



Facultad
de Derecho

IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas



Universidad Anáhuac México

MÉXICO AÑO XXXI CUARTA ÉPOCA NÚMERO 27 2016-2017 ISSN 2007-0500

VISIÓN JURÍDICA DEL NARCOTRÁFICO EN MÉXICO	177
<i>Blanca Ivonne Olvera Lezama</i>	
EMPRESAS INTEGRADORAS EN MÉXICO.....	185
<i>Yessica Eliette Pando Rosas</i>	
MEDICINA LEGAL UNA NECESIDAD IMPERATIVA EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	197
<i>Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y Antonio Fuente del Campo</i>	
EL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN: UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	223
<i>Edmundo Robledo Franco</i>	
LA SUPERVISIÓN SOCIAL EN EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN COMO ESTRATEGIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN	239
<i>Alejandro Romero Gudiño</i>	
 TÓPICA JURÍDICA	
LA IMPLEMENTACIÓN DE PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	253
<i>Guillermo García Cano Galindo</i>	
REFLEXIONES EN MATERIA DE MOVILIDAD: CASO UBER	257
<i>Mariana González Hernández</i>	
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA, EL CASO DEL DISTRITO FEDERAL..	271
<i>Angélica Josefina Laurent Pavón</i>	
EL IDEALISMO ALEMÁN. IMMANUEL KANT.....	281
<i>Fernando Nañez Delgadillo</i>	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO (DERECHOS Y RESTRICCIONES).....	313
<i>Eréndira Salgado Ledesma y Agustín Alonso Carrillo</i>	
 RECENSIONES	
RESEÑA DEL LIBRO: PSICOPATOLOGÍA FORENSE. DERECHO, NEUROCIENCIAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, DE ERIC GARCÍA-LOPEZ ET AL., BOSCH, MÉXICO, 2016.....	323
<i>Dora García Fernández</i>	
RESEÑA DEL LIBRO: VISIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN. INACIPE-PGR-UNIVERSIDAD ANÁ-HUAC. MÉXICO, 2015	327
<i>Alejandro Romero Gudiño</i>	

MEDICINA LEGAL UNA NECESIDAD IMPERATIVA EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ*
ANTONIO FUENTE DEL CAMPO**

RESUMEN

En la presente investigación analizamos los alcances de la responsabilidad jurídica que enfrenta el profesional médico y los retos que implica el ejercicio de su actividad en México y en Estados Unidos de América. Los pacientes no dudan en interponer medios legales para exigir la reparación del daño causado ante lo que consideran una mala práctica médica. Ante el aumento de demandas por “negligencia médica”, muchas veces incentivadas por abogados inmorales y la promulgación de leyes para atender este problema, el ejercicio profesional se encuentra sobre regulado generando la práctica de una medicina defensiva, que es cara, de mala calidad y esta limitando substancialmente su desarrollo.

Palabras clave: Negligencia médica, impericia, imprudencia, demanda, medicina defensiva, sistema de salud, diagnóstico, error de medicación.

ABSTRACT

In this investigation we analyze the scope of legal liability facing the health care and the challenges involved in the carrying out his activity in Mexico and the United States of America. Patients do not hesitate to bring legal means to claim compensation for damage caused by what they see as a medical malpractice. Faced with increasing demands for “medical malpractice”, often encouraged by immoral lawyers and the enactment of laws to address this problem, the practice is upregulated generating the practice of defensive medicine, which is expensive, poor quality and this substantially limiting its development.

Recibido: 13/01/17 Aprobado: 15/02/17

* Doctora en Derecho, Profesora de Tiempo Completo (C) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) Nivel I.

** Doctor en Medicina, Jefe de la División de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Hospital General “Dr. Manuel Gea González” SS., México, DF. Profesor Titular de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva. Posgrado Universidad Nacional Autónoma de México. Emérito de la Academia Mexicana de Cirugía. Miembro numerario de la Academia Nacional de Medicina de México. Miembro de la Asociación Mexicana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva. Director de la Clínica de Cirugía Plástica Aqtuel.

Keywords: Medical malpractice, lawsuit, defensive medicine, health care, diagnosis, medication error.

INTRODUCCIÓN

Los casos de mala práctica médica surgen cuando un paciente es perjudicado por un médico, enfermera u otro profesional de la medicina que falla en proporcionar el tratamiento adecuado para la atención de la salud. La mala praxis médica se caracteriza porque quien proporciona la atención actuó en forma negligente, imprudente o con impericia, situación que se traduce en que la persona no era razonablemente hábil o competente, perjudicando al paciente, incluso hasta provocar su deceso.

Diagnóstico y medicación erróneos representan un gran porcentaje de las reclamaciones en las demandas por negligencia médica tanto en Estados Unidos de América (EUA) como en México. Cuando un médico falla en diagnosticar una enfermedad grave o bien no ha atinado en indicar el tratamiento y/o medicamentos correctos al paciente, éste puede perder oportunidades que podrían haber evitado daños graves o incluso la muerte.

Las demandas de negligencia médica han aumentado en los dos países en forma significativa, la promulgación de leyes para abordar diversos aspectos del problema de la negligencia médica, así como la proliferación de compañías de seguros que intentan limitar con topes mínimos y máximos el pago de las polizas de indemnización en el caso de convalidarse cualquier situación adversa a los intereses de sus asegurados, ha generado la práctica de una medicina defensiva.

Las demandas por responsabilidad médica han aumentado mucho los costos de la salud y han obligado a desviar hacia el sistema legal los escasos recursos con que cuenta este sector para la atención del paciente, la investigación y la formación de más médicos. El recurso de ejercer una medicina defensiva depende más de la percepción de riesgo del galeno de sufrir una demanda que de otras circunstancias, como sería el precio de las pólizas de responsabilidad civil o que el pago de las indemnizaciones por parte de las aseguradoras tengan un tope.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El vocablo “responsabilidad” proviene del latín respondere, interpretable como “estar obligado”. La obligación —obligatio— en el derecho romano clásico es la institución concebida como “el vínculo jurídico por virtud del cual una persona —deudor— es constreñida frente a otra —acreedor— a realizar una determinada prestación”. La obligación consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de que hacer y que no hacer. Cumplirlas tiene consecuencias, no cumplirlas genera sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. La profesión implica una capacidad cualificada con la que la persona a través de una actividad realiza su vocación dentro de un marco elegido, determinando su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y a la vez la influye positivamente en la economía del país.

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos y todo profesional de la medicina de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios, incluso dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia.

La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión.

La imprudencia consiste en afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de los límites razonables.

Responsabilidad penal, civil y administrativa.

La responsabilidad penal se presentará en dos etapas: la de averiguación previa y la del proceso penal. Se inicia ante el Ministerio Público, donde se elabora una denuncia de hechos, y existe la posibilidad de la privación de la libertad durante el proceso jurídico. La sanción por asuntos que implican la comisión de un delito puede consistir en privación de la libertad y/o suspensión en el ejercicio de la profesión.

La responsabilidad civil se refiere a la obligación de reparar el daño causado a otro; cuando surge de un obrar ilícito o contrario a las buenas costumbres se le denomina responsabilidad subjetiva o por hecho ilícito; cuando el daño resulta del uso permitido por la ley de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismas, se denomina responsabilidad objetiva o de riesgo creado.

Cuando hablamos de responsabilidad civil del médico, nos referimos a la obligación legal de la reparación económica del daño causado por una "mal praxis" médica. Conforme a nuestra legislación sanitaria, la atención médica debe llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, conforme a la "lex artis médica" motivo por lo que si un prestador de servicios de salud causa algún daño indebido a su paciente por no apegarse a la "lex artis" exigida para el caso concreto, incurre en responsabilidad civil por "mal praxis" médica.

La responsabilidad administrativa se inicia con una queja, para lo cual se integra un expediente del quejoso. Puede haber lugar a una conciliación. De no ser así, continuará el procedimiento, emitiéndose finalmente una resolución. Dicha resolución puede liberar de responsabilidad al prestador de servicios de salud; en caso contrario, se emitirá una recomendación, o una sanción, que puede ser suspensión, destitución o inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, cuando es un servidor público el que comete la falta, así como sanción económica o pago de daños y perjuicios, en los demás casos.

La responsabilidad médica es la obligación del médico, ética y legal, de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar médico. El médico responsable lo es en la medida que asume plenamente el cuidado de su paciente, quien ha requerido sus servicios profesionales en un acto de confianza hacia este.¹

ALCANCES LEGALES EN EL EJERCICIO MÉDICO DE LA PROFESIÓN.

En el ejercicio de la medicina, cometer errores no está sujeto al perdón, ubicando al médico en desventaja con otras profesiones ya que genera consecuencias en la salud, siendo ésta uno de los valores fundamentales protegidos por la ley. El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúe con negligencia, impericia y/o imprudencia.

El error médico es el daño provocado al paciente por la acción u omisión del médico al ejercer su profesión y sin cometerlo intencionalmente, o bien, la conducta clínica incorrecta en la práctica médica, como consecuencia de la decisión de aplicar un criterio equivocado, del cual se deriva la obligación de responder por los daños ocasionados y surge cuando se presenta alguno de los siguientes casos:

La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión. Dicho de otra manera, existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

Y finalmente la imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.²

¹ GARAY, OSCAR, *Treinta años de mala praxis médica*, <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=60662>

² CARRILLO FABELA, LUZ MARÍA, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009, p. 16.

Es este tenor, es importante distinguir entre el error y la mala práctica médica, ya que el primero puede ser un error excusable que no reviste la gravedad de la negligencia médica, condición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado claro a través de la siguiente tesis aislada:

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. DISTINCIÓN ENTRE ERROR Y MALA PRÁCTICA PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN. Suele señalarse que la medicina no es una ciencia exacta, pues existen matices en el curso de una enfermedad o padecimiento que pueden inducir a diagnósticos y terapias equivocadas. Así, una interpretación errada de los hechos clínicos por parte del médico puede llevar a un diagnóstico erróneo que, aunque no exime de responsabilidad al médico que lo comete, no reviste la gravedad de la negligencia médica, por lo que se habla entonces de un error excusable, pues lo que se le pide al “buen médico” es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta sus valores y creencias en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia. Por otro lado, el término malpraxis (mala práctica médica) se ha acuñado para señalar conductas impropias del profesional frente a un paciente y que no sigue las normas o pautas que señala la *lex artis* médica, pero no hay aquí un error de juicio, sino que, o la actuación del médico que está en posesión de conocimientos y habilidades no ha sido diligente, o éste ha actuado con impericia e imprudencia frente a una situación clínica para la cual no está capacitado; este tipo de conducta médica constituye un error médico inexcusable y el profesional debe responder por esta conducta inapropiada. Por tanto, la responsabilidad profesional está subordinada a la previa acreditación de una clara negligencia en la prestación de los servicios, independientemente del resultado.³

Revisión fiscal 147/2013. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, encargado de la defensa jurídica del titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 20 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Es importante señalar que de acuerdo con la tesis con número de registro 2002/441 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el médico no está obligado a garantizar la curación del paciente sino el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso médico:

ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla un elemento aleatorio. El médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al

³ Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.40.A.64 A (10a.). Página: 1890.

el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso. Consecuentemente, el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. En consecuencia, el médico debe adoptar, de forma continuada, decisiones trascendentes para la vida humana. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mala práctica médica, el juzgador está llamado a cuestionar si dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible.⁴

Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

De igual forma el médico cuenta con ciertas guías o protocolos expedidos por las autoridades sanitarias los cuales marcan ciertos criterios que debe tomar el galeno en el ejercicio de su profesión con el objetivo de no incurrir en una posible mala práctica médica, criterio que fue consagrado por la Suprema Corte de Justicia de México en la siguiente tesis:

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

⁴ Época: Décima Época. Registro: 2002441. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: Ia. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.⁵

Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Enseguida se sintetizan los factores condicionantes atribuibles al médico:⁶

- Mala relación médico paciente.
- Aplicación superficial de procedimientos clínicos.
- Deficientes conocimientos y habilidades.
- Invasión de campos de la medicina que no domina.
- Exceso de confianza.
- Pago por terceros.

En la actualidad el médico aplica los procedimientos de diagnóstico que son tomados de manera superficial e incompleta, el interrogatorio exhaustivo detallado, la exploración física meticulosa y la hipótesis diagnóstica que incluya diagnóstico, sólo es aplicado por unos cuantos; la mayoría subordina a procedimientos diagnóstico-terapéutico sofisticados y costosos con el propósito explícito de evitar controversias y demandas por mala práctica⁷.

Otras causas atribuibles al médico son deficiencias en sus conocimientos, habilidades o destrezas, por fallas en su preparación, básica o de posgrado, con programas muy técnicos y poco clínicos, enfocados a la investigación y desligada de la solución de problemas cotidianos.

Es frecuente que algunos médicos, muchos de ellos sin el entrenamiento formal necesario, invadan campos o especialidades que no dominan, o bien, que por exceso de confianza realicen procedimientos que rebasan su capacidad, exponiendo al paciente, en el mejor de los casos, a complicaciones o post-operatorios largos, tortuosos, costosos y en ocasiones comprometiendo su vida.

Un aspecto importante de la relación del paciente y su médico es la comunicación. Un número importante de inconformidades tiene su origen en la falta de información al enfermo, acerca de su padecimiento, del tratamiento y del pronóstico, el consentimiento informado evita muchas controversias por lo que resulta de gran importancia que el paciente conozca los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, que rechace o acepte su realización.

También es importante, como causa de problemas en el desempeño del médico ante el paciente, el pago por terceros, como es el caso de la medicina insti-

⁵ Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.

⁶ PAREDES SIERRA, RAYMUNDO, *Medicina Defensiva*, pp.80-81, <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/libros/pdfs/ceadlm.pdf>

⁷ CISNEROS CORTÉS, SELENE MARGARITA, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Octubre 2009.

tucional, las compañías de seguros y las administradoras de servicios de salud. Terceros pagadores que habitualmente limitan al médico en la indicación de estudios de laboratorio y gabinete, consultas con especialistas y ciertos tratamientos, lo que da como resultado la inconformidad del paciente.

La calidad de la atención puede verse comprometida por la ocurrencia de un error médico, definido como el acto cuyo resultado es una equivocación, no concurriendo en él, ni mala fe ni elementos de mala práctica. El error es el factor causal más frecuente de las consecuencias indeseadas del proceso de atención médica, por encima de la mala práctica.

LA MALA PRAXIS MÉDICA

Existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.⁸

Se citan más de veinte factores causales o de riesgo que pueden conducir a error médico, pero algunos pueden ser considerados perfectamente previsibles, entre los que están:

- Exceso de confianza, vacilación, timidez o rutina.
- Demoras en la atención.
- Incorrecta relación médico-paciente.
- Inadecuadas condiciones o métodos de trabajo.
- Falta de organización, disciplina y supervisión del cuerpo médico.
- Ausencia de reglas para la revisión de la clase y calidad de la atención prestada.
- Problemas en la confección, custodia y conservación de historias clínicas.
- Falta de reglamentos que rijan el ejercicio básico de la especialidad.

⁸ IRAOLA, LIDIA NORA, *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*, GeoSalud, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>

Cuadro 1

Tipos de errores que conducen a la mala praxis

Diagnósticos	Error o retardo en el diagnóstico
	Falla en el uso de las pruebas indicadas
	Falla para actuar sobre los resultados ofrecidos por el monitoreo o la prueba
	Uso de pruebas terapéuticas desactualizadas
Terapéuticos	Cuidado inapropiado o no indicado
	Error en el método o la dosis de un medicamento
	Error en la administración del tratamiento
	Error en la realización de una cirugía, un procedimiento o una prueba
Preventivos	Retraso evitable en el tratamiento o en la respuesta a una prueba anormal
	Falla para proveer un tratamiento profiláctico
Otros	Seguimiento del tratamiento inadecuado
	Falla en el equipo
	Falla en la comunicación
	Falla en otros sistemas

Las causas de la mala praxis médica pueden resultar de las siguientes situaciones:

- Una Historia Clínica mal confeccionada es lo que se encuentra en la mayoría de los casos de demanda.
- Un profesional mal capacitado a través del tiempo, poco actualizado, mal dormido y hasta mal alimentado
- Una mala relación médico-paciente es la causa de la motivación para querellar. La forma de trato del paciente es parte del servicio del médico.
- Indagar al paciente, interrogarlo y escucharlo atentamente es imprescindible para el diagnóstico y el tratamiento.
- El marco de la relación debe ser cuidado por todos: en primer lugar se debe cumplir la ley, en segundo lugar debe ser definido por el profesional, en tercer lugar debe ser identificado y respetado por el paciente, sus familiares y allegados.

Así, podemos encontrar tres grandes grupos de faltas en la atención médica:

- Error de diagnóstico o elección terapéutica. Es fundamental considerar el sitio donde se presta la atención médica, las circunstancias personales del profesional, las causas o hechos que pueden influir en el resultado.

- Faltas instrumentales o de técnica. Las lesiones o daños surgidos con el uso de equipos por fallas técnicas del operador o del propio equipo utilizado. Incapacidad para poder realizar una técnica que haya contribuido al daño o muerte del paciente.
- Falta, producto de confusión en la identificación del paciente o bien del órgano enfermo. En este tipo de faltas deben limitarse las responsabilidades de cada uno de los integrantes del equipo de salud.⁹

Las formas ocultas de la mala praxis:

- Maltrato por falta de equipamiento o equipamiento en mal estado.
- Maltrato por falta de honestidad del profesional.
- Falta de honestidad del paciente, familiar o responsable.
- Maltrato por reducción del tiempo de atención del paciente.
- Por falta de registros o alteración de registros en la Historia Clínica.
- Maltrato del familiar del paciente o de la persona a cargo del mismo.
- Maltrato desarrollado por el incumplimiento o mal cumplimiento de la prescripción por parte del paciente.
- Por falsificación de drogas y medicamentos.
- Por lo que los elementos principales para establecer la mala práctica en casos concretos son los siguientes¹⁰:
- Sometimiento del paciente a riesgo innecesario.
- Agravamiento o muerte del paciente por atención con falta de calidad.
- Presencia de lesiones injustificadas.
- Obtención de remuneraciones fraudulentas obtenidas.
- Realización de prácticas o suministro de insumos notoriamente inappropriados.
- Presencia de actos de violencia física o moral.
- Incumplimiento de obligaciones de medios, seguridad y, en su caso, de resultados.
- Realización de actos médicos sin la previa sanción de comisiones y comités (de investigación, de ética)
- Transgresión a normativas prohibitivas (por ejemplo el aborto o la eutanasia no permitidos de acuerdo a la legislación).

LA MEDICINA DEFENSIVA

El aumento de reclamaciones en el ámbito médico condiciona a los médicos a una actuación en la práctica profesional de más seguridad, llevandolo a solicitar pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales a veces exagerados, con la intención de prevenir una demanda, medicina defensiva.

⁹ Nicolás, Bañuelo Delgado, *La mala práctica*, CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf

¹⁰ Ídem.

La medicina defensiva es el conjunto de conductas desarrolladas por los médicos para evitar conductas demandadas por la mala praxis médica. En este sentido, la relación tradicional médico-paciente ha cambiado. Las demandas y juicios son la principal causa del proceder defensivo del médico, de hecho podría considerarse que de no existir estas, no se habría dado lugar a la práctica de una medicina defensiva.

Cuadro 2

Medicina defensiva

El aumento de reclamaciones en el ámbito médico condiciona a los facultativos a una actuación en la práctica profesional de más seguridad



Solicitar pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales

Medicina defensiva

- Situaciones de insatisfacción personal
- Estrés y síndrome del quemado «burnout»
- Incremento del gasto sanitario
- Mayor riesgo para el paciente
- Contraria a la ética médica

El médico selecciona sus casos y rechaza o refiere a los que considera de riesgo, solicita múltiples estudios, —frecuentemente innecesarios— para evitar reclamos por omisión o falta de evidencias para su diagnóstico y tratamiento; realiza intervenciones quirúrgicas innecesarias o deja de hacer otras que sí lo son, para evitar quejas de sus pacientes y no verse involucrado.¹¹

En este contexto, las compañías de seguros han creado los llamados seguros de protección médica, con aumentos progresivos en la prima, contribuyendo al encarecimiento de la medicina. La medicina defensiva ha recibido muchas críticas, para muchos expertos, es completamente ineficaz como estrategia de prevención de los reclamos de los pacientes, porque no contribuye a lograr una relación clí-

¹¹ Raymundo, Paredes Sierra, Ética y Medicina Defensiva, UNAM, http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm

nica adecuada y agrega nuevos riesgos profesionales, a punto de partida de actos médicos no indicados e innecesarios. Como reacción al modelo de la medicina defensiva recientemente se ha levantado un nuevo paradigma de sólido fundamento ético, profesional y médico-legal: la llamada medicina assertiva.¹²

Las causas del proceder defensivo del médico son múltiples:

- Falta de responsabilidad del médico.
- Proliferación de escuelas y facultades de medicina.
- Avances en tecnología, comunicación e informática.
- Situación económica.
- Medicina institucional y administrada.

La medicina defensiva no es ética, pero no es el médico el único responsable de su existencia. El médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, pero este proceder inadecuado es consecuencia de su formación personal, tanto de su preparación deficiente o no actualizada como de su inadecuada formación ética y moral en el seno familiar, en la escuela y en su medio social.

Por tanto, la medicina defensiva tiene la pretensión de protegerse ante un eventual futuro reclamo del paciente. Se le considera una forma no ética de ejercicio profesional, desde que el acto médico deja de tener por objetivo central al paciente, trasladándose al propio médico. Tampoco es un ejercicio profesional éticamente admisible si se lo analiza desde la perspectiva de la salud pública, ya que agrega enormes costos al sistema de salud, sin justificación ni beneficios para los pacientes, ver cuadro 3.

Cuadro 3 Demandas legales al médico por su praxis	
Factores Predisponentes	
1. Número excesivo de prácticas y análisis invasivos	2. Abogados que fuerzan el litigio para su propio beneficio
3. Desconocimiento de la mayoría de los médicos de las normas legales que rigen su profesión, especialidad y el contrato de prestación con entidades empleadoras	
Factores Desencadenantes	
1. Industria del juicio a los médicos	2. Existencia de reclamos resarcitorios excesivos
3. Antecedentes de sentencias condenatorias simultáneas a médicos e instituciones de atención médica por sumas elevadas	4. Facilidad del demandante para lograr el “derecho de litigar sin gastos”
Prevención y profilaxis	
1. Buena relación médico/paciente	2. Consentimiento informado escrito, firmado y explicado al paciente y a un testigo
3. Intervención activa del Comité de Ética Hospitalaria ante conductas médicas que pudieran implicar daño al paciente	

Fuente: Cuadernos de Medicina Forense. Año 2, Nº2, pp.73-78

En este sentido, el médico está obligado a cumplir con lo que la ley y la medicina señalan, por lo que su incumplimiento lo obliga a responder ante su

¹² Hugo, Rodríguez Almada, “De la medicina defensiva a la medicina assertiva”, *Revista de la Facultad de Medicina de la República de Uruguay*, Num. 3, volumen 22, 2006, pp.167-168.

paciente. Entre las causas atribuibles al paciente, como motivo de medicina defensiva se enumeran los siguientes.¹³

Mayor cultura médica: El nivel educativo de los habitantes se ha incrementado, la población urbana tiene acceso a los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio, los periódicos, el Internet, los cuales difunden noticias de nuevos medicamentos, procedimientos diagnóstico terapéuticos y de casos de demandas contra médicos por supuesta negligencia, que los mantienen alerta y a la expectativa cuando acuden a consulta y más cuando tienen que internarse o someterse a estudios o intervenciones quirúrgicas.

El sistema prepago de servicios y seguros médicos: el hecho de que el paciente no seleccione a su médico, favorece la inconformidad, de este modo surgen controversias tanto en las compañías privadas de servicios de salud, como en las instituciones médicas que administra el estado.

La exigencia legítima de la sociedad de atención médica oportuna, humanizada y de calidad con reclamos inmediatos cuando no se cumplen sus expectativas, ha dado lugar a la actitud defensiva del médico en su desempeño.

Los factores condicionantes del entorno social que influyen directamente son:

- Leyes más estrictas.¹⁴
- Difusión inmediata y masiva de noticias médicas tanto positivas como negativas.
- Mal uso de la información,
- Demanda de atención médica oportuna, humanizada y de calidad.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN MÉXICO Y EN ESTADOS UNIDOS

¿Cómo se determina la responsabilidad médica en México y en Estados Unidos?

Para determinar la configuración de la responsabilidad médica, tanto en los tribunales mexicanos como en los estadounidenses se establece con base en el concepto de *lex artis ad hoc*. En la doctrina del Derecho Sanitario, la *lex artis ad hoc* es entendida como el criterio valorativo sobre la corrección de un acto médico concreto que será ejecutado por el profesional de la medicina para el cual se tomaron en cuenta las características especiales de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, así como de factores endógenos como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.¹⁵

En Estados Unidos, cuando llega un caso a las Cortes sobre responsabilidad médica, el tribunal debe estudiar las alegaciones hechas por las partes para deter-

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem.* p. 82.

¹⁵ CONAMED: ¿Qué es la *lex artis ad hoc*? Disponible en: http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/lex_artis.pdf

minar si la demanda plantea una cuestión de negligencia ordinaria o de mal praxis,¹⁶ ver cuadro 4.

Cuadro 4 RESPONSABILIDAD MÉDICA			
ESTADOS UNIDOS		MÉXICO	
Mala praxis	Negligencia	Mala praxis	negligencia
los demandantes deben señalar el deber del médico con su paciente	el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento	Dependerá del carácter del demandado, de las acciones que motiven el litigio y del tipo de responsabilidad que se pretenda reclamar.	
el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico por de la falta de experiencia, habilidad o cuidados y, la lesión causada por parte del médico.	el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento.		
	que el médico se haya desviado del estándar de atención y, que el resultado final y la conducta omisa guarden una relación.	Responsabilidad administrativa y responsabilidad penal.	Responsabilidad civil

Fuente: Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DE%20OCA.pdf>

En México el acto médico se delimita a las relaciones entre los profesionales médicos y el paciente, en Estados Unidos, el cuidado de la salud o *healthcare* se orienta en los derechos referentes a los servicios de salud pública y la cobertura de sus planes de salud (*healthcare plans*).

¹⁶ Gore, Amy, Physicians, Surgeons, and Other Healers, <https://advance.lexis.com/GoToContentView?requestId=8098ad7f-c846-a725-075cc98d35f541f0&crid=19720d7f-9135-9b95-ba38-e3bfbd7fcbe3> (consultado el 9 de junio de 2013)

Los principios que rigen la práctica médica en los Estados Unidos se orientan a garantizar que los servicios de atención sean alcanzables para los individuos al garantizar cobertura general, costos razonables y cuidados preventivos. Asimismo se le atribuyen mayores responsabilidades a los pacientes estadounidenses que a los mexicanos.¹⁷

Con referencia a los derechos y a las obligaciones de los pacientes, los principios orientadores que definen los mismos son sumamente parecidos en ambos países. No obstante, en los Estados Unidos se exige un papel mucho más activo al paciente; éste tiene que informarse sobre el estado de su salud y participar de manera preeminentemente en la toma de las decisiones médicas que le competen. Además, con referencia a la cobertura de los servicios de salud, los pacientes tienen derecho a estar informados sobre su contenido, los costos de los servicios prestados y sus responsabilidades conforme a los mismos.¹⁸

Para determinar la configuración de la responsabilidad por mala praxis médica, en ambos países se reconoce la intervención necesaria de expertos en la materia para determinar la existencia de mala práctica médica, pues los jueces no poseen los conocimientos técnicos para determinar si un determinado profesional médico ha seguido las pautas que establecen los mismos miembros de la comunidad profesional.¹⁹

En Estados Unidos, después de la década de los sesentas, empezó a incrementar la preocupación por parte de las autoridades centrada en el sistema de responsabilidad por negligencia médica.²⁰ A raíz de lo anterior, se crearon procedimientos para investigar y eliminar demandas frívolas y fomentar el pago de daños mediante un proceso de arbitraje.

En comparación, en México existen medios alternativos para la solución de conflictos suscitados en el paciente y el profesional de la salud, éstos no son tan efectivos pues las partes no están obligadas a agotar esta instancia.²¹

Para determinar la negligencia de un profesional en Estados Unidos, el jurado emplea el estándar del “hombre razonable”; por el contrario, es extraño que se considere la evidencia del cumplimiento del profesional con un estándar dado según la práctica profesional. Lo que realiza el jurado usualmente es sopesar un riesgo determinado contra la utilidad de la conducta, la cual incrementa o disminuye el riesgo. Éstos tienen un deber razonable de cuidado y además deben tener un mínimo de conocimiento y habilidades especiales. En estos casos, al jurado se le instruye para que tomen su decisión con base en “la habilidad y el conocimiento poseídos comúnmente por los miembros respetables de una profesión”. Por lo

¹⁷ Rodrigo Montes de Oca Arboleya, *Acto médico y responsabilidad profesional: reflexiones en torno a las diferencias entre las jurisdicciones mexicana y estadounidense*, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DE%20OCA.pdf>, p.18.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*

²⁰ Neil Olsen, Reed, *The Reform on Medical Malpractice Law: Historical Perspectives*, USA, July, 1996, The American Journal of Economics and Sociology, volume 55, p. 258.

²¹ MONTES DE OCA ARBOLEYA, RODRIGO, Op. Cit.,p.16.

anterior, la profesión médica tiene la facultad de establecer los estándares propios de su práctica y profesión.²²

Del estudio casuístico del derecho estadounidense se desprende que el estándar de cuidado para el ejercicio de la profesión médica tiene cinco elementos²³:

1. Un grado razonable u ordinario de habilidad y conocimiento;
2. Que dichos elementos sean poseídos y ejercidos habitualmente por los miembros de la profesión;
3. Que dichos miembros tengan el mismo nivel de escolaridad y tengan la misma escuela o tradición que el acusado;
4. Que dichos profesionales practiquen su profesión en localidades similares,
5. Que la profesión se ejerza a buen juicio del acusado.

La Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que, en los casos que se provocara un daño como resultado de una decisión entre dos alternativas viables, esto no consistía en negligencia, siempre y cuando el médico actuara conforme a su juicio de buena fe. Esto se debe a que en última instancia es el paciente quien debe decidir sobre su tratamiento y no el médico.²⁴

La Corte en México si bien, aún no cuenta con un desarrollo jurisprudencial amplio respecto a la responsabilidad médica; ha venido presentado algunos casos que permitirán desarrollar el concepto de *lex artis ad hoc* en un futuro. La Primera Sala ha sostenido que las guías o protocolos médicos expedidos por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente en la materia responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia que permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*. Por tanto, la Sala ha considerado que, desde el punto de vista jurídico, las guías y los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto.²⁵

En cuanto a las demandas, el aumento en los últimos años por mala praxis, potenciado por los multifactores arriba señalados, ha preocupado al mercado de la salud, especialmente a Estados Unidos, a tal punto que su evolución atenta contra la estabilidad del sistema y amenaza con colapsarlo. Son reclamos indemnizatorios que involucran cifras millonarias, aunque algunos no tienen fundamento causal ni judicial. Al respecto, ya hace años que en Estados Unidos las compañías aseguradoras han llegado a la conclusión de que el mercado de seguros de responsabilidad médica provoca pérdidas, igual que el de automotores en virtud de la alta siniestralidad. Aun así, las modalidades de cobertura no satisfacen las

²² Ibídem, p.17.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibídem, p.15.

necesidades de la demanda, por la prescripción a los diez años de los reclamos de esta índole.²⁶

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona a la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo por ejemplo.²⁷

Aunque en México es escasa la información sobre los juicios y el error médico, actualmente en Estados Unidos son relativamente comunes, tal es el caso de una encuesta realizada en cirujanos especialistas quienes reportaron que más del 70% de ellos habían sido demandados al menos una vez durante el ejercicio de su profesión. Estudios estiman que uno de cada veinticinco pacientes que han sufrido negligencia médica interpone una demanda, a pesar de ello por cada cuatro demandas entabladas tres resultan con sentencia favorable para el médico tratante.²⁸

ESTADOS UNIDOS Y LA MEDICINA DEFENSIVA

En Estados Unidos, la práctica de la medicina defensiva se relaciona con el fenómeno conocido como *Malpractice Crisis*, que ha incrementado el número de demandas dando como resultado el nacimiento de la medicina defensiva.

El espectacular incremento de las demandas, coincidiendo con un notable aumento de sumas en las compensaciones pagadas por daños, ha repercutido en el precio de las primas anuales que pagan los médicos.²⁹ Según la Asociación Médica Mundial (AMM), en el mundo existe un aumento de la cultura del litigio que afecta de manera negativa la práctica de la medicina y a la disponibilidad y calidad de los servicios de salud.

La cultura del litigio también ha dificultado la distinción entre negligencia y resultados adversos inevitables, lo que produce con frecuencia una determinación aleatoria del nivel de atención. Esto ha contribuido a la percepción general de que cualquier persona puede demandar por casi cualquier cosa, con la idea de obtener un gran premio. Esta práctica engendra el cinismo y la desconfianza tanto en el sistema médico como en el legal con graves consecuencias para la relación médico-paciente.³⁰

²⁶ Martín Seoane, Rosario Alicia Sotelo, Armando Maccagno, "Los caminos del error médico", *Cuadernos de Medicina Forense, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Año 2, Nº2, Argentina, 2010, pp.73-78.

²⁷ La información y el contenido multimedia, publicados por la Agencia de Noticias Andes, Pocos países suramericanos sancionan la mala práctica profesional, *Ecuador avanza en el tema*, <http://www.andes.info.ec/es/noticias/pocos-paises-suramericanos-sancionan-mala-practica-profesional-ecuador-avanza-tema.html>.

²⁸ Nancy, Santamaría-Benumea, Adriana, Garduño-Alanís, et al., "Aspectos legales del error médico en México", *Rev CONAMED*, número 1, vol. 19, 2014, p.32.

²⁹ Mercedes, Martínez León, Daniel, Queipo Burón, et al., "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Junio, Universidad Complutense de Madrid, España, 2009, p.4.

³⁰ Declaración de la AMM sobre la Reforma de la responsabilidad médica, Adoptada por la Asamblea General de la AMM, Santiago 2005.

La Asociación Médica Mundial pide a las organizaciones profesionales nacionales que reaccionen exigiendo a sus legisladores las reformas necesarias para garantizar las leyes y los sistemas jurídicos de sus países protegen a los médicos de los juicios sin fundamento, a la vez que se hacen garantes de promover un entorno médico-legal más adecuado para ejercer unas prácticas médicas seguras en beneficio de los pacientes.

La ley de la mala práctica médica en Estados Unidos ha estado tradicionalmente bajo la autoridad de los estados y no del gobierno federal. Respecto a las leyes o normas marco de negligencia médica hace treinta años se establecían a través de decisiones en los juicios en los tribunales estatales, en lugar de ser leyes aprobadas por las legislaturas estatales, debido a que las reglas que establecen la jurisprudencia en casos de negligencia médica en un estado no tienen peso en otro, debido a que las reglas varían de un estado a otro, aunque muchos de los principios son similares.

La ley de negligencia médica tiene sus raíces en el siglo diecinueve, es parte del cuerpo más general de la ley relativa a los daños a personas o propiedad, conocida como "ley de responsabilidad civil". Los casos de negligencia médica son un ejemplo de un tipo particular de responsabilidad civil, la responsabilidad civil es conocida como "negligencia".³¹

En Estados Unidos para ganar una demanda por negligencia médica, la persona lesionada debe probar que recibió atención médica deficiente. Esto implica una serie de pasos. En primer lugar, los pacientes deben probar que existió negligencia médica, es decir, que el demandante debe demostrar que el médico no proporcionó atención médica que cumpla con las normas pertinentes.

En algunos casos esto no es difícil, tales como cuando la cirugía se realiza en la parte del cuerpo equivocado. En otros casos, mostrando la causalidad puede ser bastante problemático, como los casos de personas con enfermedades graves que podrían haber sufrido complicaciones de su enfermedad, incluso con una buena atención médica. Identificar qué parte de la atención médica causada por lesión también puede ser un reto cuando muchos proveedores diferentes participaron en la atención, por lo que muchos tribunales tienen reglas especiales para hacer frente a situaciones en las que no es posible determinar con precisión los actos dañinos.

El paso final en un caso de negligencia médica es establecer la cantidad de dinero que debe ser otorgado a un demandante que gana. Sin embargo, la aplicación de las reglas para determinar los daños puede ser complicado y tener en cuenta tanto las pérdidas reales económicas, tales como la pérdida de salarios y los costos de la atención médica en el futuro relacionados con la lesión y las pérdidas no económicas, como el dolor, el sufrimiento o la pérdida de la compañía de un cónyuge o un hijo.³²

³¹ Peter, Budetti, et al., *Medical Malpractice Law in the United States*, Kaiser Family Foundation, USA, 2005, pp.2-4.

³² *Idem*.

La malpractice crisis en Estados Unidos es un fenómeno que ha iniciado a mediados de los años 70, responde a la espectacular alza de precios que experimentaron las primas de responsabilidad médica coincidiendo con un importante aumento de la frecuencia de las demandas.³³

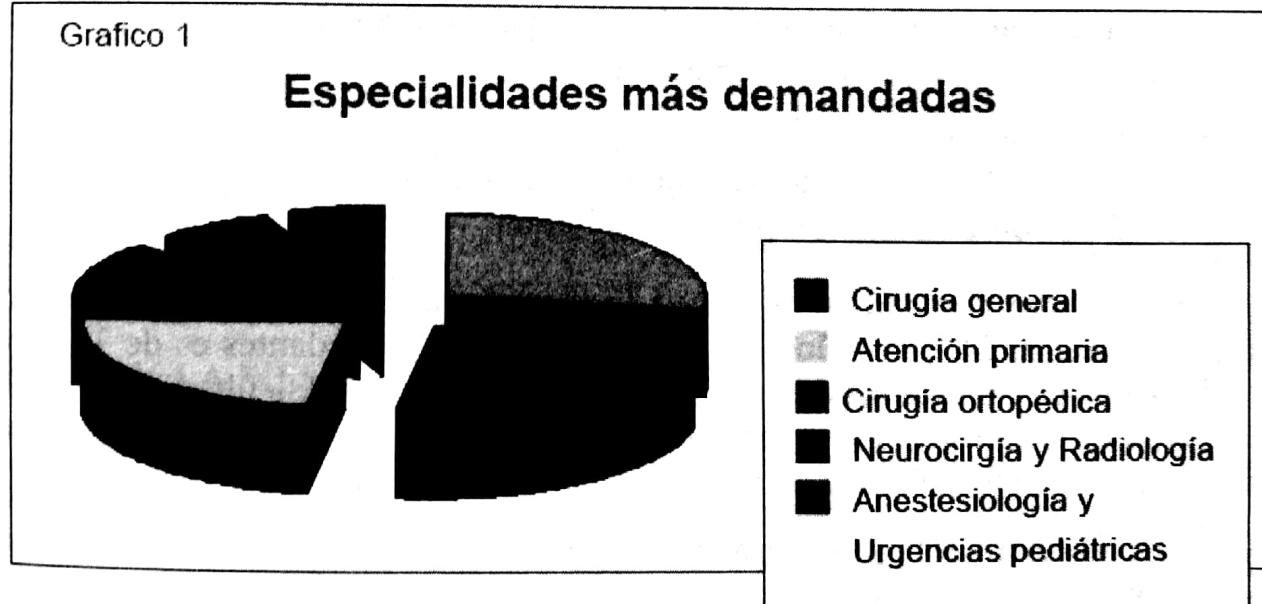
En un estudio publicado por la Revista *The New England Journal of Medicine*, un grupo de médicos cualificados examinó una muestra aleatoria de 1452 demandas por negligencias de 5 compañías de seguros de responsabilidad civil que fueron resueltas entre 1984-2004. Como resultados más relevantes en casi el 40 % de las demandas presentadas en Estados Unidos por mala práctica no había error médico, es decir, eran infundadas.³⁴

En el estudio, de los enfermos que presentaban lesiones objetivas, se indemnizan en el 73 % de los supuestos al demandante. De las demandas presentadas en las que el daño no fue provocado por error médico, el 72 % fueron rechazadas o resueltas sin indemnización. Sin embargo, el 28 % si fueron indemnizadas. En total, las demandas estudiadas dieron lugar a 449 millones de dólares de indemnizaciones impuestas en sentencias o acordadas de antemano.³⁵

Los médicos más demandados pertenecen al área de Obstetricia y Ginecología, a la que se dirigen el 19 % de las demandas. Muy cerca les siguen los cirujanos generales, a quienes van dirigidas el 17 % de las reclamaciones. Por su parte, los médicos de atención primaria reciben el 16 %. El 8 % de las demandas se dirigen a la Cirugía Ortopédica, el 5 % a la Neurocirugía y Radiología, respectivamente, y el 4 % a la Anestesiología, Urgencias y Pediatría.³⁶

Grafico 1

Especialidades más demandadas



Fuente: Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas, M. Martínez León, D. Queipo Burón y C. Martínez León.

³³ Josep Arimani Manso, "La medicina defensiva un peligro boomerang", *Humanitas*, número 12, febrero, Barcelona España, 2007, p.15.

³⁴ Mercedes Martínez León, Daniel Queipo Burón, et. al., *Op.Cit.*, pp.6-8.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Gallagher TH, Studdert D, Levinson W. Disclosing harmful medical error to patients. N England J Med 2007; 356 (26): 2713-9.

El sistema de *malpractice medical* en Estados Unidos está basado en derecho de daños, que apoya a los médicos responsables para no dañar a los pacientes, intencionadamente o por negligencia.

Las demandas por negligencia médica se caracterizan porque son más promovidas contra los médicos especializados en proporción al número y la frecuencia con la cual la realizan.

Por ejemplo, las demandas contra los médicos especialistas en cardiología con más frecuencia alegan lesiones causadas por las siguientes: (1) errores en el diagnóstico, (2) la mala ejecución de procedimientos, (3) la falta de supervisar o controlar la atención, (4) los errores de medicación, y (5) la falta de reconocer las complicaciones del tratamiento. La mayoría de estas lesiones ocurren en los hospitales, y muchos de los pacientes lesionados mueren.

Los objetivos sociales del sistema de negligencia médica son los siguientes: (1) compensar a los pacientes lesionados por negligencia, (2) exigir justicia correctiva, y (3) desalentar prácticas inseguras mediante la creación de un incentivo económico para tomar mayores precauciones. Algunos pacientes lesionados por negligencia se compensan, pero la mayoría no lo son. Las reclamaciones son presentadas contra algunos también los médicos negligentes, pero algunos que no son negligentes, y ser negligente no garantiza que un reclamo será llevado. El efecto disuasorio de negligencia médica no está comprobada, y el sistema de negligencia puede provocar costos de los medicamentos y el aumento de la salud defensivas. Y haciendo hincapié en la responsabilidad individual, entra en conflicto con un enfoque orientado a los sistemas para reducir los errores médicos.³⁷

Respecto al perfil de los demandantes.³⁸

- 60 % son mujeres
- 19 % de las demandas se refieren a recién nacidos
- 12 % son presentadas por > de 65 años.

El segmento de edad en el que se producen más reclamaciones es el comprendido entre los 35 y 49 años. La edad media del demandante es de 38 años.

En cerca de 30 Estados de los EEUU, en respuesta a la dificultad para el reconocimiento de los errores derivados del incremento de las demandas por mala praxis médica, se han establecido las llamadas *I'm sorry laws*. Estas leyes promueven.³⁹

- La declaración de los errores médicos sin que esta revelación sea prueba de culpabilidad.
- Mejora la relación médico-paciente y la confianza en el profesional.
- Ayuda a prevenir errores.
- Disminuye el coste legal y las reclamaciones

³⁷ Luce, JM., *Medical malpractice and the chest physician*, núm.134, vol. 5, noviembre, National Institutes of Health, USA, 2008, pp. 1044-50.

³⁸ Studdert DM et al. *Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, 2006, pp. 2024-33.

³⁹ Momentum for special health courts is building. common good, Restoring common sense to America. En: <http://commongood.org/search.html>

Estas regulaciones, que varían de un Estado a otro, suponen la reacción de la sociedad ante situaciones que han sido perniciosas para todos: para los profesionales, para las instituciones y, por supuesto, para los pacientes. Esta reforma ha subrayado los principios que la ética ha defendido siempre respecto al error médico, ya que la honestidad y la buena comunicación son los mejores antídotos.

Todavía es pronto para conocer los resultados de la implantación de estas leyes, pero los datos recogidos en el Estado de Colorado, entre enero de 2000 y octubre de 2006, son optimistas, de un total de 3200 casos:⁴⁰

- Solo el 25% de los pacientes recibieron una compensación económica (5.400 \$).
- Solo 7 de ellos a pesar de la indemnización los pacientes interpusieron una demanda.
- Solo en 2 ocasiones condenó a los profesionales.
- Sólo en 800 casos, es decir, un 25% de los pacientes recibieron una compensación económica, 5400 \$ por caso. De ese 25% de pacientes que recibieron una indemnización, sólo 7 de ellos interpusieron una demanda que condenó a 2 profesionales.

El resto de los casos, es decir, los 2400 casos restantes que quedaron sin ser indemnizados, sólo 16 pacientes acudieron a los tribunales y de ellos solamente 6 obtuvieron una recompensa monetaria.

Más del 90% de los médicos británicos creen que los pacientes son menos propensos a denunciar una negligencia si reciben una disculpa y una explicación del error, de acuerdo con una encuesta realizada por la Sociedad de Protección Médica del Reino Unido, que publicó Medicalnewstoday.⁴¹

En Estados Unidos, las demandas por la mala práctica médica es un factor que ha elevado los costos de la atención médica, ya que la atención médica tiene que contar con un seguro contra estas eventualidades.

MÉXICO Y LA MEDICINA DEFENSIVA

De acuerdo a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 2014 recibieron 2,050 quejas, de las que se han atendido 1,654, del total, el 72% corresponden al sector público y 28% al sector privado, la institución pública con mayores quejas es el IMSS, con 906, el ISSSTE, con 112 casos y en tercer lugar, los consultorios privados, que registran 287 inconformidades; lo que equivale a 14 por ciento de los asuntos iniciados en 2013.⁴²

⁴⁰ León Sanz, *La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis*, Traumatología Fundación MAPFRE 2008, vol. 19, núm. 3, pp.138-142.

⁴¹ Bow S., Sociedad de Protección Médica del Reino Unido. Medicalnewstoday. Diario Médico. 31 Oct 2008; Sección Normativa: página. http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html

⁴² Conamed recibió más de 2,000 quejas en 2014, El Economista, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/07/conamed-recibio-mas-2000-quejas-2014>

La Estadística de Quejas Concluidas por Modalidad apunta que al cierre de 2013, se desahogaron 1775 procesos; de los cuales 43 derivaron en un “laudo” condenatorio para el acusado. De 174 casos se pudo comprobar la mala práctica de médicos, especialmente, en casos de cirugías; pero no todos llegaron a un fallo. El 51% de casos llegan a conciliaciones (918 al término en 2014) y en 26 por ciento (475), no se llegó a un acuerdo. El 14% (251 expedientes) en todo el país, fueron cerrados por “falta de interés procesal” de los presuntos agraviados.⁴³

La mayor cantidad de quejas está relacionada con tres asuntos: una mala relación médico-paciente, una mala operación y un mal diagnóstico.

La mayoría de las quejas están relacionadas con los servicios de especialidades médicas, cirugía general y ginecología, ver cuadro

Cuadro 5
Quejas por especialidad primer semestre 2014

Especialidad	Total	Con responsabilidad institucional	Sin responsabilidad institucional	No disponible
Total	92	9	40	43
Especialidades médicas	84	9	34	41
Cardiología	2	1		1
Cirugía de gastroenterología	3		1	2
Cirugía general	22	2	12	8
Cirugía neurológica	1			1
Cirugía pediátrica	1		1	
Cirugía plástica y estética	3		2	1
Cirugía reconstructiva	1		1	
Cirugía vascular y angiología	4	1		3
Endoscopía	2	1		1
Gastroenterología	1		1	
Geriatría	1		1	
Ginecología	3			3
Medicina familiar	1			1
Medicina física	1			1
Nefrología	1			1
Neumología	2		1	1
Neurología	1			1
Obstetricia	5		1	4
Oftalmología	8	3	3	2
Oncología quirúrgica	2		1	1
Ortopedia general	6	1	3	2
Otorrinolaringología	3		1	2
Psiquiatría	1			1
Reumatología	2		1	1

⁴³ *Idem.*

Traumatología	4		1	3
Urgencias médicas	1	1		
Urología	2			
Especialidades odontológicas y odontología general	5	0	5	0
Cirugía Maxilofacial	1		1	
Odontología	4		4	
Servicios técnicos y administrativos de la salud	3	0	1	2
Radiología e Imagen	1			1
Servicios Auxiliares de Tratamiento	2		1	1

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras preliminares, 1er semestre 2014.

En este contexto, la medicina defensiva surge como una respuesta de los médicos y prestadores de los servicios de salud a la judicialización de los hechos adversos que se les pueden presentar a lo largo de su vida profesional. En México se gastan casi 100,000 millones de pesos en ejercer la medicina defensiva, lo que representa 20% del presupuesto del sector salud en el país.⁴⁴

El presupuesto acumulado del ISSSTE, del IMSS, de la SSA, es de casi 100,000 millones de pesos en medicina defensiva de un presupuesto total de 530,000 millones de pesos al año. La medicina defensiva es muy cara porque una de las causas son los procedimientos que mantiene el Estado, que llegan a ser hasta de 12 años para atender casos de ese tipo, cuando hay instancias federales conciliatorias que facilitan el camino como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed).⁴⁵

CONCLUSIONES

- Ante el aumento de demandas por negligencia y por mala praxis médica en México y Estados Unidos, los profesionales de la salud han buscado la aplicación de medidas preventivas para evitar un conflicto médico legal, la medicina defensiva.

- El fenómeno de cultura de la demanda se ha generalizado y globalizado, en los casos de México y Estados Unidos el incremento de las demandas coincide con un notable aumento de sumas en las compensaciones pagadas por daños, lo cual ha repercutido en el precio de las primas que pagan los médicos.

- En México, la responsabilidad médica se deriva del actuar de un profesional, de la no observancia de un reglamento en el trabajo o una infracción a un ordenamiento administrativo o de una norma penal, cuyas consecuencias jurídicas van a ser distintas en cada uno de los casos.

⁴⁴ En México gastan 100,000 mdp en medicina defensiva, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2011/10/19/mexico-gastan-100000-mdp-medicina-defensiva>

⁴⁵ *Ídem.*

• La Suprema Corte de los Estados Unidos determina que en la responsabilidad médica de una mala praxis, los demandantes deben señalar el deber del médico con su paciente; el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico, resultado de la falta de experiencia, habilidad o cuidados y la lesión causada por parte del médico. Por otro lado, para sostener una negligencia médica, el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento; que el médico se haya desviado del estándar de atención y que el resultado final y la conducta omisa guarden una relación.

• En Estados Unidos y México, las demandas por la mala práctica médica es un factor que ha elevado los costos de la atención médica, ya que la atención médica tiene que contar con un seguro contra estas eventualidades.

• Para determinar la responsabilidad por mala praxis médica, tanto en México como en Estados Unidos, los tribunales se basan en el concepto de *lex artis ad hoc*. También en ambos países se reconoce la injerencia de expertos en la materia para determinar la existencia de mala práctica médica, ya que los jueces no gozan los conocimientos técnicos para determinar si un determinado profesional médico ha seguido las normas que establecen la comunidad médica.

• La ética médica demanda la disminución y la prevención del error. El ejercicio profesional del médico y demás operadores determina riesgos y debe reconocerse que no siempre se podrá garantizar un resultado positivo en el paciente, sin que ello implique negligencia por parte de los profesionales médicos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

CARRILLO FABELA, Luz María. *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Porrúa, México 2009.

BAÑUELO DELGADO, Nicolas, *La mala práctica*, CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf

BOWN S., Sociedad de Protección Médica del Reino Unido. Medicalnewstoday. Diario Médico. 31 Oct 2008; Sección Normativa: página, http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html

BUDETTI, Peter, et al., *Medical Malpractice Law in the United States*, Kaiser Family Foundation, USA, 2005.

CISNEROS CORTÉS, Selene Margarita, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Octubre 2009.

Conamed recibió más de 2,000 quejas en 2014, El Economista, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/07/conamed-recibio-mas-2000-quejas-2014>

Declaración de la AMM sobre la Reforma de la responsabilidad médica, Adoptada por la Asamblea General de la AMM, Santiago 2005.

GARAY, Oscar, *Treinta años de mala praxis médica*, <http://www.intramed.net/contentover.asp?contenidoID=60662>

- GALLAGHER TH, Studdert D., Levinson W. Disclosing harmful medical error to patients. N., England J Med, 2007.
- IRAOA, Lidia Nora, *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*, GeoSalud, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>
- LUCE, JM., *Medical malpractice and the chest physician*, núm.134, vol. 5, noviembre, National Institutes of Health, USA, 2008.
- MANSO, Josep Arimani "La medicina defensiva un peligro boomerang", *Humanitas*, número 12, febrero, Barcelona España, 2007.
- MARTÍNEZ LEÓN, Mercedes, QUEIPO BURÓN, Daniel, et al., "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Junio, Universidad Complutense de Madrid, España, 2009.
- MONTES DE OCA ARBOLEYA, Rodrigo, Acto médico y responsabilidad profesional: reflexiones en torno a las diferencias entre las jurisdicciones mexicana y estadounidense, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DE%20OCA.pdf>, p.18.
- Momentum for special health courts is building. common good, Restoring common sense to America. En: <http://commongood.org/search.html>
- OLSEN NEIL, Reed, *The Reform on Medical Malpractice Law: Historical Perspectives*, The American Journal of Economics and Sociology, volume 55, Julio, USA, 1996.
- PAREDES SIERRA, Raymundo, Ética y Medicina Defensiva, UNAM, http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm
- RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, "De la medicina defensiva a la medicina asertiva", *Revista de la Facultad de Medicina de la República de Uruguay*, Num. 3, volumen 22, 2006, pp.167-168.
- SANTAMARÍA-BENHUMEA, Nancy, Garduño-Alanís, Adriana, et al., "Aspectos legales del error médico en México", *Rev CONAMED*, número 1, vol. 19, 2014, p.32.
- SANZ, León, *La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis*, Traumatología Fundación MAPFRE 2008, vol. 19, núm. 3, pp.138-142.
- SEOANE, Martín, SOTELO, Rosario Alicia, et al. "Los caminos del error médico", *Cuadernos de Medicina Forense, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Año 2, Nº2, Argentina, 2010.

Jurisprudencia

Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.64 A (10a.). Página: 1890.

Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación

61 TO y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.64 A (10a.). Página: 1890.

Época: Décima Época. Registro: 2002441. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.