



RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MEDICA FRENTE AL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD¹

Hugo CARRASCO SOULÉ*

La Providencia Eterna me ha encargado la misión de cuidar la vida y salud de sus criaturas. A ella ruego que el amor por mi arte me fortalezca en todas las ocasiones; que nunca me desvíen de mis propósitos la avaricia ni la mezquindad, el afán de gloria o de gran reputación; que los enemigos de la verdad y la filantropía no puedan impedir mi ánimo de servir a sus hijos; que siempre vea en el enfermo una criatura adolorida. Dame fuerza, tiempo y oportunidad para aumentar mis conocimientos y abjurar de mis errores, porque la ciencia es inmensa y el espíritu del hombre puede enriquecerse siempre con nuevas enseñanzas....

Juramento de Maimonides²

¹ Trabajo recibido el 25 de febrero de 2018 y aprobado el 27 de noviembre de 2018.

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro honorario del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: hcarras1@its.jnj.com

² Médico y filósofo judío, nacido en Córdoba en 1135.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Generalidades respecto del Derecho Humano de Protección a la Salud.* III. *Elementos a analizar para determinar la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual relacionada con la negligencia médica.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

Resumen: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la LGS, son autoridades sanitarias: El Presidente de la República; El Consejo de Salubridad General; La Secretaría de Salud, y Los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno del Distrito Federal. Independientemente de las autoridades sanitarias antes enunciadas, existe un Sistema Nacional de Salud, cuya coordinación se encuentra a cargo de la Secretaría de Salud, que se encuentra constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud. Dentro de sus objetivos se encuentra el proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en la promoción, implementación e impulso de acciones de atención integrada de carácter preventivo, acorde con la edad, sexo y factores de riesgo de las personas. Para determinar la procedencia de la acción por responsabilidad civil relacionada con la negligencia por los servicios de salud y atención médica prestados a un paciente es fundamental que se analice el acto médico de manera integral, comprendiendo que la obligación del galeno es de medios y no de resultado —salvo casos específicos concretos—

Palabras clave: Salud, derechos humanos, negligencia médica, bloque de constitucionalidad, protocolos.

Abstract: In accordance with the provisions of Article 4 of the LGS, are health authorities: The President of the Republic; The General Health Council; The Ministry of Health, and the governments of the states, including the Government of the Federal District. Regardless of the health authorities listed above, there is a National Health System, whose coordination

is under the responsibility of the Ministry of Health, which is made up of the dependencies and entities of the Public Administration, both federal and local, and natural persons. or morals of the social and private sectors, that provide health services, as well as by the mechanisms of coordination of actions, and aims to fulfill the right to health protection. Among its objectives is to provide health services to the entire population and improve their quality, addressing the priority health problems and the factors that condition and cause damage to health, with special interest in the promotion, implementation and impulse of integrated preventive care actions, according to the age, sex and risk factors of the persons. To determine the origin of the action for civil liability related to the negligence for health services and medical care provided to a patient It is essential that the medical act be analyzed in an integral way, understanding that the physician's obligation is of means and not of result -except specific specific cases-

Keywords: Health, human rights, medical negligence, block of constitutionality, protocols.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 4° de nuestra *Carta Magna* reconoce en su cuarto párrafo, no sólo que toda persona tiene *derecho a la protección de la salud*,³ sino que también que en la ley se deben definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, estableciendo

³ No debe perderse de vista que como *Derecho Humano* que es, al interpretarse en cualquier supuesto el *derecho a la protección de la salud* le es aplicable lo dispuesto por el artículo 1° Constitucional: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

competencia concurrente entre la Federación y las entidades federativas⁴ en materia de *salubridad general*.

Ahora bien, la ley reglamentaria del dispositivo constitucional mencionado es la *Ley General de Salud (LGS)*,⁵ que es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

II. GENERALIDADES RESPECTO DEL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN A LA SALUD

Previo a continuar con el tema central de estas reflexiones, es importante formular respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué debe entenderse por la expresión *salud*? ¿Qué temas relacionados con este análisis son materia de *salubridad general*? ¿En *materia de salubridad* qué dependencias fungen como las máximas autoridades?

El concepto coetáneo de *salud* es el proporcionado en 1946 por la Constitución de la *Organización Mundial de la Salud (OMS)*,⁶ y que posteriormente, en 2013, fue adoptado por el Estado mexicano al reformar⁷ la LGS para adicionar el artículo 1 Bis: *Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*

La OMS no solo estableció la noción de *salud*, sino que también enunció sus principios, que a saber son los siguientes:

- El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social;
- La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados;

⁴ Los gobiernos de las entidades federativas deben coadyuvar, en el ámbito de sus respectivas competencias y en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren con la Secretaría de Salud, a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Con tal propósito, los gobiernos de las entidades federativas planearán, organizarán y desarrollarán en sus respectivas circunscripciones territoriales, sistemas estatales de salud, procurando su participación programática en el Sistema Nacional de Salud.

⁵ Publicada el 7 de febrero de 1984 durante el mandato presidencial del Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, teniendo como Secretario de Salubridad y Asistencia al Dr. Guillermo Soberón Acevedo.

⁶ Este instrumento internacional fue adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Fue firmada por los representantes de 61 de Estados, entrando en vigor el 7 de abril de 1948.

⁷ Reforma publicada el 14 de enero de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

- Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos;
- La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común;
- El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo;
- La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud;
- Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo; y
- Los gobiernos tienen la responsabilidad de garantizar la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

En consonancia a lo anterior, en la *LGS* se ha indicado que el *derecho a la protección de la salud* tiene las siguientes finalidades:

- a) El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- b) La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- c) La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- d) La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- e) El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- f) El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

- g) El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Una vez que se ha aportado la definición legal de *salud* y que se han enunciado las finalidades del *derecho humano de protección a la salud*⁸, es menester indicar qué materias comprenden la salubridad general que son relevantes para el presente análisis. Entre ellas destacan la organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud; la atención médica, –preferentemente en beneficio de grupos vulnerables—; la Protección Social en Salud; la coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud; la atención materno-infantil; y la organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud.

Ahora bien, la siguiente interrogante por contestar es ¿En *materia de salubridad* qué dependencias fungen como las máximas autoridades? De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º de la LGS, son autoridades sanitarias: El Presidente de la República; El Consejo de Salubridad General; La Secretaría de Salud, y Los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno del Distrito Federal.

Independientemente de las autoridades sanitarias antes enunciadas, existe un *Sistema Nacional de Salud*, cuya coordinación se encuentra a cargo de la *Secretaría de Salud*, que se encuentra constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten *servicios de salud*, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al *derecho a la protección de la salud*. Dentro de sus objetivos se encuentra el proporcionar *servicios de salud* a toda la población

⁸ El *derecho a la protección de la salud* fue clasificado como un derecho prestacional (de segunda generación) a partir del cual, el Estado asumió la obligación de desarrollar las directrices y programas necesarios para garantizar a la población el "más alto nivel de salud" posible, sin que se trate de un mero enunciado programático carente de eficacia jurídica; incluso, el Máximo Tribunal del País ha definido su contenido normativo, conforme al cual, los Jueces de control constitucional pueden analizar la regularidad de las actuaciones del legislador y de las autoridades administrativas relacionadas con ese derecho. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN. RESULTA APLICABLE A LAS ACCIONES EMPRENDIDAS PARA LOGRAR LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA MALA PRAXIS MÉDICA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Época: Décima Época. Registro: 2009853. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: I.3o.C.226 C (10a.). Página: 2418. Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en la promoción, implementación e impulso de acciones de atención integrada de carácter preventivo, acorde con la edad, sexo y factores de riesgo de las personas.

La *LGS* dispone que por *servicios de salud*⁹ debe entenderse todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. En este sentido los servicios se clasifican en tres tipos: a) De *atención médica*; De salud pública, y De asistencia social.

Para los efectos del *derecho a la protección de la salud*, se consideran servicios básicos de salud, entre otros a atención médica integral, que comprende la de carácter preventivo,¹⁰ acciones curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias.

De lo anterior se desprende la necesidad de revisar el concepto de *atención médica*. Al respecto, el artículo 32 de la *Ley General de Salud (LGS)*, indica que por atención médica debe entenderse como el conjunto de servicios básicos de salud que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

Las actividades de *atención médica* pueden ser de tres tipos: a) *Preventivas*, que incluyen las de promoción general y las de protección específica; b) *Curativas*, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano de los problemas clínicos y establecer/proporcionar un tratamiento oportuno para la resolución de los mismos; c) *De rehabilitación*, que incluyen acciones tendientes a limitar el daño y corregir u optimizar las capacidades y funciones de las personas con discapacidad física o mental, y d) *Paliativas*, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.

⁹ De acuerdo con la *LGS*, conforme a las prioridades del *Sistema Nacional de Salud*, se debe garantizar la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud, preferentemente a los grupos vulnerables. Asimismo, para su organización y administración, se deben definir los criterios de distribución de usuarios de usuarios, de regionalización y de escalonamiento de los servicios, así como de universalización de cobertura.

¹⁰ Consiste en realizar todas las acciones de prevención y promoción para la protección de la salud, de acuerdo con la edad, sexo y los determinantes físicos y psíquicos de las personas, realizadas preferentemente en una sola consulta.

En todo caso la atención médica debe llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica. El artículo 48 del *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica*, establece que los usuarios tienen derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idóneas, y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como el trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Dentro de este contexto, es que nuestra normatividad mexicana reconoce la libertad prescriptiva de los médicos y del personal sanitario, que es entendida como un principio científico y ético que tiene la finalidad de orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar. Es más la libertad prescriptiva del médico forma parte del derecho al trabajo establecido en el artículo 5o. de nuestra Carta Magna. No obstante lo anterior, la libertad prescriptiva debe ejercerse en aras de obtener el beneficio del paciente y bajo ninguna circunstancia debe equipararse con la arbitrariedad, pues el actuar del personal médico debe fundamentarse en el estado actual de la ciencia médica y encaminarse en todo momento al beneficio del paciente, tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto.

III. ELEMENTOS A ANALIZAR PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL RELACIONADA CON LA NEGLIGENCIA MÉDICA

De acuerdo con lo que expone Carlos Roberto Solórzano Garavito, "...el deber objetivo del cuidado del médico, se entiende como la obligación que tiene el galeno, de comportarse ante una situación médica concreta, una patología, como lo exige la ciencia médica, para lo cual deberá tener en cuenta los parámetros que han sido establecidos por la ley o por la *lex artis*, y que le indican cómo comportarse en cada caso, bien sea asumiendo una posición activa o una actitud pasiva, dependiendo de lo que la situación concreta de cada paciente exija".¹¹

¹¹ SOLÓRZANO GARAVITO, *Carlos Roberto, Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia*, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2010, p. 66.

En dicho contexto la responsabilidad médica es una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad.¹²

1. Fases del acto médico

El primer paso para determinar la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual relacionada con la negligencia médica es analizar el acto médico. Para ellos es importante tomar en cuenta que éste se divide en distintas etapas:

- a) La fase diagnóstica;
- b) La fase terapéutica; y
- c) La fase recuperatoria.

Para determinar la existencia de mala práctica médica, el acto médico no debe ser analizado de manera separada, sino que debe hacerse de manera conjunta, pues cada una de las fases que lo componen se encuentran estrechamente vinculadas. Así las cosas, segmentar el acto médico sin tomar en consideración todas las etapas que forman el acto médico, como un conjunto inseparable para la determinación en un caso concreto sobre la existencia de mala práctica médica, sería incongruente e ilógico, pues las fases siguen una secuencia en el tiempo.¹³

También es importante fijar si el acto médico tiene la naturaleza de complejo en razón, no sólo de los distintos actos de un profesional, sino también que pudieran estar involucrados estrechamente varios profesionales médicos. En ese tenor, cuando el acto médico está integrado por distintas facetas en las que participan sucesivamente una multiplicidad de profesionales médico-sanitarios, se estima que puede atribuírsele una conducta negligente a un profesional si de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, se encontraba en una posición óptima para advertir el error culposo o doloso del profesional o

¹² SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad civil*, tomo II, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2012, p. 95.

¹³ ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 2002440. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXIV/2013 (10a.). Página: 621.

profesionistas que le precedieron y, ante tal situación, omitió llevar a cabo los actos necesarios para corregirlo o intentar corregirlo, siempre que tal actuar se encontrara dentro de su campo de acción en el acto médico. Lo anterior no implica que un profesional médico-sanitario sea siempre responsable por la actuación dolosa o negligente del que le precedió en el acto médico, pues ello podría actualizar una violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica de esas personas. Más bien, la atribución de responsabilidad a un profesional médico-sanitario que actúa en un acto médico complejo en el que intervinieron sucesivamente una serie de personas, dependerá enteramente de sus propios actos en dicha atención médica. Así, por ejemplo, si tras la participación de un médico, otro médico convalida la negligencia del que le precedió u omite cumplir con sus deberes de cuidado que lo llevarían a intentar corregirlo o a informarlo a los responsables para hacerlo, según la *lex artis* médica, tal conducta puede considerarse a su vez como culposa en sentido amplio y dar pie a una responsabilidad si se acredita que tal acto propició o incidió directamente en la producción del daño.

2. El médico como deudor de una obligación de medios

Es importante tener en cuenta que al tratar el tema de la medida de la responsabilidad, se debe distinguir entre obligaciones de medios (*quomodo respondeatur*) y obligaciones de resultado (*quantum respondeatur*). Al respecto Guido Alpa distingue entre ambas indicando que en la primera vale el control de la diligencia empleada en la ejecución de la obligación, mientras que en la segunda vale el control de la exigibilidad de la prestación.¹⁴

En dicha tesitura, el médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por consiguiente, *deudor de una obligación de medios*, por cuanto en su actividad se halla un elemento aleatorio —el cuerpo humano, ya que no sabemos cómo reaccionará ante el tratamiento—. El médico no puede garantizar la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso. Consecuentemente, el médico cumple con su obligación cuando

¹⁴ Cfr. ALPA, Guido, *La Responsabilidad Civil, parte general*, Editora y Distribuidora Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 1109.

desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mala práctica médica, el juzgador está llamado a cuestionar si dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible.¹⁵

Aunado a lo anterior, la primera Sala de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha sostenido que, para la exigencia de responsabilidad en contra de un médico por un diagnóstico equivocado, ha de partirse de si dicho profesional ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico. El referido órgano jurisdiccional consiente que la actividad diagnóstica en sí misma comporta riesgos de error, sin embargo, los mismos deben mantenerse dentro de los límites de lo tolerable. En dicho sentido, si se acredita que el médico no se sirvió, en el momento oportuno, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina, entonces con dicha actividad se corrieron riesgos fuera la frontera de lo pasable, y entonces, se habrá realizado un diagnóstico sin la diligencia debida por parte del personal médico, constituyéndose un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes, riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina.¹⁶

3. Guías y protocolos médicos institucionales

Otro elemento que debe estudiarse para determinar si hubo o no negligencia es si para el tratamiento de la enfermedad existen guías o protocolos institucionales u oficiales.

¹⁵ ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 200244. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

¹⁶ MALA PRÁCTICA MÉDICA. DIAGNÓSTICO ERRÓNEO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA. Época: Décima Época. Registro: 2002570. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVII/2013 (10a.). Página: 638.

Las guías o protocolos médicos expedidos por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente en la materia responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*. Estas guías o protocolos no limitan la libertad prescriptiva del médico en su toma de decisiones, por cuanto un buen protocolo es flexible y dinámico, siendo susceptible de modificación. Cabe incluso apartarse de él si el médico entiende, según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se halle fundada científicamente, aunque en estos casos, ante una hipotética reclamación, la justificación del médico que se desvíe de su contenido deberá ser más rigurosa y exhaustiva. Desde el punto de vista jurídico, los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; de manera que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad constituye un elemento muy importante para su defensa. Por tanto, el protocolo ostenta, como es lógico, un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.¹⁷

4. Lex artis

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha sentado el criterio de lo que se debe advertir como *lex artis* de conformidad con lo dispuesto por los artículos 9o. del *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica* y 2o., fracciones XIV y XV, del *Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*. Dicho tribunal indica que la *lex artis* médica —o *estado del arte médico*—, es el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico, en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación

¹⁷ GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.

concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptados por sus pares. Esto es, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de esas normas, procedimientos y conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada, comprometiéndose únicamente a emplear todos los recursos que tengan a su disposición, sin garantizar un resultado final curativo. Lo contrario supondría que cualquier persona, por el simple hecho de someterse a un tratamiento, cualquiera que éste sea, tendría asegurado, por lo menos, una indemnización por responsabilidad profesional en el supuesto de que el resultado obtenido no fuera el pretendido, por lo que es necesario romper, en ocasiones, la presumida relación de causalidad entre la no consecución del resultado pretendido, es decir, el restablecimiento de la salud del paciente y la actuación negligente o irresponsable del médico, puesto que, además, no son pocos los casos en que las consecuencias dañosas producidas tienen su origen, no en la asistencia prestada por éste, contraria a la *lex artis*, sino en las patologías previas y a menudo gravísimas que presentan los pacientes.¹⁸

5. Relato patográfico del paciente (historia clínica)

Un elemento más que hay que considerar es la historia clínica, ya que ella constituye el relato *patográfico* o *biografía patológica* del paciente, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente. En dicha tesitura, este documento ostenta un valor fundamental, no sólo desde el punto de vista clínico, sino también a la hora de juzgar la actuación de un profesional sanitario. Así, la ausencia o deficiencia de la historia clínica, genera una presunción en contra de los médicos que trataron al paciente, respecto a la existencia de una posible mala práctica médica, pues tal ausencia o deficiencia no puede sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente, en atención a que son precisamente los médicos quienes se encuentran obligados a documentar detalladamente el curso del acto médico. De lo anterior se colige que el hecho de documentar un historial clínico de forma incompleta o deficiente por parte del personal médico, constituye un

¹⁸ RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO LEX ARTIS PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN. Época: Décima Época. Registro: 2004786. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.91 A (10a.). Página: 1891.

riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes, riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina.¹⁹

Al respecto, la primera sala de la SCJN ha determinado que la ausencia o deficiencia de la historia clínica no genera automáticamente responsabilidad civil, sino que los médicos pueden demostrar que su actuar –independientemente de la ausencia o deficiencia de la historia clínica— fue la correcta, tal y como se desprende de la lectura del siguiente criterio:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR NEGLIGENCIA MÉDICA. ESTÁNDAR PARA VALORAR SI EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA QUE REGULA UN EXPEDIENTE CLÍNICO ACTUALIZA O NO UNA CONDUCTA NEGLIGENTE. En materia de responsabilidad civil extracontractual médico-sanitaria, la obligación de los profesionistas e instituciones médicas es de medios y no de resultados, ya que a lo que están sujetas las personas que brindan estos servicios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la lex artis. En ese sentido, el incumplimiento de las pautas establecidas en la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999 (que ya fue abrogada por la diversa NOM-004-SSA3-2012, publicada en el citado medio de difusión oficial el 15 de octubre de 2012), en la que se regulan los elementos y condiciones que debe cumplir un expediente clínico, no conlleva de manera automática el acreditamiento de una conducta culposa ni implica forzosamente la responsabilidad del personal médico-sanitario, dado que en este tipo de acciones se tienen que acreditar todos los elementos de la responsabilidad civil, incluyendo la comprobación de la culpa y su relación con el daño. Así, la actuación diligente del

¹⁹ MALA PRÁCTICA MÉDICA. AUSENCIA O DEFICIENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA. Época: Décima Época. Registro: 2002569. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVIII/2013 (10a.). Página: 638.

personal médico-sanitario puede efectuarse con independencia de la perfecta o imperfecta integración del expediente clínico. Es decir, podrá haber casos en que el expediente cumpla con todos los requisitos de la Norma Oficial Mexicana, pero a pesar de ello se actualice una conducta negligente en la atención médica de una persona y viceversa. Por tanto, si bien el acto médico es una actuación compleja que debe examinarse en su conjunto y que conceptualmente se conforma por distintas etapas (diagnóstica, terapéutica y recuperatoria), debe resaltarse que aun cuando la elaboración del expediente clínico integra parte de ese acto médico y está estrechamente vinculada con el resto de las actuaciones en la atención del paciente, el simple incumplimiento de cualquiera de los requisitos, elementos o pautas que marca la Norma Oficial Mexicana aplicable no produce forzosamente que la conducta del respectivo profesionista se vuelva dolosa o negligente, pues dependerá del contenido de esa norma y su regulación del acto médico como parte integrante de la lex artis ad hoc. Consecuentemente, cuando se advierta que existe un expediente clínico incompleto o mal integrado, a partir del resto de pruebas presentes en el juicio y atendiendo a la carga de la prueba que corresponde a cada parte, el juzgador deberá analizar los supuestos incumplidos de la Norma Oficial Mexicana respectiva para la conformación o integración del expediente clínico y verificar si su falta de acatamiento o indebido cumplimiento es el acto o parte del acto o la omisión que produjo el daño o si a partir de esa circunstancia se produjo una ausencia de información que conllevó la pérdida de la oportunidad de corregir el daño o a impedir que éste ocurriera.²⁰

6. El consentimiento informado

El consentimiento informado es un requisito que se desprende legalmente del “Capítulo IV. Usuarios de Salud y Participación de la Comunidad” de la LGS y consiste en

²⁰ Época: Décima Época. Registro: 2012113. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, Julio de 2016, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CXCVIII/2016 (10a.). Página: 324.

el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos como consecuencia necesaria o explicitación de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia. No obstante, el artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica prevé que cuando concurra un caso de urgencia o el paciente se encuentre en un estado de incapacidad transitoria o permanente y no sea posible obtener la autorización de su familiar más cercano, tutor o representante para los tratamientos o procedimientos médico-quirúrgicos necesarios, los médicos de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de dos de ellos, realizarán el tratamiento o procedimiento que se requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico de dicho actuar. En ese sentido, aun cuando pudiera parecer que es un contrasentido que ese estado de urgencia sea una excepción a la concurrencia de un consentimiento informado expreso para efectuar un acto médico que entrañe un alto riesgo para el paciente, pues precisamente la respectiva autorización es la forma en que el sistema jurídico respeta la libertad de esa persona para decidir sobre su propio cuerpo, lo cierto es que el propio sistema jurídico realiza una ponderación entre la voluntad del paciente y las obligaciones que tiene todo personal médico-sanitario de emprender las acciones necesarias para respetar y proteger el derecho a la salud, la integridad y/o vida de una persona. Así, el caso de urgencia que justifica el acto médico a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, es la forma en que el ordenamiento jurídico reconcilia ambos valores, preponderando la protección de la salud, pero sujetando consecuentemente al médico o diverso profesional médico-sanitario a un estándar más alto para acreditar su debida diligencia médica: tendrá que demostrar que esa actuación era imperiosa para la protección de la integridad o vida del paciente y deberá hacerlo en acuerdo con otro profesional médico, asentando sus razones para acreditar el estado de urgencia y detallando toda información relevante en el expediente clínico, bajo su más estricta responsabilidad. Esta determinación no prejuzga sobre los supuestos de negativa de consentimiento por objeción de conciencia o libertad religiosa. Por tanto, el acto médico que involucre un alto riesgo al paciente que fue realizado sin acreditarse un caso de urgencia o sin recabarse el debido consentimiento informado, se reputará como una negligencia médica por transgresión a la *lex artis ad hoc*,

si se tiene por satisfecho el resto de los elementos de la acción: la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en su producción.²¹

7. La carga de la prueba

En el caso de una demanda por responsabilidad civil extracontractual relacionada con negligencia médica, dado que la ausencia del cumplimiento del deber de informar es la manifestación de un hecho negativo (se alega que no se informó o se informó deficientemente), la carga de la prueba para demostrar que sí se ejecutó dicha obligación corresponde a los respectivos médicos demandados, en términos de las reglas probatorias de los artículos 281 y 282 del *Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México*. Por lo tanto, cuando un médico tratante niega haber incumplido con su deber de informar, en realidad está afirmando un hecho consistente en que otorgó la información necesaria y de forma adecuada; consecuentemente, a fin de comprobar dicha afirmación, podrá aportar todos los medios probatorios a su alcance, los cuales posee más fácilmente por sus propias características como perito en la materia; a saber, testimonios de otros médicos o documentales privadas como el expediente clínico, en donde se asienta la comunicación con el paciente o con sus familiares, tutores o representantes, etcétera. En el supuesto en que no se tenga por demostrado que el o los profesionistas médicos cumplieron con ese deber de informar (tras un análisis holístico en el que debe valorarse todo el contexto fáctico y en el que la simple omisión de informar un dato concreto al paciente no conduce necesariamente al incumplimiento de tal deber al haberse podido convalidar posteriormente por los médicos), se actualiza un acto negligente en clara contravención a la *lex artis* que satisface uno de los elementos de la acción de responsabilidad civil extracontractual. No obstante, el hecho de que exista una negligencia médica por falta al deber de informar, no conduce en automático a una responsabilidad civil, ya que tiene que demostrarse, concomitantemente, la existencia de un daño y que ese acto negligente originó o fue un factor determinante en la producción del mismo.

²¹ CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. JUSTIFICACIÓN DE SU SUPUESTO DE EXCEPCIÓN. Época: Décima Época. Registro: 2012106. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, Julio de 2016, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXCIX/2016 (10a.). Página: 313.

Por último de conformidad con las pautas establecidas por la Primera Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 93/2011, para acreditar la responsabilidad civil de los profesionistas médico-sanitarios ante una demanda en la que se alegue la existencia de un daño, a los profesionales referidos les corresponde probar su debida diligencia (el elemento de culpa), mientras que la demandante debe acreditar el resto de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual: daño y nexo causal. En otras palabras, cuando una persona alegue que un profesional médico-sanitario o una institución hospitalaria le causó un daño por una indebida atención médico-sanitaria, se actualiza lo que se denomina una reinversión de la carga de la prueba a favor de la actora en el juicio, en la que a los profesionales médico-sanitarios o a la institución hospitalaria les corresponde acreditar su debida diligencia en la atención médica del paciente que sufrió el referido evento dañoso, en atención a los principios de facilidad y proximidad probatoria. La razón principal para optar por esta incidencia en las reglas estrictas de la carga de la prueba proviene de las circunstancias particulares en las que se desarrolla un caso de atención médica; por lo general, el conocimiento científico-técnico y las pruebas pertinentes para acreditar la debida diligencia o desacreditar la supuesta culpa o violación de un deber de cuidado las detentan los profesionales médico-sanitarios o las instituciones hospitalarias, por lo que exigir de una forma irrestricta que sea la actora la que demuestre por sí sola y sin lugar a dudas la negligencia en la atención médica podría provocar lo que en la doctrina se denomina como una carga probatoria diabólica. Esto es, lo que se busca es que ambas partes en el juicio participen activamente en él y que aporten los elementos de convicción necesarios para que el juzgador llegue a la verdad y estudie si se acreditan o no los elementos de la acción. Esta posición no conlleva a la existencia de una presunción de la culpa de los médicos o de la institución hospitalaria o el surgimiento de una responsabilidad objetiva, pues en materia de responsabilidad civil subjetiva derivada de la atención médica, la cual es caracterizada en términos generales como una actividad que da lugar a obligaciones de medios, no cabe la presunción automática de la culpa de las partes demandadas, sin que ello implique que ésta no pueda acreditarse a partir de algún tipo de presunciones (por ejemplo, indiciarias).²²

²² RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Época: Décima Época. Registro: 2012513. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCXXVII/2016 (10a.). Página: 514.

IV. CONCLUSIONES

Para determinar la procedencia de la acción por responsabilidad civil relacionada con la negligencia por los servicios de salud y atención médica prestados a un paciente es fundamental que se analice el acto médico de manera integral, comprendiendo que la obligación del galeno es de medios y no de resultado –salvo casos específicos concretos–, que se deben revisar y estudiar las guías y protocolos médicos institucionales, la *lex artis ad hoc*, así como el relato patográfico del paciente, y si en el caso existe un consentimiento informado. El análisis de todos estos elementos debe realizarse de manera integral y al tenor del material probatorio que se tiene disponible (es muy importante tener en cuenta que en la mayoría de los casos el que se encuentra en mejor posición para aportar los medios de convicción es el profesional de la salud y/o la institución de salud que presta el servicio).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, *La Responsabilidad Civil, parte general*, Lima, Editora y Distribuidora Ediciones Legales, 2016.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad civil*, tomo II, Bogotá, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia*, Colombia, Universidad Católica de Colombia, 2010, p. 66.

Jurisprudencia

- ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 2002440. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXIV/2013 (10a.). Página: 621.
- ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 200244. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y

su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. JUSTIFICACIÓN DE SU SUPUESTO DE EXCEPCIÓN. Época: Décima Época. Registro: 2012106. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, Julio de 2016, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXCIX/2016 (10a.). Página: 313.

GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.

MALA PRÁCTICA MÉDICA. AUSENCIA O DEFICIENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA. Época: Décima Época. Registro: 2002569. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVIII/2013 (10a.). Página: 638.

MALA PRÁCTICA MÉDICA. DIAGNÓSTICO ERRÓNEO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA. Época: Décima Época. Registro: 2002570. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVII/2013 (10a.). Página: 638.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN. RESULTA APLICABLE A LAS ACCIONES EMPRENDIDAS PARA LOGRAR LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA MALA PRAXIS MÉDICA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Época: Décima Época. Registro: 2009853. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Materia(s): Constitucional, Civil.

Tesis: I.3o.C.226 C (10a.). Página: 2418. Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Época: Décima Época. Registro: 2012513. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCXXVII/2016 (10a.). Página: 514.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO LEX ARTIS PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN. Época: Décima Época. Registro: 2004786. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.91 A (10a.). Página: 1891.

Ordenamientos legales e instrumentos internacionales

Constitución de la Organización Mundial de la Salud

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.