

Por ejemplo aquellos hospitales que tienen equipos dedicados a la terapia endovenosa; por lo general su tasa de infección es menor a aquellos que no los tienen. La tasa de infección también depende del área dentro de las instalaciones; por ejemplo las áreas de Terapia Intensiva tienden a tener una mayor tasa que otras áreas y también depende de la población de pacientes. Sí nos encantaría no tener infecciones pero la realidad es que no es así. Lo importante es trabajar juntos, creo que lo más importante es preparar y educar a las enfermeras y doctores. Es importante que todos estemos en el mismo camino y seguir los procedimientos y tener un control de calidad y evaluar qué funciona y qué no funciona. Gracias.

Certeza Jurídica ante el error médico (Sobre la necesidad de superar los criterios en la reparación del daño moral)

Lic. Agustín Ramírez Ramírez

A partir de la publicación que hizo el Instituto de Medicina de los Estados Unidos de Norteamérica, *Errar es humano*, mucho se ha reflexionado sobre el entorno en que se desarrolla la práctica médica norteamericana, particularmente en lo que se refiere a las repercusiones de los errores médicos; su tratamiento jurídico, el impacto en los costos de las pólizas de responsabilidad y, fundamentalmente, la fractura de la confianza en la relación médico paciente, fuentes importantes de la llamada medicina defensiva, tan arraigada culturalmente en ese país.

En un reporte de la Academia Americana de Pediatría¹, los autores precisan que “entre 1930 y 1994 los costos por responsabilidad aumentaron casi cuatro veces más rápido que la tasa de crecimiento de la economía”, situación que atribuyen al creciente número de demandas por mala práctica. Señalan, además, que el “aumento más rápido en los costos por responsabilidad ocurrió entre 1950 y 1985, cuando crecieron un promedio de 12% anual, mientras que el crecimiento económico nominal promediaba un 7.9% al año”.

En México, no contamos con información suficiente para asegurar tendencia alguna sobre los costos de la mala práctica médica. Por una parte, los registros del Poder Judicial Federal y Locales no permiten identificar de manera específica las demandas en esta materia, como tampoco sus resultados en cuanto a los montos de las indemnizaciones y, en su caso, de las condenas por gastos y costas. No hay, tampoco, un estudio que se avoque al tema de los costos en torno a la medicina defensiva, es decir, en qué medida han aumentado los gastos de la atención médica en virtud de las indicaciones hechas por el médico, como medida preventiva de una posible demanda en su contra. Tampoco

se sabe de tendencia alguna sobre la contratación de seguros de responsabilidad civil². Por ello es que cualquier comentario que pueda hacerse sobre la práctica de una *medicina defensiva* en nuestro país, no es sino una simple estimación fundada en percepciones.

No obstante lo anterior, un sector importante de la sociedad mexicana tiende a pensar que, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica, en nuestro país es posible demandar a los médicos por sumas millonarias, al grado de encontrar abogados haciendo presencia en las puertas de los establecimientos sanitarios, particularmente los públicos, buscando convencer a ciertos pacientes, aquellos que notoriamente se encuentran en un estado emocional afectado, de que es posible demandar al médico y obtener una indemnización cuantiosa. Perciben, quizás, que se trata de un nicho de mercado que habrá de crecer algún día.

Bajo esta percepción no puede impedirse, en efecto, que ante la mera presunción de mala práctica un paciente demande a su médico con pretensiones millonarias. Sin embargo, cuando hablamos de demandas por reparación de daños patrimoniales, en caso de que proceda la condena por impericia o negligencia, poco importará que el actor le ponga precio al daño sufrido, pues el monto de la indemnización se integra, ya sea por el número de días que dure la incapacidad o por el porcentaje que corresponda a la pérdida orgánica sufrida, considerando que la valoración de los daños corporales tiene un límite en los parámetros legales que regulan el riesgo laboral, de tal suerte que el monto resultante será insuficiente para colmar las pretensiones millonarias del promovente y su abogado.

Hay en ello una certidumbre absoluta respecto del monto de la indemnización, pues cuando se hace necesario reparar el daño físico causado por deficiencias en la atención médica, la suma resultante siempre será cierta. Los parámetros legales contenidos en la legislación laboral se aplican de manera estricta, de ahí que la indemnización por la pérdida de determinado miembro, que amerite la declaración de incapacidad permanente parcial³, se cubra con práctica-

² En la materia, en octubre del año 2003 la autoridad sanitaria federal adjudicó a la empresa GRUPO MEXICANO DE SEGUROS S.A. DE C.V. un contrato de “Seguro de Responsabilidad Profesional de personal médico” para aproximadamente 30,000 médicos adscritos al sistema público de salud (no incluye IMSS ni ISSSTE) y poco más de 5,000 médicos residentes, con un costo individual de \$357.50 por persona (prima), que fue cubierto en partes iguales entre la autoridad y cada trabajador. Lo anterior implica que cada médico pagó \$14.90 (CATORCE PESOS 90/100 M. N.) mensuales por estar asegurado por mala práctica médica, cantidad poco significativa en relación con los costos que tienen este tipo de pólizas en Estados Unidos de Norteamérica.

³ Es el caso, por ejemplo, de dos personas que en establecimientos diferentes (pueden incluso ser uno público y el otro privado) pierden una extremidad a consecuencia de una deficiente atención médica, lo que les produce incapacidad física parcial permanente. Aunque las circunstancias de la pérdida orgánica hayan sido diferentes, el resultado material es el mismo y el parámetro legal de valoración del daño físico es también igual (artículo 1915 del Código Civil Federal y 492 de la Ley Federal del Trabajo). El monto de la condena establecida en la resolución judicial podrá aumentar al sumarle los costos de la atención médica declarada deficiente, aunque es preciso señalar que se trata estrictamente del reintegro de una cantidad indebidamente cubierta por el paciente y no necesariamente en términos de indemnización del daño físico causado.

¹ John J. Fraser, Jr, MD, JD, and the Committee on Medical Liability, PEDIATRICS Vol. 107 No. 3 March 2001.

mente la misma suma, que puede variar en función de los criterios a que se refiere el artículo 492 de la ley laboral, en cuanto a que para establecer el monto dentro de los rangos establecidos por la tabla de valuación de incapacidades, el juzgador debe tomar en cuenta: la edad del sujeto dañado, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas, semejantes a su profesión u oficio.

Otro ejemplo muy claro se refiere a la pérdida de la vida por negligencia o impericia médica, lo que implica la obligación de reparar el daño causado en un monto que no supera los \$140,000.00⁴. Conforme a lo anterior, resulta ciertamente lógico que estemos ante una situación que, por el momento, no llama mayormente la atención, pues se trata de un pago que la mayor parte de los profesionistas puede enfrentar. Por otra parte, dudo que una suma de tal magnitud resulte atractiva para un importante número de abogados, salvo para quienes estén a la espera de patrocinar todo tipo de asuntos independientemente de su viabilidad, pues no los mueve el deseo de prestigiarse profesionalmente sino el solo interés de obtener un ingreso, independientemente de la materia y la forma de obtenerlo.

Desde la perspectiva de la reparación de daños físicos, como hasta aquí hemos visto, en México, los errores médicos no cuestan mucho. Sin embargo, es necesario reflexionar sobre un componente importante del derecho de daños, que transforma la simplicidad de la evaluación hasta aquí reseñada, en un esquema complejo dada la subjetividad de los parámetros legales de evaluación. Me refiero a la enorme incertidumbre que surge ante una demanda de reparación de daños extrapatrimoniales, en lo que corresponde a la valoración de las hipótesis relativas al daño moral⁵,

⁴ En términos del artículo 1915 del Código Civil Federal, “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 mas 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”. El salario mínimo diario en el Distrito Federal es, actualmente, de \$46.24 (CUARENTA Y SEIS PESOS 24/100 M.N.), cuyo cuádruplo asciende a \$184.96 (CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS 96/100 M.N.), que al multiplicarse por 730 días (artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo) arroja un monto de \$135,020.80 (CIENTO TREINTA Y CINCO MIL VEINTE PESOS 80/100 M.N.). Adicionalmente, en términos del artículo 500 de la Ley Federal del Trabajo, la indemnización incluye dos meses de salario por concepto de gastos funerarios (\$2,774.40) que resulta de multiplicar \$46.24 por 60. La suma total por concepto de indemnización asciende a \$137,795.20 (CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS 20/100 M.N.).

⁵ Por daño moral se entiende, según dispone el artículo 1916 del Código Civil Federal, “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, 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”.

pues si de suyo es difícil apreciar la naturaleza y alcance de los daños morales causados, lo es igualmente, e incluso es más complejo, determinar el monto de la reparación.

Cabe señalar que esta incertidumbre no sólo afecta al médico, como responsable de reparar el daño, sino también al sujeto dañado, pues el monto por indemnización puede resultar empobrecedor para determinado profesional médico, como insuficiente para quien sufre el daño. El monto dependerá de los términos en que la legislación civil regule la reparación del daño moral, según la entidad federativa en donde se haya llevado a cabo la práctica médica demostrada irregular.

En este punto, es importante hacer una precisión. Lo anterior es cabalmente aplicable a los daños causados por la mala práctica médica demostrada en el medio privado, pues tratándose de servicios prestados en establecimientos públicos, a partir de la entrada en vigor de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado el monto por reparación del daño moral tiene un tope de hasta 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Al respecto, me parece que el legislador introduce una regulación que seguramente habrá de generar inconformidad en el resultado de las resoluciones que deba pronunciar el Tribunal Administrativo, pues resulta confuso, por decir lo menos, la forma en que deberá evaluarse el daño moral, en términos del artículo 14 fracción II de la citada Ley⁶, pues en principio debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 1916 del Código Civil Federal, con la condición de que el monto resultante no sea superior a los ya señalados 20,000 salarios mínimos, es decir, \$924,800.00 (NOVECIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS 00/100 M.N.)

De cualquier manera, no es mi pretensión juzgar inadecuadas las demandas por daño moral, pues no dudo de la legitimidad de las acciones emprendidas en cuanto a buscar que se repare el daño causado por la actuación irregular

⁶ En términos del artículo 14 fracción II de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la indemnización por daño moral se calculará “de acuerdo con los criterios establecidos en el Código Civil Federal, debiendo tomar en consideración los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante. La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado”. Lo anterior significa que el juzgador debe considerar, según dispone el artículo 1916 del Código Civil Federal: **a)** los derechos lesionados, **b)** el grado de responsabilidad, **c)** la situación económica del responsable, y la de la víctima, **d)** las demás circunstancias del caso. Al evaluar estos puntos, el juzgador puede tener elementos suficientes para que en función del derecho lesionado y bajo el principio de que el Estado no puede resultar insolvente, se decretara un monto indemnizatorio suficiente para paliar las consecuencias del daño sufrido, sin embargo, se hace indispensable según criterio derivado de la Ley, que el monto no supere el tope ya referido, de suerte que hubiera resultado más congruente dejar al libre arbitrio del juzgador la forma de determinar razonablemente el monto, aunque la condena fuera siempre el tope máximo en un afán de impartir justicia en forma pronta y expedita.

del equipo sanitario, como tampoco de su legalidad; por el contrario, todo aquél que ejerce una actividad profesional, ya sea en el medio público como en el privado, debe saber que es responsable de los actos que ejecuta y que si ocasiona daños por negligencia o impericia, no solo tiene el deber ético de repararlos sino la obligación jurídica de hacerlo, empero, en lo que corresponde al daño moral, se hace indispensable introducir reglas que permitan uniformar los criterios jurídicos insertos en la legislación civil federal y local, de tal suerte que, protegiendo los intereses del afectado, no se favorezca una tendencia que nos conduzca, en forma irremediable como en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica al establecimiento de una relación médico paciente basada en la desconfianza y por tanto a una práctica de medicina defensiva.

La presentación indiscriminada de demandas por daño moral en contra de los profesionales de la salud traería como consecuencia perniciosa el crecimiento de una cultura litigiosa, que en una situación grave, induciría a los médicos a prestar sus servicios en la entidad federativa que tuviera la legislación más beneficiosa a su actuar profesional, en detrimento de los valores éticos insertos en el proceso de atención médica.

El médico, como ya se ha dicho, al igual que cualquier otra persona, es un sujeto falible, que puede equivocarse. Pero no por ello debe minimizarse el daño que llega a causar con su negligencia o impericia, pues afecta, en ocasiones, bienes fundamentales para proseguir el plan vital que el paciente se ha trazado. Su merma, demanda una evaluación que, en principio, indemnice de manera integral los daños causados, bajo principios de justicia conmutativa, empero, en ciertos casos, particularmente cuando el daño tiene carácter extrapatrimonial, se hace indispensable establecer prácticas realistas, que sin caer necesariamente en la aplicación de políticas de justicia distributiva, favorezcan que el sujeto dañado pueda, al menos, paliar su desventurado devenir mortal.

Debe servirnos de ejemplo y por ello habremos de analizarlo el fenómeno que se ha dado en la cultura norteamericana en los últimos 10 años. El estudio de los autores del artículo publicado en PEDIATRICS, reseñado al principio de este análisis⁷, sobre los costos de la mala práctica derivada de los servicios de atención médica en el periodo 1930 a 1994, puede resumirse en la siguiente cita: “Los médicos tuvieron cada vez más dificultades para obtener seguros por mala práctica ya que los proveedores comerciales de seguros dejaron de ofrecer cobertura por mala práctica médica o abandonaron totalmente el mercado de responsabilidad profesional. Las aseguradoras que continuaron ofreciendo cobertura por mala práctica médica tuvieron que aumentar sus primas, algunas veces hasta el doble o el triple para poder cubrir los costos de las indemnizaciones otorgadas por los médicos. En el periodo más difícil

de esta crisis, las primas para la cobertura de mala práctica médica subieron dramáticamente. Se reportó que en una región de California los médicos enfrentaron un aumento de 360% en las primas de seguro por mala práctica en un año”.

Un dato relevante de esta crisis puede constatarse con el reporte⁸ publicado en *Las Vegas Review Journal*, en el año 2002, que da cuenta de los motivos que llevaron a los cirujanos ortopédicos del Centro de Traumatología del *University Medical Center de las Vegas*, en Nevada, a abandonar sus puestos de trabajo en virtud del aumento desmesurado de las primas de responsabilidad. Según la nota, para regresar a su trabajo, los médicos demandaban “la aprobación de un paquete de reformas que incluyera [...] límites a los honorarios de los abogados, así como un límite de 250,000 dólares en indemnizaciones por daño moral”.

Situaciones como la reseñada alertaban a la sociedad médica norteamericana sobre la necesidad establecer medidas que contuvieran la cada vez más fracturada relación médico paciente. En tal sentido, la *American Medical Association* promovió la creación, en 1997, de la *National Patient Safety Foundation*, entidad privada cuya finalidad, en voz de su Director Martín Hatlie⁹, estaría orientada a “estudiar cómo ocurren las fallas en el sistema de atención médica y cómo instrumentar medidas de seguridad para prevenir daños al paciente”. Resulta obvio que al estudiar los errores médicos se buscaba establecer un sistema legal que limitara el impacto negativo en las demandas por mala práctica médica.

En consonancia con lo anterior, en el año 2003 se presentaron dos propuestas legislativas, una de la Cámara de Representantes y otra del Senado, con la intención de atenuar el conocimiento de los errores médicos durante el

⁸ En términos de la crónica periodística “en un comunicado de prensa, [el Gobernador Kenny Guinn] dijo que convocará a una sesión especial de la legislatura para discutir las reformas Tort.” Las autoridades aseguradoras que el Gobernador “convocaría a la reunión hasta después del 26 de julio, que es la fecha límite para que el equipo negociador de médicos, abogados y representantes de las aseguradoras se pongan de acuerdo en un paquete de reformas” conminando a los médicos a regresar a sus labores en virtud del compromiso público del Gobernador “de convocar a una reunión para discutir la reforma Tort [señalando que] si no se logra un consenso por parte del equipo negociador, el gobernador prometió seguir adelante con su propio paquete, [pues] es muy preocupante que los médicos no atiendan a sus pacientes en espera de la fecha de una sesión especial.” Véase http://www.reviewjournal.com/lvrj_home/2002/Jul-03-Wed-2002/news/19108774.html Acceso 22 de junio de 2005.

⁹ La *National Patient Safety Foundation* es una entidad privada cuya finalidad al crearse, en voz de su Director Martín Hatlie, estaría orientada a “estudiar cómo ocurren las fallas en el sistema de atención médica y cómo instrumentar medidas de seguridad para prevenir daños al paciente”. Véase <http://www.npsf.org/html/pressrel/pr98001.htm> Acceso 22 de junio de 2005.

⁷ John J. Fraser, Jr, MD, JD, *Op. Cit.*

proceso legal¹⁰. El proyecto presentado por Michael Bilirakis y John Dingell, de la Cámara de Representantes, como “Ley para mejorar la calidad y la seguridad del paciente”, denominada HR 663, permitiría “que se comparta información sobre la seguridad del paciente con entidades denominadas Organizaciones para la Seguridad del Paciente [creando] una base nacional de datos que se radicaría en la Agencia para la Investigación en materia de Servicios de Salud y Calidad”. En un sentido similar, los senadores Jim Jeffords, John Breaux y Bill Frist presentaron su iniciativa, con la misma denominación, (S. 720) que intenta “proporcionar protección legal a la información reportada de manera voluntaria con el propósito de mejorar la calidad y la seguridad del paciente [que garantizaría, también] que exista una rendición de cuentas al aumentar los estándares y expectativas de que haya una mejora continua en la seguridad del paciente a través de la autoridad de la Secretaría de Salud y Servicios Humanos”

Por fortuna, después de las revisiones correspondientes, en marzo de este año, 2005, el Congreso Norteamericano analizó la última versión de la reforma, denominada *Patient Safety and Quality Improvement Act*, y aunque infortunadamente no hubo tiempo de sancionarla en el periodo legislativo, se obtuvo un importante consenso en lo general, ante lo cual, recientemente, el 6 de junio, la Asociación Médica Americana, con el aval de más de 100 organizaciones estatales y nacionales urgió a los líderes del Congreso a su aprobación, a fin de remitirla al Presidente Bush para que fuera promulgada¹¹.

En lo que corresponde estrictamente a la limitación de los montos indemnizatorios, en marzo del 2003 se tuvo noticia de un proyecto de ley que permitiría establecer un límite a las indemnizaciones por daños punitivos de errores médicos aprobado por la Cámara de Representantes¹². Jim Greenwood, Republicano por Filadelfia, ha sido el autor de un texto que propone limitar a 250.000 dólares los daños punitivos (o no económicos) en las indemnizaciones y al doble en el caso de la compensación por gastos médicos y salarios perdidos (daños económicos). La legislación se aplicaría a los litigios contra médicos, HMO's, compañías

farmacéuticas y aseguradoras de asistencia sanitaria. Durante el debate, los republicanos argumentaron que las elevadas indemnizaciones que conceden los jurados han provocado la subida de las primas de los seguros de responsabilidad médica. Según el reporte del *Congress Daily*, Bush, que considera este tema como prioritario en su agenda de salud, expresó su apoyo a esta legislación en un discurso a los miembros de la Asociación Médica Americana durante una conferencia en Washington D.C, destacando las bondades del “proyecto de ley presentado por Greenwood en las sesiones 107 y 108 del Congreso, elogiando a la Cámara por haber aprobado dicha legislación en la sesión anterior”.

No obstante los beneficios que pueden apreciarse con una medida de tal naturaleza, no parece haber el mismo interés en el senado Norteamericano, pues según la nota, Bush “criticó al Senado por dejar de actuar, precisando que el problema nacional de altas primas de seguros por mala práctica tiene su origen en demandas frívolas además de que los médicos en los hospitales están abusando en el uso de ciertos exámenes y tratamientos al utilizarlos como medidas defensivas para evitar una demanda lo cual está elevando los costos para los pacientes, los estados y el Gobierno Federal”. Se trata de una iniciativa de la mayor relevancia que desafortunadamente no ha sido posible impulsar.

Un esquema muy parecido en lo que corresponde a la presencia de compañías aseguradoras, alto costo de las pólizas y montos excesivos por reparación de daños causados se presenta en España. Según Gonzalo Herranz, Director del Departamento de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra¹³, “las elevadas indemnizaciones por daños sanitarios que imponen los tribunales no son aleccionadoras para la profesión médica, sino que abocan a la medicina defensiva”. Por ello, hizo un llamamiento “a jueces y tribunales para que apliquen en las resoluciones la justicia distributiva y a la sociedad en general para desarrollar sistemas útiles de conciliación”.

Lo que quizás distingue a España del modelo Norteamericano es la aplicación, no vinculatoria, aunque de enorme utilidad para los tribunales, de un baremo de cuantificación de daños corporales, como base para determinar las indemnizaciones que habrán de establecerse por concepto de responsabilidad.

En un estudio sobre el Proyecto que propone la aplicación de un baremo europeo, el Dr. Martín Casals, Catedrático de

¹⁰ La intención de ambas propuestas se centra en incentivar la voluntariedad de la información y el aumento de los niveles y las previsiones para lograr progresos continuos en la calidad asistencial. Véase <http://csd.ucop.edu/documents/qualsafe.pdf> Acceso 23 de junio de 2005.

¹¹ Véase <http://www.amda.com/federalaffairs/factsheets/congress109/s544.htm> Acceso 23 de junio de 2005.

¹² El proyecto fue aprobado en el Subcomité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, sin embargo, no parece tener mucha viabilidad pues no obstante que a juicio del Presidente del Comité, Billy Tauzin, garantizaría “que los pacientes que sufran un daño sean compensados de manera justa, sin permitir que abogados sin escrúpulos expulsen a los médicos de la ciudad”, John Dingell, Henry Waxman y Sherrod Brown, legisladores demócratas, comentaron que “las verdaderas causas de los aumentos en las tarifas de seguros por mala práctica médica no se conocen y piden que se investigue más sobre el asunto”. Véase http://www.kaisernetwork.org/daily_reports/rep_index.cfm?hint=3&DR_ID=16394 Acceso 24 de junio de 2005.

¹³ En entrevista publicada el 13 de noviembre de 2003, señala que “son cada vez menos las aseguradoras que se mantienen activas en el ramo sanitario. Y las que lo hacen, suben hasta las nubes la cobertura de sus servicios, pues no les faltan pruebas del alto riesgo que corren cuando aseguran a quienes ejercen la medicina y la enfermería. Se desprende de los análisis y de las opiniones que hay una fuerte crisis en el sector. Todos coinciden en reconocer la gravedad de la situación, casi desesperada según algunos, con soluciones que hay que ensayar, según otros”. Véase http://www.diariomedico.com/rec-templating/templates/diario_medico/cmp/viewDocument.jsp Acceso 25 de junio de 2005.

derecho civil de la Universidad de Girona¹⁴ destaca que en España, “la baremación del daño corporal es un tema de permanente actualidad, especialmente desde la elaboración y posterior entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, [denominada] *Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, [que] introdujo, mediante un Anexo, el llamado *Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, conocido popularmente como *baremo*”.

Fue por ello que la Organización Médica Colegial, ha avalado la propuesta del Colegio de Alicante de establecer un baremo objetivo para daños por mala práctica médica, que a decir de Ricardo Ferré¹⁵ “daría lugar a un doble efecto: por un lado, mayor seguridad jurídica y tranquilidad para los profesionales médicos y, por otro, solucionaría la escalada del precio de las primas de las pólizas de responsabilidad médica y el abandono del sector sanitario, de un creciente número de compañías aseguradoras, con el consiguiente problema para los profesionales médicos españoles”. En ello se encuentra trabajando en estos momentos la autoridad sanitaria española.

Sin embargo, hay quienes señalan problemas e incertidumbre sobre el nuevo baremo. Eugenio Moure¹⁶, especialista en derecho sanitario, precisa que “urge, antes de plantearse un nuevo baremo, la aprobación de una norma que dé contenido a este seguro de responsabilidad sanitaria, lo que permitirá conocer sus datos esenciales, especialmente la cuantía máxima a que debe dar cobertura, y sobre esa realidad se podrán sentar las bases para que pueda existir un mayor acercamiento al baremo de tráfico, incluso su adaptación a la compleja realidad sanitaria, tantas veces ansiada en el difícilmente objetivable daño moral”.

Como se puede apreciar, tanto en los Estados Unidos de Norteamérica como en España, un país de tradición latina con un sistema jurídico de mayor aproximación a nuestro medio, la cuantificación del daño moral es precisamente lo que hace cuestionable la capacidad resarcitoria de los ordenamientos legales.

En México, el artículo 1910 del Código Civil Federal establece la obligación de reparar el daño producido por quien lo haya provocado obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, a menos que demuestre que se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Según lo establecido en el artículo 1915 del mismo ordenamiento, el ofendido puede elegir entre el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de los daños y perjuicios, cuando sea posible, o en el pago de una indemnización. Resulta obvio que tratándose del daño moral, difícilmente podemos hablar del retorno a la situación previa, de ahí que entrar a su estudio, implica abordar la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños de naturaleza extrapatrimonial. En nuestro medio, la bibliografía es copiosa y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin, pues la tasación se basa, por lo menos en la mitad de las entidades federativas, en criterios subjetivos, que dan pauta a un amplio margen de discrecionalidad por parte de los tribunales.

Por daño moral debemos entender la “afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”, pues así lo dispone el artículo 1916 del Código Civil federal. Para cuantificar el monto de la reparación, el juez debe tomar en cuenta: **a)** los derechos lesionados, **b)** el grado de responsabilidad, **c)** la situación económica del responsable y la de la víctima, y **d)** demás circunstancias del caso. Con algunas variantes, en 15 legislaciones estatales también se establecen criterios similares para la determinación del monto resarcitorio.

La disparidad de criterios jurídicos regulados localmente, nos lleva a que en las 16 legislaciones estatales restantes, se establecen límites concretos, que no pueden exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, como son los casos de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León, Sinaloa, Veracruz y Zacatecas, mientras que en Puebla la indemnización por daño moral no puede ser superior a un mil veces el salario mínimo general, en Querétaro nunca excederá del importe de la indemnización por muerte, y en Tamaulipas no debe rebasar el veinte por ciento de la indemnización por daño material.

Regreso, por ello, al concepto de falibilidad humana y su relación con la disminución de bienes jurídicos con motivo de la mala práctica médica. Queda claro que el error médico causa daños que deben evaluarse bajo los principios de la teoría de la culpa y en algunos aspectos, bajo los cánones

¹⁴ <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm> Acceso 25 de junio de 2005.

¹⁵ Según la nota publicada en Diario Médico el 11 de diciembre de 2003, es necesario un baremo exclusivo para valorar daños por mala práctica médica, pues “el sistema actual tiene carácter orientativo y está recogido en la Ley 30/1995 [y es] citado con frecuencia y referencialmente por las partes implicadas en procedimientos judiciales de responsabilidad médica y, en no pocas ocasiones, aplicado por analogía de forma voluntaria por los tribunales en la valoración del daño corporal”. Véase http://www.diariomedico.com/rec-templating/templates/diario_medico/cmp/viewDocument.jsp Acceso 25 de junio de 2005.

¹⁶ Conforme al criterio de Mouré «conviene no perder de perspectiva la novedad legal que supuso para el sector sanitario privado la imposición por el artículo 46 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias de un seguro obligatorio de responsabilidad civil. Por extraño que parezca, este nuevo seguro nació ausente del más elemental contenido regulador, pues ni la citada ley lo establece, ni reglamentariamente se ha desarrollado transcurrido más de un año desde su entrada en vigor. Por eso llama la atención que se demande un baremo sin tan siquiera saber cuál es la cuantía máxima que da cobertura económica a este nuevo seguro, cuáles son sus cláusulas de delimitación temporal o sus exclusiones” Véase http://www.diariomedico.com/rec-templating/templates/diario_medico/cmp/viewDocument.jsp Acceso 25 de junio de 2005.

de la teoría del riesgo. No debemos, sin embargo, olvidar que el detrimento vital del sujeto enfermo lo afecta, cuando ocurre en la esfera de lo extrapatrimonial, en aspectos que es muy difícil evaluar, pero que no por ello deben minimizarse, como son los casos de lesiones corporales que conllevan la calificación de diversos tipos de invalidez, entre las que destaca la de carácter permanente.

En tales circunstancias, la indemnización debiera tener para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves. En estos casos, la indemnización sirve de "solemne desagravio y afirmación autorizada de la estimación social del bien lesionado". Tal es la tesis sostenida en parte por la doctrina española, como lo señala De Castro y Bravo.¹⁷

En términos de lo anterior, se puede considerar que doctrinalmente la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitiva. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y réplicas al respecto. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera vital del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca *no tengan precio*, no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado o sustraído. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactorio, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañino, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Qué sucede, por ejemplo, ante el caso de una persona que por deficiencias acreditadas del equipo sanitario, queda impedida para desempeñar su plan de vida, al resultar daños de tal magnitud que la dejan cuadripléjica, con lo cual se perfecciona la hipótesis contenida en el artículo 480 de la Ley Federal del Trabajo, en cuanto a que por incapacidad permanente total debe entenderse la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida. La indemnización por el daño físico causado asciende a \$202,531.20 (DOSCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN PESOS 20/100 M.N.)¹⁸, en tanto que, por el daño moral, el monto

dependerá, en primer lugar, de la localidad en que se haya practicado el acto médico y en segundo, de las circunstancias en que se desenvuelva el proceso judicial. Este monto puede ser poco significativo o bastante satisfactorio, dependiendo de la regulación jurídica que del daño moral establezca el derecho positivo del lugar de los hechos.

Como hemos visto, bajo el análisis de las hipótesis reguladas en las diversas legislaciones estatales, no sería extraño que bajo un modelo de medicina defensiva y a fin de planear los costos de una mala práctica médica, algunos médicos decidieran ejercer la profesión en los estados de Querétaro o Puebla. Si durante el proceso judicial llegara a acreditarse daño moral, la condena no superaría los \$137,795.20 (CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS 20/100 M.N.) o se establecería en \$46,240.00 (CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS 00/100 M.N.), respectivamente, según fuera el caso.¹⁹

A manera de conclusión, es pertinente señalar lo inequitativo que resulta nuestra legislación, por sus disposiciones inconexas entre entidades federativas, que sólo generan incertidumbre a las partes.

Pienso en estos momentos en los casos de aquellos menores de edad, comentados en este foro, que por el actuar negligente y quizás por impericia del personal de enfermería, perdieron un dedo al retirarles en forma inadecuada una venoclisis. Nadie duda que tal situación se debió a una conducta no intencional, pero sí descuidada, que afectó la integridad física de esas personas con repercusiones para el resto de su vida. Al respecto, no tengo respuesta sobre la forma en que habrán de paliarse los efectos futuros de tal mutilación, pues resulta altamente complicado calcular el *quantum* de la afectación moral.

Con disposiciones que carecen de uniformidad a nivel estatal, altamente subjetivas en cuanto a los parámetros de evaluación, favorecedoras de un estado de incertidumbre para las partes, resulta necesario promover una legislación uniforme y congruente entre sí, que además de asegurar tranquilidad en el equipo sanitario sobre los criterios aplicables en la cuantificación, sea capaz de compensar el sufrimiento que vive el paciente, particularmente cuando el daño causado es de tal magnitud que seguramente limitará en forma grave su plan de vida.

Por ello, bajo las actuales circunstancias, resulta indispensable establecer una legislación equilibrada, que al valorar el daño moral favorezca, insisto, no sólo considerar la naturaleza culposa de la mala práctica médica, sino también y en forma preponderante, que el sujeto dañado pueda, al menos, paliar su desventurado devenir mortal.

¹⁷ De Castro y Bravo, Federico. *Temas de derecho civil*. Marisal, A.G. Barcelona. 1972, pág. 9.

¹⁸ La indemnización se calcula considerando lo dispuesto por el artículo 1915 del Código Civil Federal en cuanto a que "se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región", es decir \$46.24 (CUARENTA Y SEIS PESOS 24/100 M.N.), cuyo cuádruplo asciende a \$184.96 (CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS 96/100 M.N.), que multiplicado por mil noventa y cinco días que señala el artículo 495 de la Ley Federal del Trabajo, arroja un monto total de \$202,531.20.

¹⁹ Recuérdese que en Querétaro la indemnización por daño moral no podrá exceder del importe de la indemnización por muerte y en Puebla no puede ser superior a un mil veces el salario mínimo general.