidad de doctrina que sirva como nueva disciplina, para así obtener un mejor tratamiento de la realidad sobre la cual se tenga que decidir. La doctrina ya ha reconocido estas nuevas estructuras del derecho forjando tendencias para una especialización que descubra nuevas zonas de investigación en el mismo, lo que puede representar un peligro para su unidad y su propio significado, en una errada aplicación de las normas desconociendo los principios fundamentales de toda política que conlleva el derecho. La columna vertebral de esta política es el acto médico y el hecho derivado o proveniente del mismo; es el eje fundamental que en la obtención de la salud del ser humano y su prevención conduce a la norma sanitaria en un sucesivo y constante progreso, con la creación de una legislación que ya tiene consagración universal en el mundo civilizado, cuya discusión escapa de otras en situaciones de analogía, como ocurre p. ej. con la libertad de decisión sobre la propia muerte, concepto que es contradicho por preceptos penales tradicionales y universalmente aceptados que sancionan el suicidio y su cooperación.

Es por esto que elaborar pautas juridicomorales de contenido homogéneo aceptables para todo el mundo es labor extremadamente difícil en algunos casos e imposible en otros. No es, por lo tanto, sólo la expresión de contenidos que guíen una política sanitaria y sus correspondientes decisiones la que habilita la existencia del derecho sanitario; por el contrario, su objetivo último es la creación de un marco conceptual que sirva para vincular a individuos y procedimientos en la toma de decisiones en una empresa de tareas comunes, con el objetivo común de propender a la salud del grupo social en general y del individuo en particular.

Esto lleva, finalmente, a la conclusión lógica —ampliamente compartida— de que si la conducta humana debe estar siempre acorde con los principios morales, los actos de estos profesionales deberán también ajustarse a esos principios mediante normas que "prevean, obliguen y sancionen", algunas veces, las contradictorias materias incluidas en éstas.

Podría decirse que el derecho sanitario es parte de la organización jurídica de toda nación y su estructura responde a los cánones del mundo occidental civilizado, teniendo como objetivo primordial la creación de normas jurídicas para la consecución del deber de protección de la salud de las personas. La asistencia médica en sentido amplio, regularizada en el acto médico, está inserta en un escenario social plagado de peligros; es por eso que al aumentar la complejidad de la ciencia irá aumentando la responsabilidad del profesional y de sus vinculaciones.

Es así que, como respuesta y respaldo a la ley constitucional que ordena la protección y prevención de la salud de los ciudadanos de un Estado, surge la norma de especialidad que pone freno a las iniciativas que no se compadecen de las conductas éticas que rigen el ejercicio de estas profesiones; también labra cauces para que la responsabilidad por el daño en el ejercicio de estas profesiones no cree falsas expectativas que induzcan a situaciones de injusticia que muchas veces dañan en forma grave e impredecible la integridad y dignidad de dichos profesionales.

Los proyectos en las legislaturas de diversos países sobre una legislación referida especialmente al área del Derecho Sanitario, en ámbitos de gestión que afectan en particular a la profesión médica y en general a otras profesiones sanitarias, a lo que se agrega su relación con los derechos fundamentales del ser humano en su rango constitucional, producirán modificaciones en las diferentes jurisdicciones de lo contencioso civil, penal, administrativo y social; por ello debe considerarse especialmente para el futuro el estudio de estos conocimientos, para que se encaucen y conduzcan en su caso a resoluciones de naturaleza jurídica. Esta circunstancia, que ya es una realidad palpable tanto en el ejercicio de la judicatura como en la redacción de leyes en algunos países, obliga a la interpretación y aplicación de preceptos de esta naturaleza, para así poder analizar y aplicarlos en su compleja estructura al caso específico, pudiendo resolver las situaciones de conflicto que se produzcan. Es, por lo demás, lo que se espera del derecho sanitario.[341]

[341] El derecho sanitario ha sido definido en dos grandes vías: a. La disciplina emergente, que define las relaciones entre los usuarios o pacientes y los sistemas nacionales de salud y, fundamentalmente, entre aquéllos y el médico o los profesionales sanitarios junto con los principios que les sirven de fundamento. b. Como disciplina autónoma que tiene por objeto la regulación de la salud pública, la atención médica y la asistencia social. Lo anterior conforme a la Declaración de Madrid, adoptada en sesión especial de la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario, por iniciativa de los presidentes de las asociaciones argentina, chilena, española y mexicana de derecho sanitario, en el XI Congreso Español de Derecho Sanitario, en octubre de 2004. *Vide: Revista CONAMED* 2004, oct.–dic.;9(4).

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Apéndice I

Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario (ensayos metodológicos)

NORMAS OFICIALES MEXICANAS EN ATENCION MÉDICA

Norma Oficial Mexicana NOM-001-SSA1-1993, que instituye el procedimiento por el cual se revisará, actualizará y editará la Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.

Norma Oficial Mexicana NOM-001-SSA2-1993, que establece los requisitos arquitectónicos para facilitar el acceso, tránsito y permanencia de los discapacitados a los establecimientos de atención médica del Sistema Nacional de Salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-002-SSA2-1993, para la organización, funcionamiento e ingeniería sanitaria del servicio de radioterapia.

Norma Oficial Mexicana NOM-003-SSA2-1993, para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.

Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los servicios de planificación familiar.

RESOLUCION por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar.

Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA2-1993, para la prevención y control de la tuberculosis en la atención primaria de la salud.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA2-1993, para la prevención y control de la tuberculosis en la atención primaria a la salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Norma Oficial Mexicana NOM-009-SSA2-1993, para el fomento de la salud del escolar.

Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la prevención y control de la infección por virus de la inmunodeficiencia humana.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

Norma Oficial Mexicana NOM-011-SSA2-1993, para la prevención y control de la rabia.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-011-SSA2-1993, para la prevención y control de la rabia.

Norma Oficial Mexicana NOM-013-SSA2-1994, para la prevención y control de enfermedades bucales.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-013-SSA2-1994, para la prevención y control de enfermedades bucales, publicada el 6 de enero de 1995.

Norma Oficial Mexicana NOM-014-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de cáncer del cuello, útero y de la mama en la atención primaria.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-014-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control del cáncer del cuello del útero y mamario en la atención primaria, para quedar como NOM-014-SSA2-1994, para la prevención, detección, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer cérvico uterino.

Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de la diabetes.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de la diabetes.

Norma Oficial Mexicana NOM-016-SSA2-1994, para la vigilancia, prevención, control, manejo y tratamiento del cólera.

Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-1994, para la vigilancia epidemiológica.

Norma Oficial Mexicana NOM-020-SSA2-1994, para la prestación de servicios de atención médica en unidades móviles tipo ambulancias.

Norma Oficial Mexicana NOM-021-SSA2-1994, para la vigilancia, prevención y control del complejo teniasis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-021-SSA2-1994, para la prevención y control del complejo teniosis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica, para quedar como NOM-021-SSA2-1994, para la prevención y control del Binomio teniosis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-022-SSA2-1994, para la prevención y control de la brucelosis en el hombre.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-022-SSA2-1994, para la prevención y control de la brucelosis en el hombre.

Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-1994, para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médica-psiquiátrica.

Norma Oficial Mexicana NOM-027-SSA2-1999, para la prevención, control y eliminación de la lepra.

Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de las adicciones.

Norma Oficial Mexicana NOM-029-SSA2-1999, para la vigilancia epidemiológica, prevención y control de la leptospirosis en el humano.

Norma Oficial Mexicana NOM-030-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de la hipertensión arterial.

Norma Oficial Mexicana NOM-031-SSA2-1999, para la atención a la salud del niño.

Norma Oficial Mexicana NOM-032-SSA2-2002, para la vigilancia epidemiológica, prevención y control de enfermedades transmitidas por vector.

Norma Oficial Mexicana NOM-034-SSA2-2002, para la prevención y control de los defectos al nacimiento.

Norma Oficial Mexicana NOM-035-SSA2-2002, prevención y control de enfermedades en la perimenopausia y posmenopausia de la mujer. Criterios para brindar la atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-036-SSA2-2002, prevención y control de enfermedades. Aplicación de vacunas, toxoides, sueros, antitoxinas e inmunoglobulinas en el humano.

Norma Oficial Mexicana NOM-037-SSA2-2002, para la prevención, tratamiento y control de las dislipidemias.

Norma Oficial Mexicana NOM-038-SSA2-2002, para la prevención, tratamiento y control de las enfermedades por deficiencia de yodo.

Norma Oficial Mexicana NOM-039-SSA2-2002, para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual.

Norma Oficial Mexicana NOM-040-SSA2-2004, en materia de información en salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-041-SSA2-2002, prevención, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer de la mama.

Norma Oficial Mexicana NOM-090-SSA1-1994, para la organización y funcionamiento de residencias médicas.

Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico.

Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología.

Norma Oficial Mexicana NOM-171-SSA1-1998, para la práctica de hemodiálisis.

© Editorial Afil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Norma Oficial Mexicana NOM-172-SSA1-1998, prestación de servicios de salud. Actividades auxiliares. Criterios de operación para la práctica de la acupuntura humana y métodos relacionados.

Norma Oficial Mexicana NOM-173-SSA1-1998, para la atención integral a personas con discapacidad.

Norma Oficial Mexicana NOM-174-SSA1-1998, para el manejo integral de la obesidad.

Norma Oficial Mexicana NOM-178-SSA1-1998, que establece los requisitos mínimos de infraestructura y equipamiento de establecimientos para la atención médica de pacientes ambulatorios.

Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.

Norma Oficial Mexicana NOM-197-SSA1-2000, que establece los requisitos mínimos de infraestructura y equipamiento de hospitales generales y consultorios de atención médica especializada.

Norma Oficial Mexicana NOM-205-SSA1-2002, para la práctica de la cirugía mayor ambulatoria.

Norma Oficial Mexicana NOM-206-SSA1-2002, regulación de los servicios de salud. Que establece los criterios de funcionamiento y atención en los servicios de urgencias de los establecimientos de atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-208-SSA1-2002, regulación de los servicios de salud. Para la práctica de la ultrasonografía diagnóstica.

Norma Oficial Mexicana NOM-209-SSA1-2002, regulación de los servicios de salud. Para la práctica de cirugía oftalmológica con láser excimer.

Norma Oficial Mexicana NOM-233-SSA1-1993, que establece los requisitos arquitectónicos para facilitar el acceso, tránsito, uso, permanencia de las personas con discapacidad en establecimientos de atención médica ambulatoria y hospitalaria del Sistema Nacional de Salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-234-SSA1-2003, utilización de campos clínicos para ciclos clínicos e internado de pregrado.

Apéndice II

Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico

Carlos Tena Tamayo

CAPÍTULO PRIMERO

Del objeto y principios

Artículo 1º. El presente reglamento tiene por objeto normar los procedimientos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, sus disposiciones son obligatorias para los servidores públicos de este órgano desconcentrado; las partes estarán obligadas al cumplimiento de este instrumento en los términos que el mismo establece.

Artículo 2º. Para efectos de este reglamento, se entenderá por:

I. **Arbitraje en estricto derecho.** Procedimiento para el arreglo de una controversia, entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes.

II. **Arbitraje en conciencia.** Procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia en equidad, bastando ponderar el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica.

III. **Cláusula compromisoria.** La establecida en cualquier contrato de prestación de servicios profesionales o de hospitalización, o de manera especial en cualquier otro instrumento a través de la cual las par-

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

tes designen a la CONAMED para resolver las diferencias que puedan surgir con motivo de la atención médica, mediante el proceso arbitral.

IV. **Compromiso arbitral.** Acuerdo otorgado por partes capaces y en pleno ejercicio de sus derechos civiles por el cual designen a la CONAMED para la resolución arbitral; determinen el negocio sometido a su conocimiento; acepten las reglas de procedimiento fijadas en el presente reglamento o, en su caso, señalen reglas especiales para su tramitación.

V. **CONAMED.** La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

VI. **Decreto.** El decreto por el que se crea la CONAMED, publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de junio de mil novecientos noventa y seis.

VII. **Dictamen médico institucional.** Informe pericial de la CONAMED, precisando sus conclusiones respecto de alguna cuestión médica sometida a su análisis, dentro del ámbito de sus atribuciones. Tiene carácter institucional, no emitido por simple perito persona física y no entraña la resolución de controversia alguna; se trata de mera apreciación técnica del acto médico, al leal saber y entender de la CONAMED, atendiendo a las evidencias presentadas por la autoridad peticionaria.

VIII. **Irregularidad en la prestación de servicios médicos.** Todo acto u omisión en la atención médica que contravenga las disposiciones las disposiciones que la regulan, por negligencia, impericia o dolo, incluidos los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

IX. **Laudo.** Es el pronunciamiento por medio del cual la CONAMED resuelve, en estricto derecho o en conciencia, las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes.

X. **Negativa en la prestación de servicios médicos.** Todo acto u omisión por el cual se rehusa injustificadamente la prestación de servicios médicos obligatorios.

XI. **Opinión técnica.** Análisis emitido por la CONAMED, a través del cual establecerá apreciaciones y recomendaciones necesarias para el mejoramiento de la calidad en la atención médica, especialmente en asuntos de interés general. Las opiniones técnicas podrán estar dirigidas a las autoridades, corporaciones médicas, o prestadores del servicio médico y no serán emitidas a petición de parte, ni para resolver cuestiones litigiosas.

XII. **Partes.** Quienes hayan decidido someter su controversia, mediante la suscripción de una cláusula compromisoria o compromiso arbitral, al conocimiento de la CONAMED.

XIII. **Prestador del servicio médico.** Las instituciones de salud de carácter público, social o privado, así como los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, sea que ejerzan su actividad en dichas instituciones, o de manera independiente.

XIV. **Principios científicos de la práctica médica (Lex artis medica).** El conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.

XV. **Principios éticos de la práctica médica.** El conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica.

XVI. **Proceso arbitral.** Conjunto de actos procesales y procedimientos que se inicia con la presentación y admisión de una queja y termina por alguna de las causas establecidas en el presente reglamento, comprende las etapas conciliatoria y decisoria y se tramitará con arreglo a la voluntad de las partes, en estricto derecho o en conciencia.

XVII. **Pronunciamiento institucional.** Manifestaciones hechas por la CONAMED a las partes con e fin de promover el arreglo de una controversia sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

XVIII. **Queja.** Petición a través de la cual una persona física por su propio interés o en defensa del derecho de un tercero, solicita la intervención de la CONAMED en razón de impugnar la negativa de servicios médicos o la irregularidad en su prestación.

XIX. **Secretaria.** La Secretaría de Salud.

XX. **Transacción.** Es un contrato o convenio otorgado ante la CONAMED por virtud del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones terminan una controversia.

XXI. **Usuario.** Toda persona que requiera u obtenga servicios médicos.

Artículo 3º. Dada la naturaleza civil del arbitraje médico en el trámite del mismo se atenderá a la voluntad de las partes.

Artículo 4º. Para el cumplimiento de su objeto, en términos de su Decreto y del presente reglamento, la CONAMED realizará las siguientes acciones:

I. Atenderá las quejas presentadas.

II. Brindará la orientación y la asesoría especializada que el usuario necesite, particularmente la que se refiere a los alcances y efectos legales del proceso arbitral y de otros procedimientos existentes.

III. Gestionará la atención inmediata de los usuarios, cuando la queja se refiera a demora, negativa de servicios médicos, o cualquier otra que pueda ser resuelta por esta vía.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

IV. Actuará en calidad de árbitro, atendiendo a las cláusulas compromisorias y compromisos arbitrales.

V. Podrá intervenir discrecionalmente y no a petición de parte en asuntos de interés general, propugnando por la mejoría de los servicios médicos, para cuyo efecto emitirá las opiniones técnicas y recomendaciones que estime necesarias.

VI. Elaborará los dictámenes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, así como por las instituciones con las cuales establezca convenio de colaboración.

Artículo 5º. Cuando la solicitud del usuario pueda ser resuelta a través de orientación, asesoría o gestión inmediata, la CONAMED procederá a desahogarla a la brevedad.

Artículo 6º. Los procedimientos ante la CONAMED invariablemente serán gratuitos.

Artículo 7º. Todo servidor público de la comisión está obligado a guardar reserva de los asuntos que se tramiten y sustancien en la misma, así como respecto de los documentos públicos o privados que formen parte de los expedientes de queja y al igual que de las opiniones y resoluciones que se adopten en cada caso.

Las partes estarán obligadas a guardar confidencialidad durante el proceso arbitral, al efecto se otorgarán los instrumentos y cláusulas correspondientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

De los actos procesales en general

Sección primera

Del trámite de los asuntos

Artículo 8º. Para la tramitación y resolución de los asuntos ante la CONAMED, se estará a lo dispuesto en el presente reglamento, siempre que las partes no hubieren realizado alguna prevención especial en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. Para la tramitación de quejas respecto de las instituciones nacional de seguridad social y a fin de respetar la legislación en la materia, se estará en su caso, a lo previsto en las bases de colaboración que al efecto se emitan, siguiendo en lo conducente este reglamento.

Artículo 9º. El proceso arbitral podrá tramitarse ante la CONAMED por correo certificado o mensajería con acuse de recibo, en cuyo caso, las partes

determinarán en el compromiso, el modo de cumplir las formalidades esenciales del procedimiento arbitral.

Artículo 10. Todos los expedientes se formarán por la CONAMED con la colaboración de las partes, terceros y auxiliares que hayan de intervenir, observándose forzosamente las siguientes reglas:

I. Todos los escritos y actuaciones deberán escribirse en español y estar firmados por quienes intervengan en ellos. Cuando alguna parte no supiere o no pudiere firmar, impondrá su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

II. Tratándose de personas que por provenir de algún grupo indígena no hablen o entiendan el idioma español, o de personas sordas, la CONAMED asignará de manera gratuita un intérprete.

III. Los documentos redactados en idioma extranjero deberán acompañarse de la correspondiente traducción al español. Se exceptúa de esta regla la literatura médica en otro idioma.

IV. En las actuaciones ante la CONAMED, las fechas y cantidades se escribirán con letra, y no se emplearán abreviaturas, ni rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se pondrá una línea delgada que permita la lectura salvándose al final del documento con toda precisión el error cometido.

V. Las actuaciones de la CONAMED deberán ser autorizadas por el personal jurídico actuante en las diferentes etapas del proceso arbitral.

VI. Cuando se trate de documentos esenciales para la queja, especialmente del expediente clínico y otros que por su naturaleza sean insustituibles, a criterio de la CONAMED, se solicitarán en original o en copia simple, los que en su caso podrán ser confrontados y autorizados por el personal jurídico que actúe, agregándose al expediente las copias debidamente cotejadas. La CONAMED determinará discrecionalmente y atendiendo a la naturaleza del asunto motivo de arbitraje si una vez confrontadas y autorizadas las copias sea pertinente devolver los originales a los interesados o sea menester esperar a la conclusión del proceso. Los documentos originales y los valores que deban depositarse en las instalaciones de la CONAMED serán resguardados, al efecto la CONAMED determinará discrecionalmente la conducente.

Artículo 11. Las audiencias se llevarán a efecto observando las siguientes reglas:

I. Serán privadas, en tal razón sólo podrán encontrarse dentro del recinto en que se lleven a efecto, las personas que legítimamente hayan de intervenir.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

II. Los servidores públicos de la CONAMED que intervengan, estarán obligados a identificarse plenamente.

III. Quien actúe como apoyo jurídico hará constar el día, lugar y hora en que principie la audiencia, así como la hora en que termine.

IV. No se permitirá interrupción en la audiencia por persona alguna, sea de los que intervengan en ella o de terceros ajenos a la misma. El personal de la CONAMED queda facultado para hacer salir del recinto en que se actúe a la persona que interfiera el desarrollo de la diligencia.

V. Las personas que intervengan en la diligencia deberán comportarse debidamente. El personal de la CONAMED, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 13 y 21, queda facultado para corregir y hacer salir del recinto en que se actúe, a la persona que de palabra o de obra o por escrito, faltare a la consideración y respeto debidos a las partes, terceros o al personal de la CONAMED.

VI. Se levantará acta de la audiencia, la cual será asignada por los que intervengan previa lectura de la misma. La negativa a firmar el acta o a recibir copia de la misma, se deberá hacer constar en el acta y no afectará su validez, ni la de la audiencia.

Artículo 12. El personal que actúe recibirá por sí mismo las declaraciones y presidirá las actuaciones, bajo su más estricta responsabilidad.

Artículo 13. Para mantener el buen orden en las diligencias a cargo de la CONAMED, las institución podrá aplicar las medidas de orden necesarias, sin perjuicio de solicitar el auxilio de las autoridades correspondientes.

Artículo 14. Las actuaciones de la CONAMED se practicarán en días y horas hábiles. Son días hábiles todos los días del año, excepto sábados y domingos y aquellos que las leyes declaren festivos, en términos del calendario oficial; además de aquellos días en que se suspendan las actividades en la comisión.

Se entienden horas hábiles las que medien desde las nueve hasta las dieciocho horas.

Artículo 15. Para la recepción documental la CONAMED contará con una oficialía de partes común, sin perjuicio de que en cada unidad administrativa exista una propia.

La primera tendrá como única atribución la recepción y turno del escrito por el cual se inicia un procedimiento al área correspondientes.

Las promociones subsecuentes deberán presentarse en la unidad administrativa correspondiente.

Artículo 16. Los interesados podrán exhibir una copia simple de las promociones que presenten a fin de que la oficialía de partes correspondiente se los devuelva con la anotación de la fecha y hora de presentación, sellada y firmada por el servidor público que la reciba.

Artículo 17. Quien actúe como apoyo jurídico del módulo o sala que corresponda, dará cuenta de los escritos presentados, a más tardar dentro de las setenta y dos horas de su presentación.

Artículo 18. El personal que funja como apoyo jurídico cuidará que las promociones originales o en copias sean claramente legibles y los expedientes sean foliados.

Artículo 19. En ningún caso se entregarán los expedientes a las partes para que los lleven fuera de la CONAMED. Las frases "dar vista" o "correr traslado" sólo significan que los documentos estarán en la CONAMED para su consulta por los interesados, para la entrega de copias, para tomar apuntes, alegar o hacer cuentas. Las disposiciones de este artículo comprenden a las autoridades que pudieran solicitar los expedientes.

Artículo 20. El proceso arbitral no tiene por objeto constituir medios preparatorios a juicio ni preconstituir prueba alguna, por lo cual, la CONAMED sólo estará obligada a expedir copia fotostática, confrontada o certificada de los documentos que obren en el expediente, siempre y cuando las partes hubieren suscrito el compromiso arbitral.

Cuando se trate de copia simple bastará que las partes lo soliciten verbalmente, sin que se requiera acuerdo especial, dejando constancia en el propio expediente de su recepción.

Para obtener copia certificada de cualquier documento que obre en el expediente, las partes deberán solicitarlo en comparecencia o por escrito, requiriéndose el acuerdo del área en el que esté radicado el asunto y sólo se expedirá, cuando se pidiere copia o testimonio de parte de un documento, si se adiciona con lo que a su costa estime conducente lo contrario.

Cuando la parte interesada solicite copia certificada de uno o varios documentos completos, en ningún caso se dará a la contraria. Al entregarse las copias certificadas, el que las reciba debe dejar razón y constancia de su recibo, en el que señale las copias recibidas.

No se entregarán a terceros ajenos al procedimiento arbitral copias de ningún documento de los contenidos en los expedientes. En caso de requerirlo alguna autoridad legalmente facultada, será necesario legal mandamiento escrito.

Artículo 21. La CONAMED, en términos de las disposiciones aplicables del Código de Procedimientos Civiles que deba de ser observado, solicitará cuando resulte necesario, el auxilio judicial.

En igual sentido cuando sea necesario, podrá solicitar la colaboración de las dependencias y entidades de la Administración Pública.

Artículo 22. Para lo no previsto en el presente ordenamiento, en cuanto al procedimiento, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Las partes podrán pactar la sujeción, en su caso, a la legislación local, atendiendo a las reglas de jurisdicción prorrogada.

© Editorial Afil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Artículo 22 bis. Operará la caducidad del proceso arbitral si transcurren ciento veinte días sin que exista promoción de alguna de las partes para continuar con el procedimiento.

La caducidad podrá ser decretada de oficio o a petición de parte.

La caducidad extingue la queja pero no la acción. En consecuencia, el quejoso podrá iniciar una nueva inconformidad ante la CONAMED, siempre que la acción no haya prescrito.

Artículo 23. Para la resolución de las controversias, en cuanto al fondo, se aplicarán:

I. El Código Civil Federal, por cuanto se refiere a los aspectos civiles, salvo acuerdo expreso de las partes en el sentido de sujetarse a la legislación local.

II. La Ley General de Salud y sus disposiciones reglamentarias por cuanto se refiere a los aspectos médicos.

III. La Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, especialmente por cuanto se refiere al ejercicio profesional, en su caso, se aplicará así mismo, la legislación local.

IV. Los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

Las partes podrán pactar a sujeción, en su caso, a la legislación local, atendiendo a las reglas de jurisdicción prorrogada.

Sección segunda

De los plazos y notificaciones

Artículo 24. Salvo disposición en contrario, las resoluciones de trámite deberán mandarse notificar, dentro de los quince días siguientes a aquel en que se hubiere citado para dictarse.

Artículo 25. Se notificarán personalmente:

I. La admisión de la queja, al prestador del servicio médico.

II. Los autos definitivos.

III. Los pronunciamientos institucionales que emita la CONAMED, en términos del artículo 2º; fracción XVII.

IV. Los laudos.

V. Las demás que acuerden las partes o determine la CONAMED.

Artículo 26. Toda notificación que por disposición del presente ordenamiento deba hacerse personalmente, se entenderá con el interesado, su representante,

mandatario, procurador o autorizado en el expediente, entregando la resolución correspondiente, previa suscripción del acuse de recibo en el cual se anotará la razón.

Tratándose de quejas donde los hechos se hayan suscitado en el interior de la República se diligenciarán mediante correo certificado o mensajería con acuse de recibo.

Artículo 27. Al notificar la admisión de la queja al prestador del servicio médico, se estará al siguiente procedimiento:

I. Además de cumplir con las reglas fijadas en las fracciones I y II del artículo 28, el notificador se identificará ante la persona con la que se entienda la diligencia; exhortando a ésta se identifique, asentando su resultado, así como los medios por los que se cerciore de ser el domicilio del buscado, precisando los signos exteriores del inmueble que puedan servir de comprobación de haber acudido al domicilio señalado y las manifestaciones que haga el que reciba la notificación en cuanto a su relación laboral, de parentesco, negocios, de habitación o cualquier otra existente con el interesado.

II. Además de la cédula, se entregará a la persona con quien se entienda la diligencia, una copia del escrito de queja debidamente cotejado y sellado; no se adjuntarán copias de las pruebas del quejoso, para evitar su indefensión en el evento de que el prestador decida no someterse al arbitraje.

III. La documentación se entregará en sobre cerrado, para evitar su conocimiento por terceros ajenos al procedimiento, excepción hecha de la persona con la cual se entienda la diligencia.

IV. Cuando exista oposición a la diligencia, el notificador expresará en el acta las causas precisas por las que no se hubiere podido notificar ante lo cual la CONAMED procederá a realizar la notificación por correo certificado con acuse de recibo o mensajería.

Artículo 28. Cuando se tratare de notificación personal, en caso distinto al del artículo anterior, las partes deberán acudir a notificarse en el local de la CONAMED; cuando no lo hicieren dentro de los tres días siguientes al en que se hubiere emitido la resolución, la notificación se llevará a efecto conforme a las siguientes reglas:

I. La CONAMED hará la notificación por escrito, en el que se hará constar la fecha y hora de entrega; la clase de procedimiento, los nombres y apellidos de las partes; en su caso, la persona física o moral a notificar; la unidad que manda practicar la diligencia; transcripción de la determinación que se manda notificar y el nombre y apellidos de la

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

persona a quien se entrega, levantándose acta de la diligencia, en la que se procurará recabar la firma de la persona con la cual se hubiera entendido la diligencia. Tales documentos se agregarán al expediente.

II. Si no se encontrare al buscado, se entenderá la diligencia con los parientes, empleados o domésticos del interesado o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, después de que el notificador se haya cerciorado de que corresponde a la persona que debe ser notificada; se expondrán en todo caso los medios por los cuales el notificador se haya cerciorado de lo anterior.

III. La documentación se entregará en sobre cerrado, para evitar su conocimiento por terceros ajenos al procedimiento, excepción hecha de la persona con la cual se entienda la diligencia.

IV. Si existiere oposición a la diligencia o según sea el caso, la persona a notificar hubiere cambiado su domicilio, se procederá a realizar la notificación, dentro de los dos días hábiles siguientes al en que se presente la oposición o se tenga noticia del cambio de domicilio, por publicación en los listados que para dichos efectos se emitan, debiéndose agregar al expediente, además de los documentos previstos en la regla anterior, la constancia de inclusión en el listado correspondiente.

Todas las notificaciones realizadas con arreglo a lo previsto en el presente artículo, se entenderán realizadas personalmente.

Artículo 29. Todas las notificaciones, excepción hecha de las realizadas en el arbitraje tramitado por correo certificado o mensajería, surtirán sus efectos al día siguiente al en que se practiquen. En el caso de las realizadas por correo certificado con acuse de recibo, se entenderán practicadas en la fecha de recepción que se asiente en el acuse.

Para el caso de ordenarse la notificación por correo en el caso de oposición previsto en la fracción IV del artículo 27, ésta surtirá sus efectos al día siguiente de haber puesto la CONAMED la cédula en el correo.

Los plazos empezarán a correr al día siguiente hábil en que surta efecto la notificación y se contará en ellos el día del vencimiento. En ningún plazo se tomarán en cuenta los días inhábiles.

Artículo 30. La CONAMED sólo reconoce como términos comunes a las partes el relativo a ofrecimiento de pruebas, y aquellos en que se determine la vista para el desahogo por las partes al mismo tiempo.

Artículo 31. En los autores se hará constar el día de inicio y conclusión de los términos.

Artículo 32. Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, el procedimiento seguirá su curso y se tendrá por perdido el derecho que dentro de ellos debió ejercitarse.

Artículo 33. Cuando este Reglamento no señale términos para la práctica de algún acto arbitral, o para el ejercicio de algún derecho, se tendrá por establecido el de tres días, sin necesidad de prevención especial, a menos que la CONAMED fijare un término especial.

CAPÍTULO TERCERO

Del proceso arbitral

Sección primera

Disposiciones comunes

Artículo 34. En términos de la legislación procesal civil, del Decreto y el presente ordenamiento las partes en una relación médico-paciente, tienen derecho a sujetar sus diferencias al arbitraje de la CONAMED.

Artículo 35. Para la tramitación del procedimiento arbitral se requerirá de cláusula compromisoria o compromiso arbitral debidamente suscrito por las partes.

Podrán promover los intereses, por sí o a través de sus representados o apoderados.

Artículo 36. La acción procede en arbitraje, aun cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad la clase de prestación que se exija de la contraparte y el título o causa de la acción.

Artículo 37. Son partes en el arbitraje quienes hubieren otorgado la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral, en términos del presente reglamento.

Artículo 38. Todo el que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, puede comprometer en árbitros sus negocios y comparecer en arbitraje.

Artículo 39. Los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitro a la CONAMED sino con aprobación judicial, salvo en el caso de que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció la cláusula compromisoria.

Artículo 40. Por los menores o incapaces comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho.

Artículo 41. Será optativo para las partes acudir asesoradas a las audiencias de conciliación y de pruebas y alegatos, y en este supuesto, los asesores necesariamente deberán ser profesionales en alguna disciplina para la salud o licenciados en derecho, con cédula profesional y legal en ejercicio de su profesión. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, la CONAMED celebrará la audiencia correspondiente procurando la mayor equidad, e ilustrará

© Editorial Afil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

a la parte que no se encuentre asesorada, sin que esto signifique suplencia de la queja deficiente o patrocinio por parte de la CONAMED.

Artículo 42. La CONAMED examinará de oficio la legitimación de las partes al proceso y los interesados podrán corregir cualquier deficiencia al respecto hasta la audiencia conciliatoria. Contra el auto que desconozca la personalidad negándose a dar trámite al arbitraje, no procederá recurso alguno.

Artículo 43. La gestión de negocios no será admisible ante la CONAMED, aunque se pretenda bajo la forma de gestión judicial.

Artículo 44. Siempre que dos o más personas ejerzan una misma acción u oponga la misma excepción, deberán participar en el procedimiento unidas y bajo la misma representación.

A este efecto, deberán, dentro de los tres días hábiles siguientes a que sean invitados para ello, nombrar un mandatario, quien tendrá las facultades que en el poder se le hayan concedido, necesarias para la continuación del procedimiento. En caso de no designar mandatario, podrán elegir entre ellas mismas un representante común. Si dentro del término señalado no nombraren un mandatario ni hicieran la elección del representante común, o no se pusieren de acuerdo en ella, la CONAMED nombrará al representante común escogiendo a alguno de los propuestos; y si nadie lo hubiere sido, a cualquiera de los interesados.

El representante común que designe la CONAMED tendrá las mismas facultades que si promoviera exclusivamente por su propio derecho, excepto las de desistirse y transigir, salvo que los interesados lo autorizaren expresamente en el compromiso arbitral.

Cuando las partes actúen unidas, el mandatario nombrado o, en su caso, el representante común, sea el designado por los interesados o por la CONAMED, será el único que podrá representar a los que hayan ejercido la misma acción u opuesto la misma excepción, con exclusión de las demás personas.

El representante común o el mandatario designado por quienes actúen unidos, son inmediata y directamente responsables por negligencia en su actuación y responderán de los daños y perjuicios que causen a sus ponderdantes y representados. El mandatario o el representante común podrán actuar por medio de apoderado o mandatario y autorizar personas para oír notificaciones en los términos de este ordenamiento.

Artículo 45. Mientras continúe el mandatario o el representante común en su encargo, los emplazamientos, notificaciones y citaciones de toda clase que se le hagan, tendrán la misma fuerza que si se hicieran a los representados, sin que le sea permitido pedir que se entiendan con éstos.

Artículo 46. El negocio u objeto del arbitraje será el determinado por las partes en el compromiso arbitral y, sólo por el acuerdo de ambas partes, podrá modificarse; no obstante, en cualquier etapa del proceso, las partes podrán determinar resueltos uno o varios puntos, quedando el resto pendiente para el laudo.

El desistimiento de la instancia realizado con posterioridad a la suscripción del compromiso, requerirá del consentimiento de la parte contraria. El desistimiento de la acción extingue ésta aun sin consentimiento de la contraparte.

El desistimiento de la queja produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. El desistimiento de la instancia o de la acción, posteriores a la suscripción del compromiso arbitral, obligan al que lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario.

Artículo 47. En la tramitación del proceso arbitral, la CONAMED estará obligada, invariablemente, a recibir pruebas y oír alegatos, cualquiera que fuere el pacto en contrario.

Artículo 48. Son reglas generales para el proceso arbitral médico, las siguientes:

1a. Cuando las partes no lleguen a un acuerdo en el sentido de someter su controversia a la resolución de la CONAMED, en estricto derecho o en conciencia, la CONAMED podrá pronunciarse por escrito con el fin de promover su avenencia.

2a. Una vez emitida la propuesta de arreglo en términos del artículo 2º, fracción XVII, si las partes no llegaren a resolver su controversia mediante la transacción, desistimiento de la acción o finiquito correspondiente y no optaren por la vía de estricto derecho o conciencia, se tendrá a ambas por desistidas de la instancia, de oficio, dando por concluido el expediente.

3a. Este pronunciamiento institucional señalará alternativas de solución, sin entrar al fondo de la controversia, ni prejuzgará sobre los derechos de las partes, atendiendo a los elementos que hubieren aportado hasta ese momento. Dicho pronunciamiento será notificado personalmente a las partes.

4a. Derogada.

5a. Todas las cuestiones litigiosas, salvo el caso de las excepciones previstas en este Reglamento, deben ser resueltas en el laudo definitivo.

6a. En términos de los artículos 34 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional en materia de profesiones para el Distrito Federal, y 9º del reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, los actos del procedimiento sólo serán conocidos por las partes, los terceros que intervengan en forma legítima y el personal facultado de la CONAMED. Por lo tanto, quedan prohibidas las audiencias públicas y las manifestaciones a terceros extraños al procedimiento, sean a cargo de las partes o de la CONAMED. Sólo podrá darse a conocer públicamente el laudo cuando fuere adverso al prestador del servicio médico, para efectos de cumplimiento, o aun no siéndolo a solicitud del prestador del servicio.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

7a. Las facultades procesales se extinguen una vez que se han ejercitado, sin que puedan repetirse las actuaciones.

8a. De toda promoción planteada por una de las partes, se dará vista a la contraria a efecto de que manifieste lo que a su derecho convenga, conforme a las disposiciones de este reglamento.

9a. No se requerirá la presentación de promociones escritas; la CONAMED dispondrá los medios para que las partes puedan alegar verbalmente lo que a su derecho convenga y desahogar sus pruebas sin formalidades especiales. La CONAMED asentará fielmente las alegaciones de las partes en las actas correspondientes y dispondrá de formatos accesibles de los que podrán servirse éstas a lo largo del procedimiento.

10a. Tanto la audiencia en la etapa conciliatoria como la de pruebas y alegatos, deberán concluir el mismo día en que se inicien; eventualmente, por causas extraordinarias o acuerdo de las partes, podrán dejarse continuadas para fecha posterior, debiendo concluir la diligencia dentro de los quince días hábiles siguiente.

11a. La CONAMED no emitirá dictámenes periciales respecto de asuntos que se hubieren conocido en proceso arbitral en estricto derecho o en conciencia, como tampoco en los casos en que haya pronunciamiento institucional según las reglas precedentes, salvo que hubiere emitido opinión técnica. En ningún caso se entenderá el laudo, el pronunciamiento institucional a que se refiere el artículo 2º, fracción XVII o las opiniones técnicas como meros dictámenes periciales.

La CONAMED estará facultada para intentar la avenencia de las partes en todo tiempo, antes de dictar el laudo definitivo.

La CONEMED estará igualmente facultada para llamar al juicio a terceros, a fin de buscar solucionar la controversia. Los terceros llamados a juicio podrán someterse al arbitraje y buscar la solución a la controversia en las formas previstas en el presente reglamento.

Sección segunda

De las quejas

Artículo 49. Las quejas deberán presentarse ante la CONAMED de manera personal por el quejoso, o a través de persona autorizada para ello, ya sea en forma verbal o escrita, y deberán contener:

I. Nombre, domicilio y, en su caso, el número telefónico del quejoso y del prestador del servicio médico contra el cual se inconforme.

II. Descripción de los hechos motivo de la queja.

III. Número de afiliación o de registro del usuario, cuando la queja sea interpuesta en contra de instituciones públicas que asignen registro a los usuarios.
IV. Pretensiones que deduzca del prestador del servicio.
V. Si actúa a nombre de un tercero, la documentación probatoria de su representación, sea en razón de parentesco o por otra causa.
VI. Firma o huella digital del quejoso.

Los elementos anteriores se tendrán como necesarios para la admisión de la queja.

A la queja se agregará copia simple, legible, de los documentos en que soporte los hechos manifestados y de su identificación. Cuando se presenten originales, la CONAMED agregará el expediente copias confrontadas de los mismos, devolviendo, en su caso, los originales a los interesados, se exceptúan de lo anterior los estudios imagenológicos.

Artículo 50. No constituyen materia del proceso arbitral médico los siguientes asuntos:

I. Cuando en la queja no se reclamen pretensiones de carácter civil.
II. Cuando se trate de actos u omisiones médicas, materia de una controversia civil sometida al conocimiento de los tribunales, salvo que las partes renuncien al procedimiento judicial en trámite y se sometan al arbitraje de la Comisión, siendo ello legalmente posible.
III. Cuando se trate de controversias laborales o competencia de las autoridades del trabajo.
IV. Cuando la queja tenga por objeto la tramitación de medios preparatorios a juicio civil o mercantil o el mero perfeccionamiento u obtención de pruebas preconstituidas para el inicio de un procedimiento judicial o administrativo.
V. Derogada.
VI. Cuando la única pretensión se refiere a sancionar al prestador del servicio médico, pues la materia arbitral médica se refiere exclusivamente a cuestiones civiles.
VII. Cuando la controversia verse exclusivamente sobre el monto de servicios derivados de la atención médica.
VIII. En general cuando la materia de la queja no se refiera a negativa o irregularidad en la prestación de servicios médicos.

Si durante el procedimiento apareciere alguna de las causas de improcedencias antes señaladas, la CONAMED procederá al sobreseimiento de la queja, sea cual fuere la etapa en que se encuentre.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

En caso de desecamiento por no ser materia de arbitraje médico, se orientará al quejoso para que acuda a la instancia correspondiente. En tal supuesto la CONAMED podrá tomar registro de los hechos, para el único efecto de emitir opinión técnica si así lo estima pertinente.

Artículo 51. Si la queja fuere incompleta, imprecisa, oscura o ambigua, la CONAMED, señalando los defectos correspondientes, requerirá por escrito al interesado para que aclare o complete los datos en un plazo no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación.

Si el quejoso no desahogara la aclaración en el término señalado, se sobreseerá la queja por falta de interés.

Artículo 52. Una vez recibida la queja, se registrará y asignará número de expediente, acusando la CONAMED el recibo de la misma.

Artículo 53. Las quejas admitidas en la Dirección General de Orientación y Gestión no resueltas por gestión inmediata, serán remitidas en un plazo no mayor de cinco días hábiles, a partir de su calificación, a la Dirección General de Conciliación, con la documentación de soporte.

Artículo 54. De recibirse dos o más quejas por los mismos actos u omisiones que se atribuyan al prestador del servicio médico, se acordará su trámite en un solo expediente. El acuerdo respectivo será notificado a todos los quejosos y, en su caso, al representante común en el evento de haberse desahogado el procedimiento previsto en el artículo 45.

Sección tercera

De la etapa conciliatoria y la transacción

Artículo 55. La CONAMED, dentro de los diez días hábiles siguientes a la admisión de la queja invitará, por escrito, al prestador del servicio médico para efectos de que si fuere su voluntad acepte el trámite arbitral de la institución.

Con el escrito de invitación se correrá traslado de la queja, con efectos de notificación personal.

En el escrito de invitación se fijará día y hora para que de manera personal la CONAMED amplíe la información al prestador del servicio, aclare sus dudas y, en su caso, se recabe su anuencia para el trámite arbitral.

Artículo 56. El día fijado para la diligencia explicativa, el personal designado informará al prestador del servicio médico de la naturaleza y alcances del proceso arbitral, así como de las vías existentes para la solución de la controversia; en su caso, recabará la aceptación del trámite arbitral que se entenderá como formalización de la cláusula compromisoria. Se levantará acta de esta diligencia.

No obstante que el prestador del servicio médico no aceptare someterse al proceso arbitral, la CONAMED le solicitará un informe médico, y en caso de atención institucional pública, social o privada, copia del expediente clínico, para su

entrega dentro de los 10 días hábiles siguientes. La falta de entrega de esta documentación facultará a la CONAMED para emitir opinión técnica cuando lo estime necesario.

En el caso señalado de que el prestador del servicio no aceptase someterse al proceso arbitral, la CONAMED dejará a salvo los derechos del usuario para que los ejercite en la vía y forma que considere pertinente y concluirá la instancia arbitral. Bajo este supuesto, el informe médico y el expediente clínico en ningún caso formarán parte del expediente de queja. Su uso tendrá como finalidad evaluar la calidad de los servicios de atención médica, por lo cual cumplido su objeto, discrecionalmente, la CONAMED podrá acordar su destrucción, o devolución, en su caso. Igualmente podrá hacerlo cuando la queja concluya en la etapa conciliatoria.

Artículo 57. A partir de la aceptación, el prestador del servicio médico dispondrá de un término de nueve días hábiles, para presentar un escrito que contendrá resumen clínico del caso y su contestación a la queja, refiriéndose a todos y cada uno de los hechos, precisando, en su caso, sus propuestas de arreglo.

Al contestar el escrito el prestador del servio médico señalará los hechos que afirme, los que niegue y los que ignore porque no le sean propios. A su contestación deberá acompañar síntesis curricular, fotocopia de su título, cédula profesional y, en su caso, comprobantes de especialidad, certificado del consejo de especialidad y la cédula correspondiente.

Artículo 58. Cuando se trate de un establecimiento se requerirá, además, copia simple del registro diario de pacientes si se tratare exclusivamente de consulta externa y el expediente clínico en el evento de atención hospitalaria.

Artículo 59. Si el prestador del servicio no presentare su escrito contestatorio, habiendo aceptado someterse al proceso arbitral en cualquiera de sus vías, deberá continuarse con la etapa decisoria, donde se tendrán por presuntivamente ciertos los hechos de la queja, salvo prueba en contrario.

Artículo 60. Concluido el plazo fijado en el artículo 57, con escrito contestatorio o sin él se llevará a cabo la audiencia conciliatoria. Esta audiencia podrá diferirse hasta en dos ocasiones y en su caso deberá continuarse con la etapa decisoria.

Artículo 61. A efecto de promover la avenencia de las partes, la CONAMED procederá a realizar las diligencias que estime necesarias incluidas medidas para mejor proveer. La notificación a las partes para la audiencia conciliatoria se lleva a efecto con antelación mínima de cinco días.

Artículo 62. Abierta la audiencia, el personal arbitrador hará del conocimiento de las partes las formalidades de la etapa del proceso arbitral en el que se encuentran y la finalidad del mismo dando lectura al motivo de queja, a las pretensiones y al informe médico presentado; señalando los elementos comunes

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

y los puntos de controversia, y las invitará para que se conduzcan con verdad y lleguen a un arreglo.

Cuando se trate de asuntos relacionados con la atención médica de menores e incapaces, la audiencia conciliatoria tendrá por objeto determinar, exclusivamente, las medidas de atención médica que, en su caso, hayan de proporcionarse a los usuarios; hecho lo anterior, se continuará el procedimiento arbitral.

Artículo 63. El personal conciliador podrá, en todo momento, requerir a las partes los elementos de convicción que estime necesarios para la búsqueda de la conciliación, así como para el ejercicio de las atribuciones de la CONAMED.

Las partes podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes y necesarias para acreditar sus afirmaciones. Asimismo, el personal conciliador, podrá diferir la audiencia de conciliación hasta por dos ocasiones cuando lo estime pertinente, o a instancia de ambas partes, debiendo en todo caso señalar día y hora para su reanudación, dentro de los quince días hábiles siguientes, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Artículo 64. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la audiencia conciliatoria, correrá un plazo de cinco días hábiles para que la parte que no se hubiere presentado justifique su inasistencia. De no hacerlo, se acordará como asunto concluido remitiéndose el expediente al archivo.

Si la inasistencia fuera por parte del promoverte, el acordarse como asunto concluido tendrá, por consecuencia, que no podrá presentar otra queja en la CONAMED por los mismos hechos.

En el supuesto de quejas contra instituciones públicas de seguridad social, cuando el usuario no acuda a la audiencia de conciliación y no se presentare dentro de los cinco días siguientes a justificar fehacientemente su inasistencia, se le tendrá por desistido de la queja, acordándose como asunto concluido, remitiéndose al archivo el expediente, teniendo por consecuencia que no podrá presentarse otra queja ante la CONAMED por los mismos hechos.

Artículo 65. La CONAMED podrá emitir discrecionalmente y no a petición de parte, según la naturaleza del asunto, opinión técnica, valiéndose de los elementos de que disponga. Esta opinión podrá ser enviada al prestador del servicio o a quien estime pertinente a efecto de plantear directrices para la mejoría de la atención médica.

Artículo 66. La controversia se podrá resolver por voluntad de las partes mediante la transacción, desistimiento de la acción o finiquito correspondientes.

Los instrumentos de transacción otorgados por las partes expresarán las contraprestaciones que se pacten, con la sola limitación de que no deberán ser contrarios a derecho.

Artículo 67. De concluir satisfactoriamente la etapa conciliatoria, se dejará constancia legal y se procederá al archivo del expediente como un asunto definitivamente concluido. El instrumento de transacción producirá los efectos de cosa

juzgada, en términos de los artículos 2953 del Código Civil Federal y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distritos Federal, y sus correlativos de las entidades federativas.

Las transacciones han de interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, a menos que las partes convengan, expresamente, otra cosa.

Para la emisión de los instrumentos de transacción podrán emplearse en lo conducente, los formatos que emita la CONAMED, respetándose puntualmente la voluntad de las partes.

Artículo 68. En las transacciones se tomarán en cuenta las siguientes reglas.

I. Se buscará ante todo la protección de la salud de los usuarios.

II. Cuando haya conflicto de derechos, se buscará ante todo proteger a quien deban evitársele perjuicios respecto de quien pretenda obtener lucro.

III. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se buscará la resolución observando la mayor igualdad entre las partes.

IV. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla y sólo son renunciables los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique los derechos de tercero.

V. La autonomía de las partes para otorgar contratos y convenios no puede ir en contra de la ley, el orden público o las buenas costumbres.

VI. Contra la observancia de la ley no puede alegarse de su uso, costumbre o práctica en contrario.

VII. Será nula toda transacción que verse:

a. Sobre delito, dolo y culpa futuros.

b. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.

Cuando sea necesario, manteniendo la mayor igualdad posible entre las partes, el personal de la CONAMED ilustrará a las mismas, vigilando que las transacciones no sean suscritas en términos lesivos en razón de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

Artículo 69. Si los obligados cumplieren voluntariamente con las obligaciones que asuman en los instrumentos de transacción, se mandará archivar el expediente como asunto total y definitivamente concluido, en caso contrario, se brindará la orientación necesaria para su ejecución en los términos de ley.

Sección cuarta

Del compromiso arbitral

Artículo 70. Las partes podrán otorgar su compromiso arbitral ante la CONAMED antes de que haya juicio civil, durante éste y después de sentenciado, sea

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

cual fuere el estado en que se encuentre. El compromiso posterior a la sentencia irrevocable sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren. En caso de existir algún juicio en trámite, las partes necesariamente deberán renunciar a la instancia previa, pues de otro modo no podrá intervenir la CONAMED en calidad de árbitro.

Artículo 71. El compromiso arbitral, cuando sea otorgado mediante un instrumento especial ante la CONAMED, deberá contener como mínimo:

I. Los datos generales de las partes.
II. El negocio o negocios que se sujeten a proceso arbitral.
III. En su caso, el término fijado para el procedimiento arbitral, cuando se modifiquen los plazos fijados en el presente reglamento.
IV. La aceptación del presente reglamento y, en su caso, la mención de las reglas especiales de procedimiento que estimen necesarias.
V. El plazo del procedimiento arbitral, éste se contará a partir de que la CONAMED acepte el nombramiento de ambas partes.
VI. La determinación de las partes respecto a si renuncian a la apelación.
VII. El señalamiento expreso de ser sabedores de que el compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.
VIII. El señalamiento expreso y bajo protesta de decir verdad de no existir controvesia pendiente de trámite ante los tribunales, un juicio conexo o cosa juzgada en relación al mismo asunto, exhibiendo cuando sea necesario el desistimiento de la instancia.
IX. La determinación, en su caso, del juez que haya de ser competente para todos los actos del procedimiento arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga la CONAMED, y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos.
X. Los demás rubros que determinen las partes.

Artículo 72. El compromiso podrá otorgarse en intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de queja y contestación en los que el compromiso sea afirmado por una parte sin ser negado por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá compromiso arbitral siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Las partes, para el caso del arbitraje foráneo, en la audiencia a que se refiere la regla 7ª del artículo 73, ratificarán el compromiso otorgado en la forma prevista en el párrafo anterior, mediante la suscripción del instrumento señalado en el artículo 71, sin modificar o alterar la controversia, señalando, en su caso, los puntos resueltos.

Cuando se trate de arbitraje por correo certificado o mensajería, las partes acordarán lo necesario, siguiendo, en lo conducente, las reglas de esta sección.

Sección quinta

Del procedimiento arbitral en estricto derecho y en conciencia

Artículo 73. El procedimiento arbitral en estricto derecho y en conciencia se sujetará a las siguientes reglas generales:

1a. Serán admisibles toda las pruebas susceptibles de producir la convicción de la CONAMED, especialmente la pericial y los elementos aportados por las ciencias biomédicas.
2a. Quedan prohibidos los interrogatorios entre las partes con fines confesionales, asimismo, las pruebas que fueren contrarias a la moral y al derecho.
3a. En la ponderación del caso se evaluará la procedencia de las apreciaciones de las partes conforme a las disposiciones en vigor y en los casos en que tales disposiciones lo autoricen, la correcta aplicación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica a través de la literatura generalmente aceptada, así como las disposiciones y recomendaciones médicas de las instancias especializadas.
4a. La CONAMED determinará a título de pruebas para mejor proveer, el desahogo de los peritajes que estime pertinentes.
5a. Cuando se requiera el examen del paciente, la CONAMED determinará las medidas necesarias para preservar el respeto al paciente. En este supuesto el paciente deberá, según su estado de salud lo permita, cooperar para su examen. La oposición injustificada al reconocimiento médico de la CONAMED o de los peritos designados por las partes, hará tener por ciertas las manifestaciones de la contraria. La CONAMED, en cada caso, acordará los objetivos del reconocimiento médico.
6a. Las pruebas aportadas, especialmente las periciales y la documentación médica en que conste la atención brindada, serán valoradas en su conjunto conforme a las reglas de la lógica y la experiencia si se tratare de arbitraje en estricto derecho y en equidad si se tratare de arbitraje en conciencia.
7a. Se realizará, cuando sea necesaria la resolución de una cuestión jurídica previa, una audiencia que se denominará preliminar, el resto de las cuestiones debatidas se resolverán en el laudo.

Artículo 74. En virtud del carácter especializado de la CONAMED, sólo serán admisibles en el proceso arbitral, las siguientes probanzas:

a. La instrumental.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

b. La pericial.
c. El reconocimiento médico del paciente.
d. Las fotografías, quedando comprendidas bajo esta denominación las cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas, incluidos los estudios imagenológicos.
e. La presuncional.

Artículo 75. Sólo se admitirán las pruebas ofrecidas dentro del término pactado, las acordadas por la CONAMED para mejor proveer, y las supervenientes, debiendo acreditar quien argumente la existencia de estas últimas la superveniencia de las pruebas y su naturaleza. En ningún caso la CONAMED fungirá como perito, aun en el supuesto de que se lo proponga como tercero en discordia.

Artículo 76. La CONAMED determinará a título de pruebas para mejor proveer, las que considere pertinentes, teniendo libertad para solicitar a las partes la información que estime necesaria e interrogar tanto a las partes como a los peritos que, en su caso, sean ofrecidos.

La CONAMED tomará en cuenta, como pruebas, todas las actuaciones y los documentos aportados oportunamente aunque no se ofrezcan, con excepción de los rechazados expresamente.

Artículo 77. Las partes sólo podrán ofrecer la confesional espontánea de la contraria, cuando se refiera exclusivamente a las manifestaciones contenidas en autos; en ningún caso será admisible la prueba de posiciones.

Artículo 78. Cuando las partes no puedan obtener directamente documentos que hayan ofrecido como pruebas, podrán pedir a la CONAMED que los solicite a las personas u organismos que los tengan en su poder, quedando a cargo de las partes gestionar el envío de los mismos a la CONAMED para que obren en el expediente el día de la audiencia de pruebas y alegatos. En la inteligencia que de no haber sido presentadas dichas probanzas el día de la audiencia se tendrán por no ofrecidas.

Artículo 79. Al ofrecer la prueba pericial, las partes deberán exhibir los interrogatorios que, en su caso, deban responder los peritos y precisar los puntos respecto de los cuales versará el peritaje.

Dada la naturaleza especializada de la CONAMED, en caso de que los dictámenes rendidos por los peritos de las partes sean total o parcialmente contradictorios, las partes estarán a las apreciaciones de la CONAMED al momento del pronunciamiento arbitral en definitiva; siendo improcedente la petición de designar un tercero en discordia o proponer a la CONAMED como perito en el juicio arbitral.

Artículo 80. De no existir la necesidad de resolver cuestiones previas, conforme a lo que señala la regla 7ª del artículo 73, se continuará el procedimiento en la forma prevista en el compromiso arbitral.

Artículo 81. Transcurrido el término fijado por las partes para el ofrecimiento de pruebas, la CONAMED dará cuenta con la documentación que obre en el expediente, resolviendo sobre la admisión o desecamiento de las probanzas, y fijará las medidas necesarias para la preparación de la audiencia de pruebas y alegatos, la cual se llevará a efecto el día y hora señalados por la CONAMED.

Artículo 82. Los peritajes de parte podrán ser presentados durante la audiencia, inclusive, debiendo exhibirse junto con los mismos, original y copia simple de la cédula profesional del perito, y en el evento de ser especialista, original y copia de la documentación comprobatoria de ese carácter. No será necesaria la ratificación de los dictámenes en diligencia especial.

Artículo 83. La presentación de los peritajes de parte, será a cargo y costa de quien los hubiere propuesto. En la audiencia de pruebas y alegatos sólo podrán intervenir los peritos que asistan.

Artículo 84. Las partes podrán acordar la no presentación de peritajes de parte, en cuyo supuesto se estará exclusivamente al resto de las probanzas ofrecidas.

Artículo 85. Queda estrictamente prohibida y se desechará de plano, la propuesta de las partes para citación indiscriminada al personal médico y paramédico que hubiere tenido relación con la atención del paciente de que se trate.

Artículo 86. En la audiencia de pruebas y alegatos, se procederá como sigue:

I. Declarada abierta la audiencia e identificados los asistentes, se procederá al desahogo de las pruebas que, en su caso, hayan sido admitidas. Si a la apertura de la audiencia no existiere ninguna prueba pendiente, sin más trámite se procederá a oír los alegatos finales de las partes.

II. En el evento de haberse propuesto la pericial, si las partes o la CONAMED lo estimasen necesario, procederán a solicitar a los peritos presentes en la audiencia, amplíen verbalmente su dictamen.

III. Las preguntas formuladas a los peritos se realizarán de manera simple y llana, sin artificio alguno y sin denostar o presionar al compareciente.

IV. Si la CONAMED lo estimase necesario, podrá determinarse la realización de una junta de peritos, la que se desahogará con los que asistan.

V. Concluido el desahogo de las pruebas, se procederá a recibir los alegatos finales de las partes, primero los del quejoso y acto seguido los del prestador del servicio. Las partes podrán acordar, atendiendo a la naturaleza del asunto, que la audiencia sólo tenga por objeto recibir sus alegaciones finales. Los alegatos sólo podrán referirse a los puntos objeto del arbitraje, por lo que deberán referirse a los puntos controvertidos evitando disgresiones. Se desecharán de plano las argumentaciones impertinentes.

© Editorial Afil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

VI. Hecho lo anterior, la CONAMED determinará cerrada la instrucción citando a las partes para laudo.

Sección sexta

De las resoluciones arbitrales

Artículo 87. Las resoluciones de la CONAMED son:

I. Derogada.
II. Determinaciones provisionales o definitivas que no resuelvan el fondo de la controversia y se llamarán acuerdos.
III. Laudos, que siempre tendrán el carácter de definitivos.

El pronunciamiento institucional en términos del artículo 2º fracción XVII, nunca podrá ser tenido por resolución.

Artículo 88. Todas las resoluciones serán autorizadas confirma entera de quienes las emitan. Los laudos serán emitidos por el Comisionado Nacional, el Subcomisionado Médico, el Director General de Arbitraje, o por el Presidente de la Sala de Arbitraje en que se desahogue el juicio arbitral.

Artículo 89. La CONAMED no podrá, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido fijadas en el compromiso arbitral, salvo disposición en contrario de las partes.

Tampoco podrá variar ni modificar sus resoluciones después de firmadas, pero sí podrá aclarar algún concepto o suplir cualquier deficiencia, sea por omisión sobre un punto discutido o cuando exista oscuridad o imprecisión, sin alterar la esencia de la resolución.

Estas aclaraciones podrán hacerse de oficio dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación de la resolución o a instancia de parte presentada dentro del plazo pactado en el compromiso arbitral. En este último supuesto, la CONAMED resolverá lo que estime procedente dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

Artículo 90. Cuando se determine el pago de daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, a reserva de fijarse su importancia y hacerla efectiva en ejecución de laudo.

Artículo 91. Las resoluciones deben tener el lugar, fecha y responsables de su emisión, los nombres de las partes contendientes, el carácter con que concurrieron al procedimiento y el objeto de la controversia. Al efecto, se emplearán los formatos que determine la CONAMED.

Artículo 92. En términos de los artículos 91, 92, 93 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y sus correlativos en los estados, y

el artículo 2º de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son aplicables a los laudos de la CONAMED las siguientes reglas:

I. Todo laudo resuelve cuestiones exclusivamente civiles.
II. Todo laudo tiene en su favor la presunción de haberse pronunciado legalmente, con conocimiento de causa, mediante intervención legítima de la CONAMED y en los términos solicitados por las partes, atendiendo al compromiso arbitral.
III. El laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral.
IV. El tercero que no hubiere sido parte en el juicio puede excepcionarse contra el laudo firme.
V. Las transacciones otorgadas ante la CONAMED y los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal civil en vigor.

Artículo 93. Las resoluciones de la CONAMED deben dictarse y mandarse notificar, dentro de los quince días siguientes a aquel en que se hubiere citado para dictarse.

Los laudos deben dictarse y mandarse notificar dentro de los treinta días hábiles siguientes a aquel en que se hubiere hecho la citación para laudo. Sólo cuando hubiere necesidad de que CONAMED examine documentos voluminosos, al emitir el laudo, podrá disfrutar de un término ampliado de treinta días más para los fines ordenados anteriormente.

CAPÍTULO CUARTO

De la gestión pericial

Artículo 94. La gestión pericial se sujetará a las siguientes reglas generales:

1a. Sólo se aceptarán los casos cuando el peticionario esté ligitimado para solicitar dictamen.
2a. Se tendrán por legitimados a los órganos internos de control encargados de la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad, los agentes del Ministerio Público que instruyan la averiguación previa, las autoridades sanitarias encargadas de regular la atención médica y los órganos judiciales que conozcan del proceso civil o penal.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

3a. Sólo se aceptará la solicitud que se refiera a los rubros material de gestión pericial de la CONAMED, es decir, cuando se refiera a la evaluación de actos de atención médica.
4a. Se desecharán de plano las solicitudes de los peticionarios que no se refieran a evaluar actos de atención médica; cuando no acepten a la CONAMED en su carácter de perito institucional, o cuando no acepten ajustarse a los plazos y procedimientos de la CONAMED.
5a. La solicitud de dictamen deberá ser acompañada de documentación médica completa y legible del asunto a estudio.
6a. Deberá remitirse copia legible de las declaraciones de las partes y de los peritajes previos, si los hubiere.
7a. La CONAMED sólo actuará como perito tercero en discordia.
8a. Las demás que fijen, en su caso, las bases de colaboración suscritas para tal efecto.

Artículo 95. La CONAMED elaborará los dictámenes con base en su protocolo y procedimiento institucional y serán emitidos, conforme a las disposiciones en vigor, a la interpretación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y la literatura universalmente aceptada, atendiendo a la información proporcionada por el peticionario.

Artículo 96. La CONAMED buscará y contratará, en su caso, personal médico especializado, certificado debidamente, para asesoría externa en el estudio de casos. En ningún asunto estará autorizada la institución para identificar al asesor fuera de la CONAMED.

Artículo 97. La CONAMED sólo elaborará ampliación por escrito del dictamen cuando el peticionario necesite mayor información sobre el mismo y especifique los motivos que sustentan su solicitud. En ningún caso se realizará la ampliación en diligencia judicial.

Artículo 98. Los dictámenes emitidos por la CONAMED, deberán considerarse ratificados desde el momento de su emisión, sin necesidad de diligencia judicial.

Artículo 99. La participación de la CONAMED en diligencias ministeriales o judiciales se limitará, dada la naturaleza institucional del dictamen, a rendir una ampliación por escrito al peticionario.

Artículo 100. En ningún caso la CONAMED recibirá a los involucrados, aunque lo soliciten, ni dará a ellos información alguna sobre sus dictámenes. Tampoco estará autorizada para recibir documentación de las partes, aunque éstas lo soliciten.

Artículo 101. Los signatarios de documentos relacionados con la gestión pericial de la CONAMED, se entenderán, exclusivamente como meros delegados de

la CONAMED, de ninguna suerte como peritos persona física, dada la naturaleza institucional de los dictámenes.

Artículo 102. Los dictámenes se emitirán al leal saber y entender de la CONAMED, en ejercicio de su autonomía técnica; tendrán el único propósito de ilustrar a la autoridad peticionaria y a las partes, en cuanto a su interpretación médica interdisciplinaria de los hechos y evidencias sometidos a estudios por la autoridad peticionaria.

Los dictámenes de la CONAMED no tendrán por objeto resolver la responsabilidad de ninguno de los involucrados, ni entrañar acto de autoridad o pronunciamiento que resuelva una instancia o ponga fin a un juicio, como tampoco entrañar imputación alguna; en tanto informe pericial e institucional, elaborado con la documentación que el peticionario hubiere puesto a disposición de la CONAMED, contendrá el criterio institucional, pues no se trata de la mera apreciación de perito persona física.

TRANSITORIOS

Primero. Las presentes reformas entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Los asuntos en trámite arbitral se revolverán con arreglo a las cláusulas compromisorias y los compromisos arbitrales otorgados previamente por las partes. En el evento que la naturaleza del procedimiento arbitral lo permita, dado el avance de s tramitación, las partes podrán acordar que las diligencias pendientes se sujeten a lo previsto en el presente Reglamento.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8º fracción III del Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, el Consejo de la Comisión, en su trigésima sexta sesión ordinaria, celebrada en la Ciudad de México, Distrito Federal, el diecisiete de febrero de dos mil cinco, expidió el Acuerdo de Reformas al Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial, instruyendo al Secretario Técnico para que se publique en el Diario Oficial de la Federación.

México, D. F., a 10 de julio de 2006.

El presidente del Consejo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

© Editorial Alfil. Fotocopiar sin autorización es un delito.

Dr. Carlos Tena Tamayo,
Comisionado Nacional de Arbitraje
Médico

Lic. Octavio Casa Madrid Mata,
Director General de Arbitraje
Comisión Nacional de Arbitraje Médico

La medicina defensiva, un problema de interés nacional y materia de salubridad general de la República, ha originado innumerables estragos en otros países, especialmente en los Estados Unidos de América (el personal sanitario y a las instituciones médicas, ante el temor a una demanda, recomienden estudios innecesarios, contraten pólizas de seguros —de elevados montos— y empleen el expediente clínico y las cartas de consentimiento a título de instrumentos de defensa legal). Pero eso no es todo, la falta de conocimiento del derecho sanitario y la falta de criterios sobre la correcta interpretación del acto médico, han originado que al ser resueltas las controversias en los tribunales se emplean criterios ajenos a la correcta interpretación de la *lex artis ad hoc* y la deontología médica.

Por si fuera poco, existe el riesgo de abandono de especialidades médicas consideradas de alto riesgo para una demanda (esto ya ha sucedido en los EUA).

Por ello uno de los objetivos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico es el de sustituir tales prácticas, por la medicina asertiva, en la cual sea el respeto a los valores, y un nuevo círculo virtuoso el que beneficie la relación jurídica médico-paciente a través de comunicación, respeto a los derechos de las partes y mejora continua.

El presente libro, de naturaleza esencialmente metodológica viene a llenar un vacío en la literatura especializada y en él, merced a la experiencia acumulada en CONAMED durante diez años y gracias a la colaboración de connotadas plumas nacionales y extranjeras, se ha integrado una obra de consulta obligada para el estudio de casos, el correcto estudio del acto médico y el desarrollo de la calidad en la atención médica.

Se trata de un referente en el derecho sanitario iberoamericano.

ISBN 968-7620-87-0
9 789687 620879