

Legitimación del acto biomédico

Alejandro Pacheco Gómez

Biblioteca de Derecho Sanitario



Editorial Alfíl

LEGITIMACIÓN DEL ACTO BIOMÉDICO

Legitimación del acto biomédico

Alejandro Pacheco Gómez

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



**Editorial
Alfil**

Legitimación del acto biomédico

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

ISBN 978-607-8045-49-5

Dirección editorial:

José Paiz Tejada

Editor:

Dr. Jorge Aldrete Velasco

Revisión editorial:

Irene Paiz, Berenice Flores

Revisión técnica:

Dr. Jorge Aldrete Velasco

Diseño de portada:

Arturo Delgado

Impreso por:

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

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

Contenido

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

Prólogo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antecedentes

DERECHO EXTRANJERO

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

Derecho babilónico

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

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

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