

miento de este deber puede derivar en la comisión de hechos u omisiones ilícitos que podrían dar lugar a reclamaciones de daños por parte de las unidades médicas; y, en algunos supuestos en la comisión de delitos o infracciones administrativas.

IV. Conclusiones

- Ante los excesos que se cometen en detrimento de la salud, integridad, dignidad y patrimonio de los pacientes, así como en los que incurrir éstos al promover de manera injustificada acciones judiciales o administrativas con fines de lucro, el estricto respeto de los principios rectores de la relación médico-paciente, se han vuelto fundamentales para la consecución de las metas hospitalarias y la prevención de reclamaciones y procedimientos legales.
- Avanzar hacia una consciencia participativa de los profesionales de la salud y sus pacientes que, en un justo equilibrio entre los derechos y deberes de unos y otros, permita que cada parte asuma la responsabilidad de sus acciones, debe ser una de las metas en la regulación de la prestación de los servicios médicos.
- La medicina es una profesión *sui generis*, en tanto que (a diferencia de otras) los resultados buscados y esperados dependen en buena medida del cumplimiento de los compromisos que médico y paciente adquieren. El reconocimiento formal de la horizontalidad que debe regir en esta relación, es asimismo indispensable en la nueva concepción de la salud y su protección.
- A través del concepto moderno de la relación médica, resumida por el Programa Nacional de Salud en tres valores: justicia, autonomía y corresponsabilidad social, se puede avanzar hacia una mayor efectividad en la protección de la salud y la consolidación de uno de los objetivos primordiales del Sistema Nacional de Salud: la calidad de los servicios de salud.

La Relación Médico-paciente: Consenso y conflicto

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de la Facultad de Derecho. Funcionario público en diversas dependencias. Fue Procurador General de la República. Actualmente es juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Miembro del Consejo Consultivo de la CNDH. Es autor de varios libros y publicaciones, entre los cuales destaca la Responsabilidad Penal del Médico. Fue Consejero de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

El Derecho, orden regulador de la conducta que se formaliza a través de normas imperiosas y heterónomas, reconoce derechos y obligaciones de los sujetos del orden jurídico y prevé la posibilidad de conflictos entre éstos, que deben resolverse por medios adecuados. Dicho en términos generales, la solución del conflicto puede alcanzarse a través de dos vías: primero, el consenso, admisión pacífica de las disposiciones legales o acuerdo de voluntades que culmina en convenciones y contratos; segundo, el proceso u otros medios jurídicos de composición legítima. Estos sobrevienen,

de grado o por fuerza, cuando no ha sido posible obtener el cumplimiento natural por parte del obligado, surge el conflicto y resulta necesario, por ende, buscar un método compositivo que defina derechos y deberes y restablezca, en su caso, el orden alterado.

Regularmente, la vida social fluye con regularidad y sin sobresaltos. La inmensa mayoría de las personas se atiene a las disposiciones que les obligan —legales, reglamentarias, consuetudinarias, convencionales— y cumple más o menos puntualmente los deberes a su cargo. Los sujetos del orden jurídico —las autoridades, los particulares: personas físicas o morales— se sujetan a lo que disponen las normas que les son aplicables. Así, el conflicto se previene o se resuelve inmediatamente a través del consenso. Sin embargo, hay casos —numerosos, por cierto— en que ese cumplimiento no ocurre espontáneamente y resulta preciso acudir a diversos medios para asegurar la observancia de las normas y la satisfacción de los legítimos intereses.

En la relación que se establece entre el médico, que presta servicios profesionales de atención de la salud, y el paciente, que es destinatario de esos servicios, se plantea el mismo esquema de pretensiones, consensos y conflictos. Es posible —y en la actualidad, además, frecuente— que surjan controversias con motivo de la prestación del servicio médico, cuya solución requiere medios compositivos cada vez más complejos. No fue así en el pasado, cuando el ejercicio de la medicina se plegaba sobre todo a la admisión de deberes por parte del facultativo —sin perjuicio de que existieran, obviamente, obligaciones legales a cargo de éste—, cuyo cumplimiento dependía, primordialmente, de la buena voluntad del obligado, no de la demanda de quien tenía derechos exigibles como contrapartida de aquellos deberes: el paciente.

El médico histórico —valga la expresión— se hallaba vinculado al juramento hipocrático, que le comprometía con Dios —originalmente, con Apolo y otras divinidades de la mitología griega, dos mil quinientos años antes de nuestra era— y con su conciencia. Estas eran las instancias a las que se disciplinaba el ejercicio de la medicina. Sucedió aquí exactamente lo mismo que con los derechos humanos en el tiempo de alborada: en rigor, no los había en la forma en que hoy los conocemos; eran simplemente —como se ha dicho— reflejo de los deberes religiosos y morales del gobernante. Habrían de transcurrir milenios para que el individuo se irguiese como titular de genuinos derechos oponibles y exigibles al Estado.

El médico subordinado al juramento hipocrático —que sigue siendo semillero de compromisos morales del facultativo, frecuentemente recogidos como deberes jurídicos, según veremos adelante— prometía beneficiar al paciente y evitarle daños y sufrimientos. Aquí se asociaban, pues, los principios de beneficencia y no maleficencia, dos caras de la misma medalla. Estos tienen correspondencia en las fórmulas de la justicia, que supone una triple virtud: *honeste vivere* (que enlaza, de alguna manera, con el principio de beneficencia: *bene facere*, además de relacionarse con otros compromisos éticos explícitos en el juramento hipocrático), *neminem laedere* (que se liga con la disposición de evitar males y daños: no maleficencia) y *suum cuique tribuere* (dar a cada quien lo suyo, regla que también recupera, a su modo, el principio de beneficencia).

En todo caso, durante mucho tiempo el médico ocupó una posición elevada sobre el paciente, simple receptor de la ciencia y experiencia del facultativo, atendido a los dones que éste le dispensara. La misma relación existía entre el hombre ordinario y cualquier otro profesional, siempre colocado en una situación de mayor

poder y prestigio, que lo ponía a salvo —en los hechos y pese a las normas— de las reclamaciones de sus clientes. Este modelo de relaciones civiles correspondía, desde luego, al coexistente modelo de relaciones políticas, el sistema de dominación imperante: en un extremo encumbrado, el gobernante, dueño de la función pública y dispensador de favores y beneficios sobre la muchedumbre de sus vasallos; en el otro, subalterno, el gobernado, aspirante a esos bienes, pero no necesariamente acreedor de ellos.

El modelo político autoritario tuvo su correspondencia en el modelo paternalista del desempeño profesional, como lo tuvo también en la forma de entender y ejercer las potestades familiares y maritales. En fin de cuentas, prevalecía la idea de autoridad en todo el horizonte de las relaciones sociales. No escapaba de esta influencia, absolutamente natural y universal, la relación entre el médico y el paciente, con total independencia, por supuesto, de que en el terreno de los hechos la calidad humana del médico —investido de la más noble de las misiones: el cuidado de la salud y de la vida— creara una relación afectuosa, respetuosa y solidaria entre el profesional y el destinatario de sus servicios. Otro tanto podía suceder, evidentemente, en la relación entre el gobernante y los gobernados y, sobre todo, entre quien ejercía la autoridad familiar y quienes se hallaban sujetos a ella.

La hora de la insurgencia acudió a todos los frentes. Se hizo presente a través de la afirmación del individuo como sujeto de derechos y de la consecuente posibilidad de que se le brindasen los medios necesarios para ejercerlos, conservarlos o recuperarlos, esto último a través de sendos instrumentos o garantías. Así se vio en los distintos órdenes que he mencionado. Sucedió, por supuesto, en el régimen de las relaciones familiares: la idea de autoridad cedió bajo los conceptos de autonomía, igualdad y responsabilidad. En el terreno del poder, la relación política evolucionó igualmente: del autoritarismo —cuya forma extremosa campeó en el absolutismo— se transitó a la democracia, y por lo mismo el binomio gobernante-gobernado fue sustituido por la fórmula servidor-ciudadano. Las nociones de libertad, soberanía popular y representación ocuparon el centro de la escena.

Otro tanto aconteció en el ámbito de las profesiones. El principio paternalista quedó relevado por el principio de autonomía, que iguala al prestador y al destinatario del servicio. Libertad e igualdad son los rasgos de la nueva relación. El cliente asciende al sitio que antes ocupó en exclusiva el profesional, y concurre con él en el examen del caso y la toma de decisiones; también, desde luego, en la asunción de riesgos y consecuencias. Sin embargo, aunque formalmente exista una relación evolucionada entre el médico y el paciente, distinta de la que prevaleció en otro tiempo, sustancialmente perdura la dependencia, fundada de nuevo en la ciencia y la experiencia de aquél, que implican una ventaja irreductible. Más aún, en esa ventaja se fundan la confianza y la esperanza del paciente.

El hecho de que hoy día seamos una sociedad de ciudadanos, no de súbditos, y de acreedores a servicios, no de beneficiarios de la caridad o la filantropía, marca de manera determinante la relación entre el médico y el paciente, así como el respectivo sistema de responsabilidades. Hay que subrayar, sin embargo, las peculiaridades que reviste esa relación cuando se le compara con cualquiera otra que se establezca entre profesionales y clientes. Existen, en efecto, diferencias importantes, desde sutiles hasta notorias. En mi libro *La responsabilidad penal del médico* (Ed. Porrúa, México, 2001) recojo algunas consideraciones en torno a este asunto, que me permitiré reproducir ahora.

La relación médico-paciente constituye, dentro de las relaciones humanas, una de las “más complejas e intensas. Es una relación entre iguales, pero no una relación horizontal, la que media entre el enfermo y el médico; el que sufre un padecer y el que tiene el poder de curar. Ambos, paciente y médico, dependen mutuamente del saber del otro, de su deseo de sanar y de su compromiso en el proceso terapéutico. Se trata de una relación humana dinámica y en constante movimiento” (CasaMadrid). En ella concurren la cultura, la ciencia, la tecnología, la religión, la magia, la moral, la ética (Naime Libián). Aquí “se dirimen la salud y la enfermedad, la vida y la muerte” (Ortiz Quesada).

Por otro lado, en este espacio de posibles controversias no figurarán solamente —en la actualidad— el médico y el paciente, los dos solitarios personajes de la relación histórica. Hoy día concurren otros sujetos, que infunden a la relación el aspecto de un poliedro de múltiples caras, cada una con sus potenciales exigencias, complicaciones y soluciones. El triángulo visible se integra con pacientes, profesionales e instituciones de salud, pero a éstos es posible agregar —o en ellos es factible advertir— otras categorías concurrentes: familiares del paciente, enfermeras, técnicos, auxiliares, dirigentes administrativos, todos ellos involucrados en una relación extraordinariamente compleja (Parets Gómez), de cuyo desenlace depende en buena medida, finalmente, la salud del enfermo.

En este punto es útil destacar la nueva conciencia de los derechos, propia del hombre contemporáneo. Volvamos al hilo histórico que antes desarrollé. Si el súbdito carecía de verdaderos derechos que presentar ante el gobernante, a la manera de un escudo o de un impulso, tampoco los tenía el cliente-paciente ante el profesional que benévolamente lo atendía. Una vez más, éste marchaba al empuje de las obligaciones que le imponía su compromiso moral. Al no existir derechos exigibles, malamente podría haber conciencia del Derecho, en general, y de los derechos subjetivos, en particular. Aquél era, todo lo más, un patrimonio del poderoso, que de ahí extraía sus facultades y prerrogativas, correspondientes a obligaciones y sujeciones del súbdito. Lo que hoy llamamos derechos subjetivos tenía entonces, esencialmente, otra condición: se trataba de meras expectativas, sujetas a la benevolencia del proveedor.

La entronización y proliferación de derechos ha creado un nuevo sujeto en la vida social, dotado de la facultad de exigir lo que le pertenece, no por generosidad de otra persona o de una instancia superior, sino por disposición de la ley: un mandamiento que ha relevado la voluntad del soberano unipersonal por la voluntad del soberano popular. Es así que el ciudadano asume la conciencia de los derechos que tiene y que le han sido explícitamente reconocidos, cada vez más. Otro tanto ocurre en el ámbito que interesa a este trabajo. La “sociedad empieza a hacerse sentir”; el paciente tiende a acumular el poder y a pensar en términos de satisfacción personal. “La interacción ‘conciencia-confianza’, que alguna vez definió la relación médico-paciente, se convierte en una de ‘obligación-recelo’ en la que los participantes se vigilan unos a otros” (Lifshitz). En otros términos, “el paciente ha reclamado su voz y expresado sus deseos, ha conquistado y sigue ganando derechos, significando sobre todo la intención humana de declararse responsable de su propia vida y asumir lo que significa tal responsabilidad”, (Viesca Treviño).

A todo lo anterior es preciso añadir otros hechos, para comprender la nueva relación médico-paciente y las implicaciones que tiene en la aparición y la solución de conflictos, que tienden a

enrarezcer el modelo de consensos que alguna vez prevaleció sin mayor disputa. Entre aquéllos cuenta el distanciamiento humano entre el profesional y el destinatario de su servicio: una nueva “clientela”, más institucional que personal, muy abundante —hasta llegar a ser abrumadora—, supera la capacidad del médico para brindar al paciente la atención detallada y concentrada que alguna vez le concedió y que éste demanda. De la distancia proviene la desconfianza, y de ésta, la aparición de conflictos. La medicina institucional, que permite llevar servicios de salud a millones de personas que de otra forma no podrían obtenerlos, carece del “calor” que pudo tener el tratamiento tradicional.

El uso de nuevos medios tecnológicos, que se multiplican sin cesar, contribuye también a modificar radicalmente esta delicada relación. Descubrimientos espectaculares, que generan magníficas expectativas para la prolongación y la protección de la vida, suscitan igualmente peligros o provocan decisiones —al final de severos dilemas, en los que se ven comprometidos los principios éticos y las normas jurídicas— que traen o pueden traer consigo litigios y conflictos. El horizonte de la investigación puede ser también —y suele ser— un horizonte para las controversias, no sólo científicas, como es natural, sino también jurídicas y morales.

Hoy día, el espacio que antes se llenó con algunos consejos y ciertos compromisos éticos, aparece poblado con sendos catálogos de derechos y obligaciones. Cada personaje de la relación se atrincheró necesariamente en la codificación de sus derechos y deberes, que han sido materia de declaraciones y resoluciones internacionales y nacionales. Los hay de carácter general, para médicos y pacientes, y los hay de naturaleza específica para ciertas categorías: derechos de los pacientes menores, de las mujeres, de los enfermos mentales, de los discapacitados, de los sujetos a investigación, y así sucesivamente. Los médicos, por su parte, se guarecen en sus propios catálogos de derechos. Ya no se limitan éstos, como ocurrió en el tiempo de las profesiones liberales —que todavía se refleja en la legislación civil de antiguo cuño—, a la posibilidad de cobrar los honorarios debidos. Hoy es preciso sembrar el camino de derechos diferentes y, sobre todo, de precauciones crecientes. Es natural que así sea: ese camino se halla también sembrado de riesgos que pueden volcar sobre el facultativo gravísimas consecuencias.

De todo ello resultan, por una parte, la litigiosidad entre pacientes y profesionales, y por la otra, el ejercicio cada vez más cauteloso —y también cada vez más oneroso— de la medicina. En algunos países —así, los Estados Unidos de América, pero también otros de nuestra misma tradición jurídica: España, Argentina, por ejemplo— abundan las demandas civiles y las denuncias penales con motivo de reales o supuestos ilícitos, que integran el abultado mundo de la “mala práctica”. La bibliografía sobre esta materia es particularmente nutrida, a diferencia de lo que ocurre —todavía— en México, como lo es la respectiva jurisprudencia, que se ha desarrollado ampliamente. La legislación pone los ojos en el ejercicio de la medicina y busca fórmulas preventivas y resolutivas adecuadas, que hace pocos años nos hubieran parecido innecesarias.

Los médicos, colocados en la nueva situación, potencial o actual, de “denunciados”, “demandados”, “inculcados”, etcétera, se precavan a través de lo que se ha denominado la medicina “preventiva”. Por este medio, el facultativo busca reducir al mínimo posible —ya que no es factible suprimir de plano— los riesgos inherentes al diagnóstico y al tratamiento. Para ello requiere múltiples apoyos que en términos normales quizás no recabaría. Se

trata de afianzar el diagnóstico y llevar buena cuenta de la marcha del tratamiento, pero también de prepararse para una posible contienda. En términos procesales, se hablaría aquí de la “preconstitución de pruebas”: cada examen de laboratorio, cada placa de rayos X, cada opinión profesional concurrente, es un baluarte para la futura defensa legal del médico. Obviamente, la medicina preventiva implica gastos extraordinarios, que gravitan sobre la economía de los pacientes o de las instituciones de salud.

El practicante de la medicina actúa dentro de un marco normativo que define su situación jurídica con motivo y en relación con la profesión que ejerce, y eventualmente con otros datos relacionados con este desempeño en determinadas circunstancias, como son el ejercicio liberal de la profesión, por una parte, o la adscripción del profesional a un servicio médico de carácter público, por la otra. Solemos cargar el acento sobre las obligaciones del médico, pero en ese marco normativo aparecen igualmente —y con la misma jerarquía, si queremos emplear este término— los derechos del sujeto, a los que corresponden deberes de otros individuos o de ciertas instituciones. Esto corresponde a la naturaleza de la regulación jurídica, que constituye, como se ha dicho, un sistema bilateral: a cada derecho corresponde una obligación; quienes entran en relación jurídica, al amparo de la ley y de otras normas sustentadas en aquélla, adquieren facultades y obligaciones. Nadie es titular solamente de obligaciones, sin derechos a su favor, ni sólo de facultades, sin deberes a su cargo.

Las fuentes de esos derechos y obligaciones, esto es, los factores de las diversas situaciones jurídicas en las que puede hallarse el practicante de la medicina, son diversas. Otro tanto se podría decir de diversas actividades profesionales, científicas, técnicas o artísticas. Sin embargo, en el caso de la medicina las fuentes son, quizás, más abundantes y puntuales, y las responsabilidades más visibles y relevantes. Esto proviene, desde luego, de las características del desempeño médico y de los bienes —jurídicamente tutelados— que entran en juego con motivo del servicio médico y de los actos en los que éste se desenvuelve. El médico —más, probablemente, que cualquier otro profesional— tiene a su cargo el cuidado de la vida y la salud de las personas, y estos son los bienes centrales del sistema jurídico. El Derecho gira en torno a la vida y a sus numerosas proyecciones e implicaciones. El primer bien a cuidar es la existencia, seguido de la calidad con la que ésta se desarrolla. De ahí el esmero —que pudiera parecer rigor, y serlo en efecto— con que el orden jurídico contempla las tareas de quienes son responsables, por definición, de preservar la salud de sus semejantes.

La primera fuente de obligaciones que interesa al médico, a los auxiliares de la medicina y a otros sujetos, en este orden de cosas, es la Constitución de la República. En ésta figuran las garantías individuales, que conforman —vistas y denominadas desde otra perspectiva— los derechos humanos de las personas. Entre ellos se localizan los llamados derechos de “segunda generación”, que imponen al Estado ciertas actividades promotoras o protectoras: no solamente abstenerse de afectar al ciudadano —abstenerse de privarle de la vida, de la libertad, de su patrimonio—, sino más que eso: proveer condiciones para que el individuo desarrolle sus potencialidades. Uno de esos derechos, que ingresó a nuestra ley fundamental en fecha relativamente reciente (reforma constitucional de 1982-1983) es el derecho a la protección de la salud, que tiene correspondientes en otras constituciones del mundo.

Ahora bien, este derecho va más allá del punto al que llegan otros derechos constitucionalmente reconocidos. Tradicionalmen-

te se ha dicho que los derechos humanos se ejercen frente al Estado, es decir, que el poder público es el sujeto obligado frente al particular que cuenta con tales derechos. En el caso que nos ocupa —como en algunos otros de la misma naturaleza, en mayor o menor grado— el ámbito de los obligados se amplía extraordinariamente: no sólo el Estado, sino la sociedad entera e incluso los individuos. Es esto lo que caracteriza, en sentido estricto, a los denominados derechos sociales. Así se vio en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de adiciones al artículo 4 constitucional, de fecha 20 de diciembre de 1982, cuando se afirmó que el derecho a la protección de la salud implica que ésta “es una corresponsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados”.

Así las cosas, resulta posible construir, con sustento constitucional, un “sistema nacional de salud”, que no es solamente un conjunto de organismos, programas y acciones del Estado, dejando a un lado —como sucede en otras hipótesis— el desempeño de los particulares, sino abarca a éstos, ampliamente. En efecto, el artículo 5 de la Ley General de Salud entiende que tal sistema se halla integrado por “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 los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud”.

Así las cosas, el sistema nacional de salud —dentro del que aparecen y entran en juego los derechos y las obligaciones correspondientes— abarca dependencias del Ejecutivo y organismos paraestatales, tanto de la Federación como de los Estados y el Distrito Federal, pero también personas físicas o morales que tienen a su cargo, por ley o por otros actos generadores de derechos y obligaciones —como el contrato— prestar servicios de salud”. La misma Ley General de Salud caracteriza a éstos como “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, destinadas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad” (artículo 23). Bajo estas disposiciones, de muy amplio alcance, deberán entenderse, interpretarse y aplicarse las otras reglas atinentes al desempeño de la medicina y, en fin de cuentas, a la relación que media entre el médico y el paciente, considerada desde la óptica del Derecho.

En la propia Constitución se prevé la existencia de ciertos actos jurídicos, de diversa procedencia, que pueden generar derechos y obligaciones. Me refiero a las normas contenidas en la fracción XVI del artículo 73, que alude a determinadas facultades de dos autoridades en el ámbito de la salud pública. Distingamos aquí entre el Consejo de Salubridad General y el Departamento de Salubridad, hoy, Secretaría de Salud. El primero, dotado de poderes extraordinarios, puede emitir disposiciones generales de obligatoria observancia en todo el país. Las que ponga “en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, “serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan” (4ª.), es decir, en aquellos que aparezcan atribuciones previstas en el propio artículo 73. Por otra parte, el Departamento de Salubridad —la Secretaría de Salud— está obligada a “dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables” para afrontar “epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país (...) a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República” (2ª.), lo cual implica que se trate de cuestiones colocadas en el ámbito de facultades

del Ejecutivo Federal, a las que se refiere el artículo 89 de la ley fundamental.

Citaré en segundo término a los tratados o convenios internacionales, que forman parte de la ley suprema de toda la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional. Los menciono antes de las leyes federales para reflejar, también aquí, el criterio últimamente sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que acoge una prelación normativa diversa de la anteriormente reconocida: primero los tratados y luego las leyes emanadas de la Constitución. También los tratados internacionales, pues, son o pueden ser fuente de obligaciones y derechos, en la medida en que hayan sido incorporados al ordenamiento mexicano a través del procedimiento que la Constitución establece y que no abordaré en este momento. Nos hallamos, pues, en el ámbito del Derecho internacional público, que en su actual etapa —a lo largo de un siglo— ha incorporado nuevos sujetos y nuevas materias: aquéllos son —entre otros— los individuos, las personas físicas, y éstas, los derechos humanos, cuyo amplio elenco incluye derechos a la vida y a la salud.

No me referiré a pactos internacionales que vinculan al Estado mexicano con otros Estados o con organismos sanitarios, pero mencionaré los tratados sobre derechos humanos que ha celebrado México tanto en el plano mundial —así, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, uno, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otro— como en el continental —así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo de San Salvador, que es una carta social comprensiva del derecho a la protección de la salud.

Estos pactos y convenciones no imponen deberes a los particulares —salvo los que resultan para ellos, indirectamente, de su condición de funcionarios o empleados públicos—, sino les asignan derechos frente al poder público. Ahora bien, los derechos consagrados en este campo, con carácter social, económico y cultural, y entre ellos los relacionados con la protección de la salud, tienen carácter progresivo: no son exigibles de inmediato, sino en la medida en que se crean las condiciones para su ejercicio. Sin embargo, el Estado se halla obligado a actuar en el sentido que permita la creación de esas condiciones, y por ende la demora injustificada o el retroceso constituirían contravenciones a los deberes internacionales del Estado. Por otra parte, el derecho a la vida es inmediatamente oponible a la acción del Estado, que no puede privar de aquélla, arbitrariamente, a los individuos. Esta disposición —un típico derecho de primera generación— tiene un alcance que excede al tema de la protección médica de la vida y la salud de los pacientes.

Una tercera fuente de derechos y obligaciones reside en la ley, orden normativo que proviene del Poder Legislativo de la Federación y, en su propio ámbito, de las entidades federativas. Existe, por mandato del artículo 4 constitucional, una competencia legislativa concurrente entre aquélla y éstas. En la especie, el ordenamiento que interesa mayormente es la Ley General de Salud —y sus similares locales—, pero tampoco se debe perder de vista la operación de otros ordenamientos que igualmente sustentan o disponen derechos y obligaciones que nutren la relación médico-paciente, con diversas modalidades: Código Civil, Código Penal, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Ley de Profesiones, Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, Ley Federal sobre Metrología y Normalización, etcétera. El sistema de prestación de servicios médicos a título privado, en el ejercicio liberal de la profesión, se halla gobernado primor-

dialmente por el Código Civil, tanto en lo relativo a las disposiciones generales aplicables a los actos convencionales como en lo concerniente al contrato de prestación de servicios profesionales, específicamente regulado en ese ordenamiento.

Entre los factores de situaciones jurídicas, fuentes de derechos y obligaciones para médicos y pacientes, hay dos supuestos que revisten especial importancia en la experiencia cotidiana y cuya desatención es o puede ser motivo de responsabilidad para el facultativo y de conflictos entre éste y el paciente. Me refiero, por una parte, a la denominada *lex artis* o ley del arte, que es la regla de la buena práctica profesional, y a la norma ética, por la otra, entrañablemente asociada al ejercicio de la medicina. Conviene que nos detengamos un momento en estos conceptos.

La *lex artis* no es, en principio, una disposición emitida por el legislador público —como tampoco lo es el precepto moral—, sino una norma emanada de las profesiones mismas, a la luz del desarrollo científico y técnico que ocurre en el ámbito en el que éstas actúan. Se trata de puntualizar el comportamiento que debe seguir el fabricante de un bien o el prestador de un servicio —como lo es el servicio médico— para que el bien y el servicio revisitan la más alta calidad posible y resulten idóneos en la procuración del fin al que se dirigen. Como es fácil advertir, sólo los conocedores de la disciplina que viene al caso, o sea, los profesionales que se desempeñan en ésta, se hallan calificados para determinar los medios adecuados para la buena producción del bien o la debida prestación del servicio. Así, la *lex artis* resulta ser, en primer término, una regla interna de la profesión a la que se aplica.

Sin embargo, ciertas actividades ofrecen un interés social descolante y no pueden quedar al margen de la preocupación colectiva y de la consecuente regulación jurídica. Desbordan las fronteras de un oficio. En tales casos, el Estado asume la *lex artis* y la convierte en norma jurídica, con lo que adquiere un imperio que de otra suerte no tendría, se convierte en fuente de obligaciones para el profesional que debe observarla —y de derechos para el sujeto que recibe el servicio— y gravita en el tema de las responsabilidades de aquél. Del “arte” se transita, pues, al “Derecho” y a los “derechos”. Tal es el caso, específicamente, de las normas oficiales mexicanas elaboradas al amparo de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización. Las hay, muy numerosas, aplicables a la práctica médica en términos absolutos: tanto la que se desarrolla en forma privada como la que tiene calidad de servicio público.

La relevancia de la norma oficial, receptora de la *lex artis* específica, desde el ángulo de las responsabilidades jurídicas —y particularmente de las responsabilidades de carácter penal— reside en el hecho de que expresan el contenido del “deber de cuidado” que debe observar el facultativo cuando ejerce su profesión. La transgresión de ese deber de cuidado genera responsabilidad a título de culpa, esto es, de imprudencia, negligencia, impericia, falta de precaución o de cuidado, con una amplia cauda de consecuencias legales. Desde luego, la ley del arte no constituye un indicador invariable y rígido, aplicable en toda circunstancia. A la hora de medir las responsabilidades habrá de tomarse en cuenta la circunstancia en que actúa el profesional, en amplio sentido: tiempo del que dispone, recursos con que cuenta, especialidad que posee, apoyo que recibe, obstáculos que enfrenta, etcétera. En este sentido, habrá de considerarse conjuntamente las estipulaciones de la regla profesional que viene a cuentas y las consideraciones que a propósito de la culpa del profesional suministran algunos preceptos relevantes para la materia, como el artículo 34 de la Ley de Profesiones y el artículo 60 del Código Penal Federal, con sus correspondientes en los órdenes locales.

Tampoco la norma moral es producto del Poder Legislativo. Existe una diferencia de fondo entre norma jurídica y norma moral, que no me corresponde examinar ahora, sin perder de vista que, como se ha dicho, el Derecho tiene un sustrato ético que le confiere legitimidad y racionalidad: es el mínimo ético exigible. A diferencia de la disposición jurídica, que engendra las relaciones y las consecuencias inherentes a la bilateralidad a la que antes me referí, la norma moral sólo atañe a la conciencia del obligado: ésta es la única instancia que puede requerir el cumplimiento. Dejando de lado situaciones que poseen interés histórico —con prolongaciones contemporáneas, es verdad— se puede decir que el poder público no ingresa en el terreno de la conciencia ni usa la fuerza pública para imponer la observancia de la obligación moral.

Si esa es la situación que normalmente existe, no es la única posible. Las cosas son diferentes en ciertos espacios de la actividad humana, determinadas categorías de relaciones interpersonales, en las que existe un intenso componente ético cuya necesaria observancia adquiere máximo interés social. Esto, que conviene a diversas profesiones, corresponde sobre todo a la práctica de la medicina. Vuelvo a invocar la raíz ética de la profesión médica: las obligaciones morales asumidas por los médicos, desde tiempos remotos, tienen también otro rostro desde la perspectiva social: se miran como deberes de necesario cumplimiento, de cuya observancia depende la adecuada prestación del servicio; deberes, pues, con los que “cuenta el paciente” a la hora de solicitar, aceptar y recibir el servicio.

En consecuencia, la ética se traslada explícita y formalmente al Derecho, integra “oficialmente” el contenido de la norma jurídica y se convierte, en fin de cuentas, en fuente de obligaciones y derechos en la relación médico-paciente. Digámoslo gráficamente: cuando el médico formula el juramento heredado de Hipócrates, está ofreciendo, a un tiempo, cumplir normas morales, que pueden significarle paz interior o conflicto de conciencia, y normas jurídicas, que pueden traducirse en justificación o responsabilidad de este género.

Valgan algunos ejemplos para sustentar esa afirmación. La disposición con mayor ámbito objetivo y subjetivo a este respecto se localiza en el artículo 51 de la Ley General de Salud, que reconoce el derecho de los usuarios de los servicios de salud a “recibir atención profesional y éticamente responsable”. La investigación médica —previene la fracción I del artículo 100 de la misma ley— “deberá adaptarse a los principios científicos y éticos” que la “justifican”. En el Reglamento de esa ley en materia de investigación se resuelve que la que se realice en seres humanos deberá ajustarse a los “principios científicos y éticos que la justifiquen” (artículo 14, fracción I). El internamiento de personas en instituciones para enfermos mentales debe subordinarse a “principios éticos y sociales, además de los requisitos científicos y legales que determine la Secretaría de Salud y establezcan las disposiciones jurídicas aplicables” (artículo 75 de la Ley General de Salud).

También reconocen a la ética eficacia normativa —desde la perspectiva jurídica, se entiende— el artículo 44 de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, en lo que respecta a los “aspectos éticos” de los proyectos de investigación; los artículos 99 y 100 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de publicidad (por lo que atañe a formulación de códigos de ética y otorgamiento de ciertas ventajas cuando dichos códigos amplíen las exigencias legales); el artículo 34, fracción II, del Reglamento de la misma ley en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos (con respecto a la realiza-

ción de trasplantes), así como el artículo 88 del propio reglamento (a propósito del uso de cadáveres); y los criterios cuarto, II.5.3 (hospitales generales con más de treinta camas), quinto, II.5.4 (hospitales que atiendan una o varias especialidades médicas), y sexto, 2.1 (hospitales que realicen actividades de enseñanza o investigación) del Acuerdo por el que se establecen las Bases para la instrumentación del Programa Nacional de Certificación de Hospitales (en lo que concierne a comités de ética o bioética, en sus casos).

La determinación de las normas éticas, y por ende, de la responsabilidad —deberes exigibles y derechos invocables— del facultativo no se halla en la ley. Hay que acudir a la instancia que puede ilustrar sobre los deberes éticos de los médicos, que es, necesariamente, una instancia médica y filosófica. El Derecho provee, asociado a esas disciplinas, la noticia sobre el bien o valor que se debe preservar: la vida y la salud. Pero no precisa —y acaso no podría hacerlo— en qué forma se debe actuar y en qué casos se incumple el deber moral. Las respuestas pueden hallarse en los códigos de ética y otros instrumentos semejantes, elaborados y actualizados por los mismos médicos como producto de la reflexión que ejercen sobre su disciplina y de los nuevos temas que les plantea el avance de la ciencia y la técnica y las vicisitudes de la existencia individual y colectiva. Esas regulaciones no sólo se localizan en el ámbito nacional, sino también en el internacional. Piénsese, por ejemplo, en el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial, adoptado en 1949 por la Tercera Asamblea General de esa corporación, y revisado en años siguientes.

El problema que aquí surge es, desde luego, complejo y delicado. Para resolverlo incumbe un papel de enorme relevancia a la propia profesión médica, que analizará los casos a la luz de reglas que ella misma ha observado, establecido y perfeccionado históricamente, y formulará pronunciamientos a través de medios que el propio orden jurídico sanitario y administrativo ha dejado en sus manos: los códigos de ética y, más puntualmente, las comisiones y comités de ética que actúan en los establecimientos médicos.

No considero que estos pronunciamientos vinculen por fuerza a la autoridad que deba resolver en definitiva, si se plantea en sede jurisdiccional un asunto contencioso, pero poseerán una gran fuerza en la apreciación y la solución del caso. No será sencillo el trabajo del juez cuando su conciencia —puesto que se trata de asuntos éticos— le invite a disentir de la conciencia —expuesta en el dictamen o la recomendación— de los integrantes de un comité de ética. He aquí un problema mucho más profundo que el que pudiera suscitarse cuando sólo existe una discrepancia de interpretación técnica-jurídica entre los tribunales de primera y segunda instancias.

Luego de precisar la fuente de las obligaciones —y los derechos correspondientes— de los médicos y el personal auxiliar de éstos, hay que recordar los diversos planos de la responsabilidad que surge por el incumplimiento de aquellos deberes. Cuando hablamos de responsabilidad estamos aludiendo, fundamentalmente, a dos situaciones posibles: en primer término, la situación en que se encuentra quien adquiere un deber de cualquier género: de hacer, de dar, de omitir, de permitir. Se dice que es “responsable” por el cumplimiento de lo impuesto (a través de una norma externa: ley, reglamento) o de lo pactado (por medio del contrato); y en segundo término, la situación en que se encuentra quien, debiendo cumplir determinada obligación, ha dejado de hacerlo y debe afrontar, por lo tanto, ciertas consecuencias jurídicas: sanciones y reparaciones.

La exigencia de responsabilidades se presenta en diversas hipótesis, a las que he denominado “círculos concéntricos” o “regio-

nes de la exigencia y la sanción”, de diversa intensidad y gravedad. En una sociedad democrática —que utiliza con gradualidad, racionalidad y prudencia el sistema de sanciones—, éstas tienen diverso carácter: desde civiles, que se traducen en cumplimiento o reparación de daños, hasta penales, que también abarcan reparaciones, pero traen consigo algo más que esto: verdaderas penas, que afectan derechos fundamentales del sancionado; así, pérdida de derechos, prisión y multa. Para los efectos de esta exposición me limitaré a recordar que esos círculos concéntricos se traducen en otras tantas expresiones de la responsabilidad individual, a saber: civil, laboral —en las relaciones de trabajo: ordinarias o burocráticas—, administrativa —cuando se trata de obligaciones frente a la Administración Pública o de faltas cometidas en el servicio público— y penal —si vienen al caso delitos, previstos y sancionados en leyes: el Código Penal o la Ley General de Salud, principalmente.

Al principio de estas notas me referí a la tensión que existe entre los intereses de diversas personas, al litigio que puede surgir con motivo de esa tensión entre intereses y a las vías para resolver la contienda, desechando, por supuesto, antiguas formas de autojusticia, que entrañan el ejercicio de la fuerza y el imperio de la violencia. A este respecto hay que distinguir entre los litigios que pueden ser resueltos por los propios interesados, a través de diversos métodos de composición legalmente autorizados, y los que necesariamente debe resolver la justicia pública, por medio de instancias oficiales.

Históricamente abundaron las soluciones entre particulares, a menudo determinadas por la fuerza de los contendientes: moral, física, económica. Al avanzar la organización del Estado y asumir éste las funciones primordiales de seguridad pública y justicia, pasó a segundo plano —relativamente— la composición de los conflictos por acuerdo entre particulares y adquirió mayor relevancia la solución pública provista por métodos procesales que suponen la intervención de autoridades con atribuciones compositivas, persecutorias o jurisdiccionales. En nuestro tiempo se procura generar nuevos equilibrios, más razonables y menos traumáticos y onerosos, entre las fórmulas de composición pública y privada.

El artículo 17 constitucional, precepto básico en el sistema total de las responsabilidades y las reclamaciones de justicia, proscribire la autojusticia y dispone que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”. En este precepto se funda la posibilidad de reclamar ante los tribunales la observancia de las obligaciones adquiridas y el respeto a los derechos establecidos. De aquí proviene —al igual que de otras normas de la ley suprema— la atención judicial a las demandas de justicia en los diversos órdenes a los que me referí líneas arriba.

Ahora bien, dije igualmente que existe en amplio campo —que suele ser cada vez más extenso y practicable— para el arreglo privado de las controversias, con la intervención de instancias públicas o sin ella. Esta apertura tiende a resolver o evitar algunos de los problemas vinculados con el acceso a la justicia, un gran tema de nuestro tiempo que ha merecido la atención esclarecedora de algunos tratadistas (así, los trabajos, ya clásicos, de Mauro Cappelletti). Desde luego, para que intervengan con capacidad (legal) y eficacia los órganos públicos de composición voluntaria y los propios interesados, se requiere que el tema de la controversia sea “disponible” para las partes —es decir, que puedan éstas disponer y resolver libremente—; es inadmisibles este método cuan-

do vienen a cuentas bienes o relaciones indisponibles, sustraídos a la voluntad de los particulares; si esto ocurre, la contienda debe llevarse ante los órganos de la justicia pública. Ejemplifiquemos: generalmente es disponible una deuda civil, resultado del incumplimiento de un acuerdo entre particulares, pero no lo son las consecuencias jurídicas que provienen de una conducta indebida que afecta gravemente bienes superiores, en los que la sociedad tiene interés, independientemente del que pudieran tener los particulares, como ocurre en el caso de la vida misma.

En México no se han multiplicado todavía los litigios derivados de la práctica médica, como ha ocurrido en otros países, señaladamente los Estados Unidos de América. Sin embargo, el cambio en las condiciones del ejercicio profesional, la variación de las relaciones médico-paciente, las renovadas obligaciones del Estado y de muchos agentes sociales en el ámbito de la protección de la salud, la mayor conciencia de los derechos subjetivos y otros datos que figuran en el nuevo escenario de la práctica médica — a los que aludí anteriormente—, mueven a reflexionar sobre los derechos y los deberes de los médicos, sus auxiliares y sus pacientes. Asimismo, estos cambios notables han determinado la aparición de instancias preventivas de conflictos, tutelares de derechos y encauzadoras o resolutorias de litigios, potenciales o actuales. Tal es el caso, en nuestro país, de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), creada por decreto presidencial del 31 de mayo de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de junio siguiente.

En los considerandos del decreto de creación de la CONAMED se alude a las necesidades que determinaron el establecimiento de esta institución y a las perspectivas que se abren para su desempeño. Así, se sostiene que “en las actuales circunstancias se hace necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos” (tercer considerando); y se manifiesta que “para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos” (cuarto considerando).

De esta suerte, la CONAMED constituye una especie de “ombudsman de los servicios médicos”, que cumple tareas anteriormente desatendidas, o bien, asumidas, en su caso, por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ese ombudsman especializado, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud —como alguna vez lo fuera la Comisión Nacional de Derechos Humanos con respecto a la Secretaría de Gobernación— milita a favor de la buena prestación de los servicios médicos, que constituye un sector específico para el cumplimiento de la ley (dicho de otra forma: para el cumplimiento de las normas correspondientes a las diversas fuentes que mencioné en otro lugar de este trabajo) por parte de autoridades y particulares. No se trata de un organismo con atribuciones autoritarias —que conciernen, en todo caso, a la Secretaría de Salud—, sino de una instancia dictaminadora, a solicitud de las correspondientes autoridades, encauzadora de acuerdos entre partes, mediante actividades de mediación y conciliación, y solucionadora de litigios, si las partes tienen la facultad y la voluntad de someterlos a su decisión a través de la figura del arbitraje, que cumple funciones similares a las jurisdiccionales.

Los Altos Costos de la Medicina

DR. FERNANDO CANO VALLE

Médico Cirujano, Ex Director de la Facultad de Medicina de la UNAM. Tiene especialidad en Cirugía de Torax. Ex Director y Fundador del Programa Universitario de Investigación Clínica de la UNAM. Es miembro titular de la Academia Nacional de Medicina y Coordinador de Asesores del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Ex Director General de la Clínica Londres. Coordinador y Fundador del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

He preparado un documento que se refiere a los altos costos de la medicina, en particular de los medicamentos, en el cual partiré de la tesis de los errores administrativos y la inequidad en justicia, los cuáles han generado este incremento.

Las reflexiones se refieren a tesis jurisprudenciales que la Suprema Corte de Justicia ha generado en torno a la salud, y en particular a la medicina, como todos sabemos y los médicos debemos profundizar más en ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano máximo dentro del aparato jurisdiccional de nuestro país.

¿Qué quiere decir que la Suprema Corte de Justicia es un tribunal constitucional? Por su naturaleza, se encarga de conocer controversias que versen sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, conflictos frente a particulares o aspectos que pongan en entredicho alguna de las garantías individuales. En este caso, la protección de la salud.

La Suprema Corte de Justicia actúa de varios elementos, quizá el fundamental es la jurisprudencia; es decir, el análisis de un caso lleva a una manifestación escrita con criterios que sustentan el Poder Judicial Federal, y conforme al artículo 192 de la Ley de Amparo la jurisprudencia tiene dos formas de creación. Una, a través de cinco resoluciones previas, no interrumpidas por ninguna en contrario o bien mediante una resolución respecto a la contradicción de criterios de dos tesis previas. Al respecto existe una tesis que refiere el amparo de un ciudadano ante el incumplimiento de una institución de salud al no otorgarle medicamentos.

La Suprema Corte de Justicia, aun cuando no sentó jurisprudencia, señaló que debieran dársele estos insumos, dado que la atención médica comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, un diagnóstico temprano, así como dar tratamiento, y para eso hay disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.

La tesis simplemente comprueba la importancia de la intervención de la Suprema Corte de Justicia, al tiempo que pone en evidencia que millones de mexicanos no tienen acceso a la atención médica.

De acuerdo al tema central de este simposio, la prevención de conflictos, creo conveniente compartir algunos conceptos con ustedes, el costo actual de la asistencia médica, ya sea sufragado por la economía privada de un individuo o por el presupuesto de una entidad, aseguradora, de una empresa o del sistema nacional de salud, por esencia es un acto moral, y la moralidad, en *strictu sensu*, o la inmoralidad estriban en el modo de afrontarlo.