

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR

ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 – X –1979

DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 82 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

LUIS RAÚL SALAZAR LARA

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR

ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 – X –1979

DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 82 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

LUIS RAÚL SALAZAR LARA

ASESOR DE TESIS:

LIC. CONCEPCIÓN CONTRERAS MORALES

CED. PROFESIONAL No. 2047646

MÉXICO, D.F.

2007

AGRADECIMIENTOS

Para mi pequeña hijita Michelle Aimeé Salazar Herrera fuente de mi vida, mi razón de ser, inspiración mía, principio y fin, simplemente..... mi todo.

A mi esposa Claudia Herrera García con mucho reconocimiento por su infinita paciencia y amor. Gracias.

A mis padres, pero muy especialmente a mi mamá, por su infinito amor y apoyo incondicional sin los cuales éste no hubiera sido posible.

A mis hermanos Héctor, Javier y sobretodo a mi pequeña y muy querida hermana Delia, Gracias hermanita.

A mis enanos queridos: Violeta, Samantha, Gibràn, Karen, Eduardo y Alfonso.

A mi asesora Sra. Licenciada Concepción Contreras Morales por su guía y apoyo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	II
CAPÍTULO I EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO	
1.1 El artículo 4to Constitucional	2
1.2 La Ley General de Salud	20
1.3 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de Atención Médica	25
1.4 La Defensa del Derecho a la salud en México	26
1.5 Situación actual de la relación médico-paciente	29
1.5.1 En el marco de Instituciones pertenecientes al Sector Salud	32
1.5.2 En el marco de Instituciones pertenecientes a la Iniciativa privada	34
CAPÍTULO II DEFINICIONES, CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
2.1 La Medicina y el acto médico	39
2.2 Bioética en la comunidad médica	43
2.3 Relación entre el Derecho y la Medicina	44
2.4 Definición de consentimiento informado	50
2.5 Antecedentes históricos del consentimiento informado	55

CAPÍTULO III EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MÉXICO

3.1 Marco jurídico del Consentimiento Informado en México	65
3.1.1 Los artículos 80, 81 y 83 del reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica	66
3.2 El expediente Clínico	68
3.3 La Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998	79
3.4 Actualidad y problemática del Consentimiento Informado en México: La medicina defensiva	85

CAPÍTULO IV PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 82 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MEDICA	93
--	----

CONCLUSIONES	105
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	113
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud, uno de los derechos fundamentales del ser humano, es y debería de ser uno de los pilares para el desarrollo de nuestro país, toda vez, que la salud de un individuo es lo más importante para poder llevar una vida próspera y digna. Los avances tecnológicos crecen con pasos agigantados en este inicio de siglo, las nuevas tecnologías se encuentran a la vuelta de la esquina y en espera de ser utilizadas en el bien de la sociedad y ampliando el campo exploratorio en el cuerpo humano, facilitándolo.

El derecho al trabajo, un bien igual de importante que el antes descrito son derechos intrínsecos e inalienables de todos los mexicanos, pero en la presente investigación se abordará la problemática de la comunidad médica de nuestro país.

En México, se ha comenzado principalmente por la cercanía de los Estados Unidos de Norteamérica "cuna de las demandas judiciales", a implantar lo que muchos llaman la "cultura de la demanda", ésto es, tratar de dirimir todas las controversias vía judicial y sobretodo a lograr un perjuicio al demandante tanto en su trabajo como en su economía, y utilizar a los tribunales como instrumentos intimidatorios y para consumir venganzas personales. Por lo anterior surge el llamado consentimiento informado pero usado, sobre todo en México, como un instrumento para protección en el hacer profesional de la medicina.

Pero en nuestro país poseedor de subdesarrollo e ignorancia en diversos temas como el derecho y la medicina dentro de un número importante de miembros de la sociedad, y sobre todo, con un incremento dramático de las demandas judiciales, la comunidad médica a pesar de la creciente implementación del instrumento antes referido se encuentra en franca desprotección y vulnerabilidad, teniendo que instrumentar medidas un tanto desesperadas y hasta irresponsables a fin de preservar su medio de vida, su economía y hasta su libertad.

El objetivo de esta investigación es instrumentar, con base en un análisis de su historia y problemática, mecanismos y cláusulas para garantizar el trabajo del médico, el empleo de las técnicas especializadas, su conocimiento y su profesión. Para esto, el presente trabajo se ha estructurado en cuatro capítulos, estableciendo en el primero un análisis del derecho a la salud en nuestro país, un poco de historia y reflexiones acerca de ésta, así como de una comparativa de la problemática particular de la relación médico-paciente en dos ámbitos en nuestro país a saber, en la relación que se da dentro del ámbito de los hospitales del sector salud, con todas sus carencias, y dentro de los hospitales pertenecientes a la iniciativa privada. Aunado a lo anterior se enuncian temas más específicos para su mejor comprensión y para abordar la parte total de la presente investigación.

Por su parte en el segundo capítulo se enuncian conceptos básicos y fundamentales para entender y comprender, tanto la rigurosidad con que es regida la comunidad médica en sus actos, a través de sus estrictos código deontológico, esto para comprender el grado de responsabilidad y

compromiso con que los profesionales de la medicina, es decir, los médicos toman sus deberes y el compromiso social que juran defender, hasta la relación de nuestra materia con la medicina, de aquí la importancia de la relación médico-abogado, que pocos entienden, comprenden y hasta justifican, con lo que se llega a entender la gran ignorancia de la sociedad en general en lo referente a éstos temas. Y sobre todo la evolución del consentimiento informado visto a través de su historia y evolución, mismos que nos llevarán a determinar la importancia de nuestra propuesta a fin de proteger, garantizar, clarificar y sobre todo a dar certeza jurídica a la comunidad médica, con lo que y por consiguiente, se le dará certeza, tanto y quizás suene redundante pero es la parte más importante de este proyecto, al paciente al tener un médico tratante que lo único que deba estar pensando es en curar y no en evitar demandas, como al profesional de la medicina.

En el tercer capítulo se abordará al consentimiento informado en nuestro país propiamente, su marco jurídico, su problemática actual, la inclusión a través de una norma oficial en el expediente clínico, lo limitado de sus características. Lo anterior en virtud de que al no tener un consentimiento informado claro y definido en sus bases, la comunidad médica, ha tenido que recurrir a una práctica un tanto dura, toda vez que al no contar con la propuesta que se incluye en la presente investigación, y que incluso a ella misma le es muy difícil de tocar, de aceptar, es decir, la medicina defensiva, la cual es piedra angular de la problemática médica nacida del temor a las demandas y alimentada por el descuido y menosprecio de la legislación actual, les obstruye y les impide su legítimo accionar y realizar.

En el cuarto capítulo, parte medular de la presente tesis, se abordará y se planteará una propuesta muy específica, clara, objetiva y hasta cierto modo muy simple, con la cual de llevarse a cabo se daría certeza jurídica a la comunidad médica, toda vez que de aplicarse y concretarse la propuesta en comento, el médico y profesional de la medicina sólo y únicamente estaría ocupado y no preocupado en poner sus conocimientos en beneficio del paciente, con lo cual se evitaría el gran desgaste psíquico y anímico de que en su accionar, genere demandas médicas. Todo esto con la consiguiente tranquilidad por parte del paciente al saber y conocer que su médico tratante se encuentre tranquilo y con certidumbre jurídica al momento de estar haciendo su “trabajo”, lo cual se consideraría muy importante. En este orden de ideas y de manera que podamos entender la responsabilidad del Médico en nuestra sociedad y la importancia de su profesión, cabe mencionar una reflexión:

Desde el momento de la concepción, pasando por el nacimiento, el desarrollo con sus diferentes etapas: niñez, pubertad y adolescencia con todos sus problemas tanto físicos como emocionales, adultez, vejez y en muchas ocasiones hasta el momento de nuestra muerte, estamos en manos y bajo la responsabilidad de un médico con lo que podemos manifestar una frase muy de uso corriente que reza: “ que tarde o temprano todos llegamos a ser un paciente”.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

CAPÍTULO I EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

En el presente capítulo se expondrán el marco jurídico, los conceptos y los temas referentes al ámbito de la salud en México. De igual forma se analizarán las perspectivas de la problemática actual que enfrenta el profesional de la salud, así como del receptor del servicio o el paciente.

1.1 El artículo 4to Constitucional

La salud es un derecho de 1ª generación que está consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos y también en nuestra Constitución Política, teniendo con ello entonces la categoría de Garantía Constitucional; pero llegar a esta formulación demandó muchos años de esfuerzos por parte de múltiples actores, no sólo del campo de la salud sino también en el ámbito de los derechos humanos. Cada una de esas palabras, tanto Salud como Derecho, y las obligaciones que resultan de su consagración como tal, han sido y siguen siendo objeto de debates desde distintas áreas disciplinarias y diversas corrientes políticas. Por ese motivo, estos conceptos son polémicos, abiertos y en permanente construcción. Pero sólo se abordará en la presente el punto de vista jurídico y social.

El derecho humano a la salud ha sido analizado durante mucho tiempo, por lo que se puede iniciar definiendo a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia

de dolencia o enfermedad, según la definición hecha por el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, y en la cual tiene como características, por un lado, el ser un derecho intrínseco e inherente al ser humano, y por el otro, ser condición preponderante para el ejercicio de otros derechos.

En ningún otro derecho como en el de la salud se observa la interdependencia entre los derechos tan claramente como en éste, ya que a la vez la salud depende de otros derechos. A veces las condiciones de salud de una persona varían según el grado de libertad que viva, o de la vivienda que habite, del acceso a alimentación adecuada, al vestido y al trabajo. Sin embargo, no siempre la salud fue considerada un derecho.

Un síntoma de las dificultades para consagrar a la salud como un derecho, lo da el hecho de que cuando hubo que plasmar en tratados obligatorios los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se les dividió en dos pactos: por un lado, los derechos civiles y políticos, cuya obligatoriedad era inmediata; y por el otro, los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se encuentra la salud, y en los cuales el Estado debe proveer de manera progresiva, en la medida que cuente con los recursos necesarios.

Esta división no podría entenderse si no se la inscribe en el marco del debate político que se daba en esos años, en plena guerra fría, entre el bloque occidental liderado por Estados Unidos y la Unión Soviética. Así, mientras el primero abogaba por los derechos civiles y políticos, ligados al eje de las libertades, la segunda exigía como prioritarios los derechos económicos y sociales, conectados a las necesidades como educación, salud, vivienda, los cuales fueron tildados de derechos caros, porque en su mayoría requerían inversiones estatales para su cumplimiento.

Esta disputa se prolongó durante varios años y finalizó en 1966 con la firma de dos pactos separados, con distinta eficacia y obligatoriedad y como lo señala Casamadrid (2004, p.31)

“Debido a ello, los derechos civiles y políticos fueron inmediatamente exigibles y obligatorios mientras que respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados debieron adoptar medidas para que en forma progresiva y en la medida de los recursos disponibles, pudieran implementarse. El derecho a la salud aparece en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que se puede exigir al Estado su cumplimiento”.

No obstante lo ya mencionado los Estados se olvidaron que si bien los derechos debían lograrse de manera paulatina, el objetivo debía adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del pacto.

La obligación de progresividad implicaba la de no retroactividad. Dicho en otras palabras, no se puede retroceder en la implementación, o tomar medidas que disminuyan este derecho. Por ejemplo, de acuerdo a esta

normativa, no se podían recortar fondos destinados a la salud, y las medidas que recortaran estos derechos serían inconstitucionales. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, en 1993, se concluyó que estos derechos tienen la misma categoría, importancia, origen, titular y destinatario que los demás, y pertenecen a todos los miembros de la familia humana y son exigibles al Estado, el cual está obligado a su promoción y protección.

El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Como lo menciona Casamadrid (2004, p.35)

“Este derecho está consagrado de manera extensa en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual nos dice que en los Estados, las partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Entre las medidas que deberían adoptar los Estados en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarían las necesarias para:

- La reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños y niñas.
- El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente.
- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.

- La creación de las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura la de que toda persona es libre de controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual, el estar libre de torturas o de padecer tratamientos médicos no consensuales. Entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, dentro de un Estado pluralista, que impida las discriminaciones de todo tipo.

El derecho a la salud está consagrado en numerosos instrumentos de derecho internacional.

“La Declaración Universal de Derechos Humanos lo insta en el artículo 25, párrafo 1, cuando afirma que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. También está reconocido en el inciso IV, apartado e), del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. En esta Convención se obliga al Estado a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a planificación de la familia.” (Casamadrid 2004, p.45).

El Derecho a la salud, entonces, se debe entender como la rama del derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y su protección, entendida la salud como una actitud de armonía que abarca los estados de completo bienestar físico, mental y social, logrado en un medio ambiente que garantice la manutención de este equilibrio.

Una vez acotados los preceptos anteriores se hace conveniente mencionar en el presente los antecedentes del derecho a la salud en nuestro país.

El proceso de reforma de la salud en México tiene sus antecedentes en los años setenta cuando se empezó a discutir, entre otros temas, la relación entre los resultados de la industrialización y la complejidad del cuadro de enfermedades caracterizado por la superposición de las enfermedades de la pobreza con las del desarrollo.

En 1983 se arranca un proceso de reconfiguración de la base institucional del sector salud que todavía está en curso.

“Esa reconfiguración hacia un nuevo modelo institucional-organizacional fue concomitante a la aceptación, por el gobierno mexicano, de la agenda de ajuste estructural capitaneada por los organismos financieros internacionales que, entre otras cosas, pretendía disminuir el papel del Estado en la conducción del desarrollo económico y social. La reforma en cuestión [...] fue llevada a cabo en una situación político-institucional y socio-sanitaria que se consolidó y expandió bajo la hegemonía ideológica de un Estado intervencionista – priísta. Por un lado, la Secretaría de Salubridad y Asistencia, que actuó sobre las condiciones de salud de la población en general y

promovió políticas médico-sanitarias. Y por otro lado, las instituciones de Seguridad Social específicamente diseñadas para algunas categorías profesionales, dirigidas a restaurar la salud individual de los trabajadores vinculados a los sectores más dinámicos de la economía y a responder a las demandas de las organizaciones corporativas del sector obrero y de servicios.” (Soberón 1999, p.10)

Este complejo institucional fue considerado exitoso hasta la mitad de la década de los setenta, tanto por los médicos como por la industria privada, y por las propias fuerzas políticas articuladas en torno del hegemónico PRI y, en particular, los sectores obrero y empresarial.

El delineamiento de conflictos políticos en el interior de la estructura de poder sectorial fue en parte encausado por los resultados contradictorios del crecimiento económico y produjo divisiones dentro del sanitarismo comprometido con el régimen. Dichos conflictos alimentaron, en el seno de algunos grupos vinculados al PRI, la necesidad de renovar las élites técnico-políticas del campo de la salud identificadas con las prácticas clientelares-corporativas, características del priísmo y en la actualidad del perredismo, sustituyéndolas por otras más sensibles a un cuadro de demandas propio de una sociedad compleja donde configura, al lado de los reclamos de servicios públicos de salud, una naciente clase media urbana que presionó la expansión de la atención médica curativa.

En ese proceso, se destacó un grupo de médicos que reclamaban la necesidad de introducir elementos de planificación y mejorar la formación de recursos humanos para modernizar el desempeño de las instituciones

públicas. En el centro de sus preocupaciones estaban los altos costos de la atención médica, la mala distribución de los recursos médico-sanitarios, los limitados resultados de las intervenciones sobre las enfermedades de la pobreza, y la presión de los médicos recién formados sobre el mercado de trabajo.

Como resultado de estas preocupaciones y de los vínculos políticos de ese grupo con el Estado, fue designado para la Secretaría de Salubridad y Asistencia, en el gobierno de Miguel de la Madrid Hurtado, un bioquímico proveniente de la investigación básica y ex-rector de la UNAM, el Dr. Guillermo Soberón. Al respecto Casamadrid (2004, p.51) señala que:

“Su designación representó una ruptura con la tradición prevaleciente en el sector, [...] que mandaba nombrar para ese tipo de cargos a expertos en salud pública, o bien a funcionarios con trayectoria en la gestión estatal de los servicios de salud. El resultado fue la puesta en práctica de la propuesta conocida como Reforma Estructural. Dicha propuesta buscaba mejorar el acceso a los servicios de salud y racionalizar recursos a través de la integración de las instituciones de Seguridad Social con las de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, bajo la coordinación de esta última, [...] constituyendo un Sistema Nacional de Salud descentralizado, ágil, y que contara con la participación de los diferentes niveles de gobierno y de prestadores de servicios de salud públicos, privados y sociales.”

La puesta en práctica de ese proyecto, para el cual fueron necesarias nuevas bases jurídicas y modificaciones en la Secretaría de Salud basadas en una concepción centralizadora del poder en las manos del Secretario, representó una amenaza a los intereses de determinados segmentos sociales

y de poder del sector salud. Tanto la burocracia del IMSS, la cual era aliada al sindicalismo oficial, como también gobernadores y sindicatos en contra de la descentralización y segmentos de la burocracia de salubridad contrarios a los rumbos que estaba tomando la política de salud movilizaron sus recursos políticos para obstaculizar la acción del Secretario de Salud. Además, los cambios fueron ejecutados por un nuevo grupo técnico-profesionista y político, compuesto de juristas, administradores y médicos oriundos de la UNAM, muchos de los cuales acompañaban a Soberón desde los años de su ejercicio como rector. La entrada de esos profesionistas provocó el desplazamiento de médicos y enfermeras tradicionales y fue mal vista porque ellos venían de áreas ajenas al sector salud o habían sido formados en el exterior, sin vivencia, sensibilidad y conocimientos suficientes para actuar junto a la población carente de México.

Estos cambios se dieron en una coyuntura de desempleo y de disminución del poder adquisitivo del sector obrero, en la cual las negociaciones político-económicas para buscar una salida a la crisis necesitaban contar con el aval de los trabajadores y de los políticos del PRI. A eso se sumaba la poca legitimidad de la Secretaría de Salud, tanto los grupos asistidos como a los trabajadores de la seguridad social, debido, en parte, a las diferencias presupuestales, de servicios, de instalaciones, de equipos y de salarios. Dado lo anterior, el proyecto de Reforma Estructural terminó por ser bloqueado y asentó las bases jurídicas de los cambios futuros y comenzó a debilitar la estructura de poder anterior.

Al igual que en otras dependencias federales de finales del período del presidente Miguel de la Madrid Hurtado, como lo menciona Casamadrid (2004, p.56).

“la situación en las instituciones de salud había cambiado. No sólo los recursos fueron reducidos y con ellos la capacidad para generar servicios y empleos, como también fueron afectados el prestigio y el alcance del poder de la burocracia, la cual, al igual que el corporativismo y sus aliados políticos, estaba siendo sometida a una fuerte crítica por parte de grupos de la sociedad civil, en particular del sector empresarial. Como parte de esos cambios, nuevos técnicos, con un discurso racionalizado y, en cierta medida, de espaldas a la retórica revolucionaria, ocuparon posiciones importantes en las instituciones de salud. En la Secretaría del ramo, por ejemplo, fue creado, en 1984, el Centro de Investigación en Salud Pública, para asesorar al secretario en la toma de decisiones a través de una producción de información no sesgada y libre de presión política.”

Afortunadamente surgió una nueva corriente encabezada por ex alumnos de la UNAM, que, bajo el liderazgo del doctor Julio Frenk, empezaron a formular un nuevo concepto para la salud pública, lo que fue llamado la Nueva Salud Pública. En donde y como señala Casamadrid (2004, p.58)

“Se trataba de una novel especialización del campo médico referida a la salud de las poblaciones, cuyo objetivo era dar a conocer las necesidades de la población, y solucionar la demanda de forma a establecer un equilibrio entre esas necesidades y los recursos, definidos por ellos mismos como escasos. En ese sentido, la Nueva Salud Pública debería producir información, nuevos indicadores y prácticas de gerencia dirigidos a fortalecer la capacidad de gestión de los sistemas de salud y orientar la toma de decisiones,

interponiendo esas informaciones entre el médico y su práctica y entre el servicio y la sociedad.”

La nueva corriente denominada técnico-científica, también conocida como neosalubrista, asumió una dimensión más institucionalizada cuando el doctor Soberón creó el Instituto Nacional de Salud Pública, en 1987, desplazando la antigua Escuela Nacional de Salud Pública de las tareas de formación de recursos humanos, producción y reproducción del conocimiento. El nuevo instituto tuvo la misión de ser la vanguardia de la reforma del sector salud, y conferir rango académico a la Nueva Salud Pública, al tiempo en que diseñaría las alternativas de políticas sectoriales y formaría recursos humanos para la salud. El Dr. Soberón también garantizó la influencia de la nueva corriente al exterior del ámbito técnico-científico. Convocó a un grupo selecto de empresarios a crear la FUNSALUD, o Fundación Nacional de Salud, para atenuar posibles faltas de continuidad consecuentes a la cronología sexenal.

La Fundación surgió así como una institución no-corporativa, con una exclusiva membresía compuesta por cuadros del sector médico, miembros destacados del PRI y del sector empresarial, algunos de los cuales con intereses económicos directos en el sector salud en particular, en el mercado de vidrio, en materiales plásticos y otros insumos de la industria químico-farmacéutica. Algunos de estos empresarios eran próximos al gobierno y a su partido y otros más cercanos al PAN.

Para su desarrollo institucional, FUNSALUD contó también desde el inicio con el apoyo financiero de grandes fundaciones privadas de Estados Unidos

de Norteamérica, centros de poder económico y político, entre ellas, la Corporación Carnegie de Nueva York. Su patrimonio inicial fue constituido por las aportaciones de los socios y por donativos en igual monto del gobierno federal, durante la gestión del doctor Soberón como secretario de Salud. Tiempo después, al ser designado Carlos Salinas de Gortari como candidato del Partido Revolucionario Institucional para el nuevo período de gobierno, los neosalubristas estaban en condiciones de continuar a influir en la pugna por el control de las orientaciones de desarrollo del modelo médico de atención.

Para los neosalubristas, el candidato anunciado representaba la continuidad de la política de apertura económica puesta en práctica por Miguel de la Madrid Hurtado, aunque ellos apostaban en un nuevo reacomodo de los grupos de poder capaz de dar sustento político a los cambios iniciados en el ámbito de la reforma del sector salud, así como en la institucionalización de nuevas formas de relación entre el Estado y la sociedad.

En esos momentos, los neosalubristas consideraban que los cambios económicos y políticos eran irreversibles y que el reto consistía en hacer uso oportuno de los momentos de crisis para cimentar bases de poder que permitieran controlar el proceso de cambio que la reforma requería. Para eso, FUNSALUD, que había sido pensada tan sólo como un canal de influencia del sector privado junto a las políticas de salud, logró transformarse en un actor social que demandaba un espacio de participación en la toma de decisiones, y que postulaba con firmeza un cambio de

orientación en el modelo de organización de los servicios de salud, de un orientado por la lógica del público a otro, bajo la lógica del privado. En esa lucha, los neosalubristas desempeñaron un rol importante de constructores y operadores del enclave técnico-científico de la reforma.

Después de la controvertida victoria del candidato del PRI, Carlos Salinas de Gortari, para el período de 1988-1994, el país pasó por momentos político-ideológicos importantes, marcados por la rearticulación de fuerzas políticas, económicas y sociales como parte de un proyecto mayor de reforma del propio Estado mexicano, en lo cual el presidente entrante hizo uso de la política social para organizar nuevas bases de apoyo. En el encaje de las piezas que preparaba el ejercicio del poder por parte del nuevo presidente, Carlos Salinas de Gortari, el titular de la Secretaría de Salud designado, resultó ser ajeno a los investigadores nutridos de los valores y conocimientos de la Nueva Salud Pública, contrariando la expectativa del Dr. Soberón.

El nuevo titular era el médico-militar Jesús Kumate, aún un próximo ex-colaborador de Soberón en la Secretaría, miembro de la Academia de Medicina y del Colegio Nacional, e investigador con tradición, y el cual no dió seguimiento a la política de su antecesor, pautada por el enfrentamiento con los grupos tradicionales del sector salud.

Por otro lado, la principal agencia de elaboración de políticas sociales del período de Carlos Salinas de Gortari pasó a ser el recién creado Programa Nacional de Solidaridad o dicho de otro modo, PRONASOL, elaborado bajo la

coordinación de un grupo de intelectuales de izquierda de lo cual los neosalubristas no formaban parte. La reforma del sector salud en su dimensión institucional-organizacional fue postergada, mientras se buscó renegociar los compromisos institucionalizados con el sector obrero y promover una nueva sociabilidad, políticamente orientada por los postulados y programas de PRONASOL.

En ese contexto, en su propósito por obrar a favor de la reforma del sector salud, los neosalubristas se empeñaron en transformar el nuevo INSP o Instituto Nacional de Salud Pública, en una institución de enclave técnico-científica de la reforma, al mismo tiempo que buscaban hacer de FUNSALUD un medio pensado de los intereses del sector privado para con la salud. La nueva orientación científica de la salud pública practicada por los neosalubristas fue respaldada tanto por un selecto grupo de médicos de la Academia Nacional de Medicina, y en la cual algunos de los neosalubristas pasaron a integrar, como también por el principal órgano de apoyo a la investigación científica, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología : CONACYT.

"FUNSALUD dirigió parte de sus energías a actividades filantrópicas y acciones altruistas para demostrar la preocupación del sector privado con la salud de la población, y para probar que una nueva lógica actuaba en la manera de abordar esos problemas, que articulaba la salud del individuo con la de más salud por el dinero que se invierte. En la visión del doctor Soberón, el sistema de salud mexicano estaba pasando por otro momento sin haber terminado todavía el cambio estructural. Ahora, la salud es un elemento fundamental de la economía de los países y en la actualidad se gasta mucho dinero en salud y hay preocupación porque los costos siguen creciendo y, además, ahora ya no

estaría obteniendo dividendos por el dinero que se gasta. Hace falta más dinero para la salud, pero también hace falta más salud por el dinero que se invierte y ésta era una gran preocupación.” (Soberón 1999, p.33)

Las actividades, realizadas por FUNSALUD con recursos aportados principalmente por el sector privado, contemplaban desde acciones de intervención directa hasta apoyos financieros para la formación de cuadros y para la promoción de investigación científica. Al actuar en el ámbito asistencialista, los neosalubristas estaban de acorde con la nueva orientación de la política social del gobierno mexicano que, cada vez más, incentivaba la participación de otros sectores sociales en la prestación de servicios asistenciales, y, al mismo tiempo, se afinaba con la cultura política de las grandes fundaciones privadas de Estados Unidos, sus asociadas.

FUNSALUD acotó Soberón,

“[...] se empeñó también en erigirse en importante vehículo de divulgación y defensa de la reforma, y en el promotor de una nueva agenda de investigación, afinada con los parámetros de las agencias internacionales de desarrollo, en particular del Banco Mundial. Eso se tornó posible con la creación, en 1993, de una nueva sección de FUNSALUD, llamada Economía y Salud, concebida como un centro de estudios y de opinión del sector privado. El nuevo organismo fue puesto bajo la dirección del doctor Julio Frenk, recién llegado de estancias de formación e investigación en la Universidad de Harvard en los Estados Unidos de Norteamérica, donde había convivido con los autores del Informe sobre el desarrollo mundial. Con la creación del Centro, FUNSALUD comenzó a manifestar, en diferentes publicaciones, su intención de ocupar, a través del nuevo organismo, tanto en el plan nacional como en otros países del Tercer Mundo, el lugar de inteligencia institucional de sistemas de salud

capaces de responder a las necesidades específicas de cada situación y de apoyar a los respectivos gobiernos en sus intentos de reforma sectorial. Como parte de ese esfuerzo, Economía y Salud apoyó el discurso de la crisis del modelo estatal de atención a la salud, a través de la elaboración de diagnósticos y de la realización de encuestas, que fueron consideradas como expresión de la voz activa de los ciudadanos, con el propósito de abogar por la extracción de los elementos nocivos de los sistemas de salud. Esa producción fue plasmada en diferentes publicaciones de la propia FUNSALUD, en particular en los libros Economía y Salud del año de 1994 y Observatorio de la Salud de 1997".(1999, p.35)

La Fundación también recibió a partir de 1997 apoyo financiero para fomentar, financiar y divulgar investigaciones sobre las reformas sectoriales en todo el mundo, creando el programa International Clearinghouse for Health, Sector Reform Initiative o también conocido por C.H.S.R.I, por sus siglas en Inglés, financiado con recursos provenientes del Banco Mundial, de la Fundación Rockefeller y de la Organización Mundial de la Salud, que actuó hasta el año 2000.

Como parte del proyecto ideológico de difusión de determinada concepción de reforma sectorial articulada a una propuesta de divulgación de resultados de investigación para apoyar el status sectorial, fue creado el Núcleo de Acopio, Análisis y Difusión de Información sobre Iniciativas de Reforma o mejor conocido como: NAADIR, vinculado al CHSRI, que en un primer momento, publicó el boletín internacional llamado: *Informing and Reforming*, de ámbito mundial, y, posteriormente, desde 1999, para la región de América Latina, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo.

Con la creación del Centro, FUNSALUD comenzó a manifestar, en diferentes publicaciones, su intención de ocupar, a través del nuevo organismo, tanto en el plan nacional como en otros países del Tercer Mundo, el lugar de inteligencia institucional de sistemas de salud capaces de responder a las necesidades específicas de cada situación y de apoyar a los respectivos gobiernos en sus intentos de reforma sectorial. Como parte de ese esfuerzo, Economía y Salud apoyó el discurso de la crisis del modelo estatal de atención a la salud, a través de la elaboración de diagnósticos y de la realización de encuestas, que fueron consideradas como expresión de la voz activa de los ciudadanos, con el propósito de abogar por la extracción de los elementos nocivos de los sistemas de salud. Esa producción fue plasmada en diferentes publicaciones de la propia FUNSALUD, en particular en los libros Economía y Salud del año de 1994 y Observatorio de la Salud de 1997.

Resulta evidente que la creación, consolidación y expansión de FUNSALUD son indicativos de modificaciones importantes en las relaciones de poder del sector y en las formas de relacionarse, el Estado, la sociedad y el mercado en el sector salud, aunque no sea posible afirmar, por lo menos por ahora, que dicho proceso se haya inscrito en una trayectoria de democratización y de resultados positivos con relación al proceso salud-enfermedad-atención, en particular para los grupos excluidos del mercado.

A su vez, la victoria del presidente Vicente Fox Quesada en el año 2000, candidato del Partido Acción Nacional, conocido por sus posiciones de centro-derecha, y como Casamadrid lo menciona,

“[...] cierra un ciclo de 70 años del Partido Revolucionario Institucional en el poder, y la indicación, con el apoyo del sector privado, del Dr. Julio Frenk como Secretario de Salud, sacrificando incluso candidatos panistas, consolida una tendencia inaugurada en 1982 en el ámbito del ejecutivo nacional, de pérdida de fuerza de la visión de la salud como un derecho social garantizado por el Estado a una basada en el poder de compra del consumidor. Es en ese marco que surge la propuesta, anunciada en junio de 2001 por el secretario, de crear un Seguro Popular para la Salud, formulada por FUNSALUD y apoyada por las Instituciones de Servicios Especializados en Salud o también conocidas como: ISES las cuales fueron creadas en 1999, en los últimos días del gobierno de Ernesto Zedillo Ponce de León y con la finalidad de normar el mercado de seguros médicos privados”. (2004, p.69)

El Seguro Popular para la Salud sería una estrategia que permitiría canalizar para el sector privado a través de las aseguradoras, los llamados gastos de bolsillo de muchos millones de mexicanos pobres que no tienen acceso a la seguridad social y que no logran ser atendidos en los servicios públicos. El impacto esperado de esa medida sería más sobre la organización del mercado de servicios privados y el acceso a determinados servicios de salud que sobre la equidad y la promoción de la salud, problemas estructurales del sistema de salud en proceso de reforma. Sin embargo, el curso de esas decisiones será determinado por el juego de las alianzas entre el actual secretario del ramo y el sector privado, como también por el proyecto de legitimidad del Partido Acción Nacional y por la presión de otras fuerzas políticas presentes en la sociedad. Entre éstas en particular la del Partido de la Revolución Democrática, que actualmente gobierna la Ciudad de México y otros estados y que se han empeñado en permanecer en el poder a toda costa y con lo cual han dejado en el abandono la salud y otras

actividades, así como también, el sector sindical y el Partido Revolucionario Institucional. Es así como se ha reseñado el derecho a la salud, mismo que nuestro texto constitucional federal prevé en el cuarto párrafo del artículo cuarto que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución”. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2005, p. 50).

1.2 La ley General de Salud

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra como ya se ha definido, en el artículo 4to la garantía de la protección a la salud. El Artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece las atribuciones de la Secretaría de Salud, entre las que se encuentra actuar como autoridad sanitaria y ejercer las facultades en materia de salubridad general que las leyes le confieren al Ejecutivo Federal, vigilar el cumplimiento de la Ley General de Salud, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables. La Ley General de Salud, establece en el artículo 17 bis las facultades de la Secretaría de Salud, mismas que ejerce a través de la COFEPRIS o Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, para la regulación, el control y el fomento sanitarios en materia de: establecimientos de salud, de disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes, de disposición de sangre, medicamentos,

remedios herbolarios y otros insumos para la salud, alimentos y suplementos alimenticios, bebidas alcohólicas y bebidas no alcohólicas, productos de perfumería, belleza y aseo, tabaco, plaguicidas y fertilizantes, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, químicos esenciales, precursores químicos, estupefacientes y psicotrópicos, productos biotecnológicos, materias primas y aditivos, así como los establecimientos dedicados al proceso o almacenamiento de éstos, fuentes de radiación ionizante para uso médico, efectos nocivos de los factores ambientales en la salud humana, salud ocupacional, saneamiento básico, importaciones y exportaciones, publicidad y promoción de las actividades, productos y servicios a que se refiere la Ley y demás disposiciones aplicables, sanidad internacional y en general, los requisitos de condición sanitaria que deben cubrir los procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionados con las materias anteriormente descritas, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 3ro de su Reglamento.

Así, conforme al citado artículo, a la COFEPRIS le corresponde identificar, analizar, evaluar, regular, controlar, fomentar y difundir las condiciones y requisitos para la prevención y manejo de los riesgos sanitarios, expedir certificados oficiales de la condición sanitaria de procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionadas con las materias de su competencia, emitir, prorrogar o revocar las autorizaciones sanitarias en las materias de su competencia, así como ejercer aquellos actos de autoridad que para la regulación, control y fomento sanitarios se establecen o deriven de la Ley y sus reglamentos, las normas oficiales mexicanas, el presente Reglamento y las demás disposiciones aplicables, aplicar

estrategias de investigación, evaluación y seguimiento de riesgos sanitarios, conjuntamente o en coadyuvancia con otras autoridades competentes, imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de disposiciones de la Ley, sus reglamentos y demás ordenamientos aplicables, así como determinar medidas de seguridad, preventivas y correctivas, en el ámbito de su competencia, ejercer las acciones de control, regulación y fomento sanitario correspondientes, para prevenir y reducir los riesgos sanitarios derivados de la exposición de la población a factores químicos, físicos y biológicos y participar, en coordinación con las unidades administrativas correspondientes de la Secretaría, en la instrumentación de las acciones de prevención y control de enfermedades, así como de vigilancia epidemiológica, cuando éstas se relacionen con los riesgos sanitarios derivados de los procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades, entre otras.

Se han emitido diversos Reglamentos relacionados con la salud en nuestro país, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- El Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios, tiene por objeto la regulación, control y fomento sanitario del proceso, importación y exportación, así como de las actividades, servicios y establecimientos, relacionados con la leche, sus productos y derivados, el huevo y sus productos, la carne y sus productos, los de la pesca y derivados, frutas, hortalizas y sus derivados, bebidas no alcohólicas, productos para prepararlas y congelados de las mismas, cereales, leguminosas, sus productos y botanas, aceites y grasas comestibles, cacao, café, té y sus

derivados, alimentos preparados, alimentos preparados listos para su consumo, alimentos para lactantes y niños de corta edad, condimentos y aderezos, edulcorantes, sus derivados y productos de confitería, alimentos y bebidas no alcohólicas con modificaciones en su composición, productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, bebidas alcohólicas, tabaco, productos de perfumería, belleza, aseo y repelentes de insectos, aditivos, y los demás que, por su naturaleza y características, sean considerados como alimentos, bebidas, productos de perfumería, belleza o aseo o tabaco, así como las sustancias asociadas con su proceso, así como el envase, envasado e irradiación de los productos antes precisados.

- El Reglamento de Insumos para la Salud que reglamenta el control sanitario de los insumos y de los remedios herbolarios, así como el de los establecimientos, actividades y servicios relacionados con los mismos.
- El Reglamento de la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas y/o Comprimidos, que se encarga de el control de las actividades reguladas y la coordinación entre las dependencias competentes para aplicar la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas y/o Comprimidos.
- El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, que reglamenta el control sanitario de la publicidad de los productos, servicios y actividades a que se refiere la Ley General de Salud.

- El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Sanidad Internacional, que tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, a la observancia de la Ley General de Salud en lo que se refiere a Sanidad internacional.
- El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que tiene como objetivo proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere a la prestación de servicios de atención médica.
- El Reglamento sobre Consumo de Tabaco, que protege la salud de las personas de los efectos nocivos causados por la exposición al humo del tabaco, con la reducción del consumo de éste, principalmente, en lugares públicos cerrados.
- El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios, que establecerá el control, fomento y regulación sanitarios sobre actividades, establecimientos, productos y servicios, a fin de que constituyan una herramienta en la consecución de la salud de la población, estableciendo los mecanismos de vigilancia e inspección de los productos y servicios, con el propósito de evitar un riesgo a la salud de las personas;
- El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, y Cadáveres de Seres Humanos, que tiene como función el de establecer, en la esfera administrativa, el

cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

1.3 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica

Como ya se ha especificado, la Ley General de Salud clasifica a los servicios de salud en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social, pero la que hoy nos ocupa es la de atención médica, entendiéndose ésta como el conjunto de servicios que se proporcionen al individuo con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

“Los servicios de atención médica representan un medio para la conservación y protección de la salud de las personas, involucrando actividades de prevención, curación y rehabilitación; por lo que a la Secretaría de Salud corresponde el control de la prestación de servicios de atención médica, como materia de salubridad general, siendo necesario que esta dependencia cuente con los instrumentos legales y reglamentarios para realizar específicamente sus atribuciones. Así mismo, este reglamento se expidió para supervisar tanto el funcionamiento, la sanidad e instrumento para ello diversos mecanismos contemplados en este reglamento, el cual tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere a la prestación de servicios de atención médica.” (Laurell 2001, p.9)

1.4 La defensa del Derecho a la salud en México

La presente investigación se enfoca a diversos tópicos de carácter teórico-científico para tratar de enumerar ciertos resultados. La defensa del derecho a la salud se encuentra mimetizada en las luchas políticas del poder actual, ya que los políticos lo han hecho a un lado, y esto se refleja en las instituciones del poder judicial en sus diferentes ámbitos de aplicación. No obstante en el presente trabajo se enunciará única y exclusivamente la problemática teórica.

Pelayo (1997, p.15) señala,

“ Es así que puede entenderse que el bien jurídico a proteger será el derecho que tiene como fin la justicia entendida como un elemento constitutivo de la equidad y como aplicación de una serie de principios superiores íntimamente vinculados a lo ético. La búsqueda de la equidad se ve influida por las transformaciones en la percepción de la naturaleza del bien jurídico a proteger y su articulación en el marco de la justicia distributiva. La naturaleza del bien jurídico a proteger, se asocia, a su vez, al concepto de bien común como construcción u objetivo social; como tal, encuentra sustento en los fines que persigue la sociedad. Si bien las normas jurídicas deben evolucionar con el propósito de adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, en el caso de la salud, dicha evolución no puede perder de vista su carácter de bien público y su asociación con la justicia distributiva, ni la obligación del Estado de garantizarla y crear condiciones para hacerla efectiva.

El bien jurídico a proteger se sustenta en una serie de mandatos que constituyen la base del sistema normativo como un todo, tanto en relación con el derecho nacional como con el internacional. El principal referente de la salud

en el derecho nacional se encuentra en preceptos constitucionales, en su carácter de normas supremas del Estado a las cuales deben ceñirse todas las demás.”

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por su parte, sientan una ética mundial y crean para los Estados que los suscriben y ratifican la obligación de emitir legislación dirigida al cumplimiento de sus principios. Estos instrumentos internacionales de ámbito mundial o regional contienen disposiciones que fundamentan la salud como un derecho con carácter general, o en consideración a las necesidades específicas de grupos más desprotegidos. Como tales, aportan un contenido importante en la construcción del bien jurídico asociado a ella.

En los últimos años un nuevo tipo de compromisos internacionales surgidos de la Organización Mundial del Comercio, OMC, y a los cuales los países también deben ajustar sus legislaciones, se encuentra ejerciendo influencia sobre la configuración del bien jurídico que es la salud con base en un nuevo sistema de intercambio comercial. Uno de los efectos más importantes de este sistema sobre la salud se hace notorio en el impacto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos a los Medicamentos, al conferir a las patentes una vigencia de 20 años. Con el propósito de contener los costos en la producción de medicamentos y garantizar el acceso a ellos y sobre todo en relación con el VIH y el sida, la República de Sudáfrica, Brasil y la India han emitido disposiciones que permiten su fabricación nacional o la importación de fármacos genéricos. Al mismo tiempo, una nueva gobernabilidad internacional sustentada en la acción de varias organizaciones no gubernamentales, ONG, llevó a los delegados de la

Conferencia Ministerial de la OMC reunidos en Doha, Qatar, en noviembre de 2001, a reconocer que el TRIPS puede y debe ser interpretado de forma tal que permita a los miembros de la OMC proteger la salud pública y promover el acceso a los medicamentos, y ejercer el derecho a determinar lo que constituye una emergencia nacional u otra circunstancia que justifique la concesión de las licencias obligatorias para la fabricación local de los mismos.

Para entender la eficacia de la norma jurídica es necesario distinguir entre la capacidad de la legislación de contribuir al logro de la equidad en relación con los fines y propósitos que persigue la cobertura normativa que se haya logrado a través de la misma, y su capacidad para hacerlos efectivos; mejor dicho, de su capacidad para crear condiciones que permitan que sus principios sean conducentes a las políticas que los sustentan. Es aquí donde debe encontrarse la tercera variable de análisis, es decir, la que guarda relación con la creación, también en el marco del derecho, de los medios que permitan actuar en favor del cumplimiento de las normas, toda vez que éstas sean desatendidas. Esta visión, que constituye otra medida de la equidad, se traduce en la necesidad de contar con mecanismos que permitan a los individuos reclamar sus derechos más eficazmente, a la vez que implica una transformación en la función judicial y el fortalecimiento de las nuevas instancias para la resolución del litigio.

A partir de la mitad de 1980, se produce una suerte de modernización de los mecanismos de reclamación de los derechos garantizados constitucionalmente. Además, las figuras como el juicio de amparo e instancias como el Ministerio Público, adquieren rango constitucional otras

distintas, como la protección de los derechos difusos o colectivos por medio de la cual cualquier persona puede reclamar ante las autoridades la trasgresión de un derecho relativo al medio ambiente, la salud o al patrimonio colectivo, el defensor del las garantías del mexicano, que con mayor o menor grado de variación tiene por función defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, a la vez que observar la calidad de los servicios, y la protección de los derechos de todos.

Como medio para hacer más eficiente el ejercicio de los derechos asociados a la salud, ha surgido inquietudes en cuanto a la modernización de la función judicial y la creación de nuevos mecanismos para la resolución del conflicto. La primera tiene que ver con la necesidad de capacitar a los jueces para la resolución de causas asociadas a la salud, sobre todo en términos de acceso a la información y bibliografía aplicables, y en cuanto a la relevancia del derecho y la legislación de salud.

Como parte de la modernización del sector judicial se encuentran las iniciativas orientadas sobre todo en relación con los aspectos de la mala práctica médica a buscar procedimientos más expeditos y para resolver conflictos entre pacientes y profesionales de salud, como por ejemplo, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, CONAMED.

1.5 Situación actual de la relación médico-paciente

Desde el inicio de la humanidad, señala Casamadrid (2004, p.7),

“ siempre que el hombre primitivo sintió los sufrimientos de la enfermedad, recurrió a un semejante en busca de ayuda, y éste, entonces, trató de ofrecérsela en la medida de sus posibilidades. Con el transcurso del tiempo, surgió dentro del grupo social, alguien que por vocación, características personales o designación del colectivo se especializó como prestador de ayuda en materia de salud y comenzó a incrementar su arsenal terapéutico durante un largo proceso que supera los 10000 años, si tomamos como punto de partida la etapa en que el hombre comenzó a desarrollar el lenguaje hablado y que se delimita en mayor grado a partir del neolítico, 10000 años atrás. Y es así como ya iniciado el siglo XXI trajo consigo una situación sanitaria crítica. Los cambios sociales, económicos, educativos y políticos son aplicables a la medicina, generando en ella una transformación permanente y dinámica. La relación médico paciente, la cual se considera piedra fundamental del acto médico, ha experimentado esos cambios. Es ésta una relación interpersonal, de carácter profesional, en la que un hombre dotado de conocimientos presta ayuda a otro hombre, hecho éste que imprime a su labor el carácter de servicio, de calurosa humanidad y que lo liga tan profundamente a la ética.”

Los avasallantes adelantos científicos y tecnológicos han llevado a la especialización y súper especialización del médico. Incapaz de manejar tan abrumadora información, delimita su accionar en partes de ese gran todo que es el hombre, deshumanizando el acto médico. En igual contexto, el paciente, con acceso creciente a la información a través de los distintos medios de comunicación participa y/o cuestiona sobre decisiones clínicas, expresando su insatisfacción si del producto del acto médico no surgen siempre exámenes complementarios y/o indicaciones farmacológicas.

El sistema de globalización económico-industrial, con el creciente aumento de las empresas de salud han llevado a la paulatina desaparición

de la práctica privada y a la inserción del profesional en ese sistema que regula y limita su accionar. Favorece esta situación el exagerado número de graduados que permanentemente emergen de las Universidades privadas y públicas, creando un ambiente laboral donde sobra la oferta, con trabajadores mal remunerados, con escaso tiempo para cada consulta.

La relación médico-paciente y los principios que la rigen debieran ser lo central en el suministro de atención. Estos principios incluyen la beneficencia, honestidad y confidencialidad entre otros, cuando los intereses de los pacientes pudieran verse amenazados por procedimientos institucionales arbitrarios, injustos o inadecuadamente individualizados.

La relación médico-paciente implica también obligaciones especiales para el médico de atender el interés del paciente debido al conocimiento especializado que tienen los médicos y al desequilibrio de poder entre los médicos y sus pacientes. El compromiso fundamental del médico siempre debe estar dirigido hacia el bienestar y lo que mejor le convenga al paciente, independientemente de si el médico está previniendo o tratando una enfermedad o ayudando al paciente a lidiar con enfermedades, discapacidades y la muerte.

De acuerdo con Wüst (2002, p.85):

"El médico debe apoyar la dignidad de todas las personas y respetar su singularidad. Los intereses del paciente siempre deben promoverse sin importar las disposiciones financieras, el marco en que se suministra la atención médica ni las características del paciente, como su capacidad para tomar decisiones o su condición social. La relación médico-paciente es un proceso interpersonal, intersubjetivo y que enfrenta en una relación dinámica

al paciente que se reconoce por lo menos socialmente como tal, con el médico a quién también se reconoce como tal. Es el campo de acción médica y se configura dentro de un contexto transferencia-contratransferencia. El símbolo cura y el símbolo curación se ponen al servicio de la dinámica. Aquel que adopta el papel de enfermo, por cualquiera que sea la razón, se siente así mismo, por lo menos temporalmente, incompleto, debilitado y abierto al miedo, la amenaza de la enfermedad física o mental lo despoja de sus defensas normales, y lo vuelve más frágil. Por supuesto si la enfermedad es severa además carga con el miedo final de la muerte misma, del no ser; y apela en forma global y casi manifiesta que el médico lo cure con su acción o con su medicamento, siendo lo anterior parte total de toda relación médico – paciente, reflejada en la interacción de ambos, pero esta relación se encuentra influida por diversos factores, pero los que se consideran más importantes, a efectos de la presente investigación, es el factor de los organismos a los que pertenezcan los médicos y los pacientes”.

1.5.1 En el marco de Instituciones pertenecientes al Sector Salud

La relación que se da en el medio institucional como hospitales del IMSS, ISSSTE, entre otros, poseen problemáticas muy especiales. Primero; la carga de trabajo a la cual son sometidos los médicos, con lo cual el paciente no tiene la posibilidad de elegir al médico que consulta, toda vez que los pacientes considerados de primera vez, son enviados por zona geográfica donde viven o incluso al azar, con lo cual el médico se ve limitado en cuanto a las variedades de tratamientos, y el paciente además de desconocerlas también las tiene restringidas; existe de por medio cronometrado el tiempo máximo para cada tipo de consulta, de primera vez y subsecuente, como si todos los pacientes tuvieran el mismo padecimiento y situaciones que

comentar, consiguiendo con ello que los pacientes se sientan alejados y hasta molestos por lo que consideran mala atención. Por lo que el paciente opta por no utilizar los servicios, presentar quejas ante diversos organismos como La Comisión Nacional de Derechos Humanos, o recurrir a una mejor opción como la consulta privada con un médico.

Segundo; a los pacientes que son atendidos, se les manda a consulta de especialidad a Hospitales regionales o Generales de Zona con el médico especialista, cabe señalar que estas citas en ocasiones se dan hasta con seis meses de anticipación a ella. Por lo cual, de nuevo surge la molestia y hasta la intolerancia para con los galenos. Por un lado, el derechohabiente poseedor de sus molestias físicas y, por otro, el galeno que independientemente de los bajos salarios la carga de trabajo es muy grande. Tercero; la limitación en la mayoría de hospitales de instrumentos especializados como tomógrafo, ecógrafo, etc, se encuentran en malas condiciones por falta de mantenimiento y en su gran mayoría ni siquiera lo poseen. Por lo que toca al servicios de Urgencias, la problemática aumenta, toda vez que, y si bien, todas las personas son ingresadas inmediatamente, las cuentas por servicios son demasiado elevadas, principalmente en el IMSS debido a la reestructuración administrativa que tuvo a principios del año 2004, lo que lo convirtió en uno de los hospitales mas caros de México, pero en otras Instituciones como el ISSSTE, las cosas se tornan similares, pues si bien como anteriormente se dijo son ingresadas inmediatamente, aquí tanto el personal como los servicios son sumamente deficientes e inclusive nulos.

Debido a lo anteriormente expuesto, los médicos se encuentran en una posición demasiado comprometedoras en todos los ámbitos, ya que se enfrentan a la animadversión de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, convirtiéndolos en objeto de represalias de cualquier índole, siendo éstos y en lo general, sólo trabajadores de instituciones con graves carencias y malas administraciones por parte de funcionarios que en la mayoría de los casos se han vuelto clientes de partidos políticos.

1.5.2 En el marco de instituciones pertenecientes a la iniciativa privada

En este marco la situación se toma desde un punto de vista muy diferente, ya que aquí, y a pesar de que la gran mayoría de médicos también trabajan en el sector salud, los pacientes que tienen acceso a este tipo de atención, son una clase de pacientes, a decir de los galenos, diferente a los receptores de atención del sector salud, ya que existe una sensación de que por los recursos económicos aportados para la salud, se espera grandes resultados, y este fenómeno se incrementa en lo que respecta a la cirugía estética, en donde el paciente si no queda satisfecho con los resultados, recurre a la fuerza del Derecho, interponiendo recursos jurídicos a fin de castigar al médico por los infundados resultados que el paciente esperaba.

Es así como la atención de la salud es un factor que incide en forma significativa en la carga nacional de enfermedad y muerte, independiente de a quién pertenezcan los hospitales, Tena (2004, p.13) menciona que:

“existen registros proporcionados por la Organización Mundial de la Salud, en los que se describen que más de la mitad del instrumental médico utilizado en países como México, no es seguro; además, el 77% de todos los casos notificados de medicamentos falsificados y de mala calidad se produce en los países como el nuestro. Por eso, no caben dudas de que millones de adultos y niños del mundo en desarrollo sufren enfermedades prolongadas, discapacidad permanente o mueren debido a vacunas inadecuadas, a transfusiones con sangre contaminada, a medicamentos de mala calidad, al control inadecuado de las infecciones y, en general, por causa de métodos no confiables aplicados en establecimientos mal equipados en algunos casos del Sector Salud, o por la mala preparación de ciertos médicos, en el caso de los hospitales privados, toda vez que en la mayoría de los casos, no son otra cosa que negocios.”

La falta de seguridad para el paciente no sólo ocasiona una enorme pérdida de vidas, sino que tiene también graves repercusiones económicas. Diversos estudios como el realizado por la Universidad de Washington en 2005, han demostrado que algunos países pierden entre 6.000 millones y 29.000 millones de dólares por año como consecuencia de internaciones prolongadas, demandas legales, ingresos perdidos, discapacidad y gastos médicos. El error humano y la falta de recursos, son apenas una parte del problema de las fallas en la seguridad del paciente. Si bien es cierto que un enfoque más consciente del personal médico evitaría muchos errores, cabe reconocer que también hay problemas crónicos en los procedimientos y en los sistemas médicos. Por ejemplo, se cuentan por miles los pacientes que cada año son tratados con medicamentos inadecuados y algunas veces esto tiene consecuencias mortales debido a las recetas manuscritas y a las órdenes de los hospitales que son difíciles de leer. Esto ocurre a pesar de

que el uso de sistemas electrónicos para notificación y registros médicos se ha generalizado, pero no llega a ser estándar.

En los hospitales pertenecientes a la iniciativa privada, aparece también el problema de la comercialización de la medicina. Según diversos teóricos de las ciencias médicas en México y notables practicantes de la misma, coinciden en que:

"la medicina privada de antaño ha dejado de existir. Ahora es la medicina empresarial. Lo cual, no ha resuelto el problema de la asistencia médica de manera universal, pues es inaccesible para la mayor parte de la población. Por ello la antigua asistencia pública se ha transformado, ahora, en las diversas modalidades de medicina social. Para apoyar a la medicina empresarial han surgido los seguros privados de salud. Éstos tampoco resuelven el problema, pues son caros y se otorgan con muchas cláusulas limitantes. Son un negocio y no un servicio. Los seguros privados de salud tienden a racionar la oferta de servicios, mientras que los sistemas sociales de salud tienden a racionar la demanda. Paralelo a la industrialización de la medicina aparece el fenómeno de la burocratización, que nuevamente ocurre en todos los ámbitos, pero que en el campo de la medicina despierta mayor interés, en el que se da el caso de la desintegración de la persona, resultante de la objetivización de una multiplicidad de datos; y ésta es tal que ahora el hombre es considerado un recurso, un recurso humano." (Tena 2004, p.37)

Para un amplio segmento de la población general, la relación médico-paciente se está sustituyendo; el paciente no contrata los servicios de una persona profesional sino de una institución profesional. Otra situación que se da en los usuarios de la medicina privada, es que, con la llegada al mercado de medicamentos y gracias al asombroso logro de la química moderna, el mercado se ha visto inundado de productos medicamentosos

nuevos, algunos son verdaderamente sorprendentes, empero, muchos de éstos son variedades de un mismo medicamento original, sólo que más caros. La industria farmacéutica es violentamente competitiva. Se difunden en la prensa verdades a medias para pregonar las bondades del medicamento que se vende y los defectos del medicamento de la competencia. Se desorienta al público y se induce a que la gente consumidora de los servicios privados exija el uso de ésta, y el profesional de la medicina, en su afán de evitar represalias legales, la proporcionan, y a sabiendas de que los resultados pueden o no beneficiar, los prescriben.

Algunos médicos asignan a la industrialización y a la tecnología, muy presente en los consumidores de la medicina privada, las causas de lo que considera una medicalización innecesaria de nuestra sociedad. El médico, al igual que toda la sociedad y todas las profesiones, recurre a la racionalidad de la ciencia y a los recursos de la tecnología. Gran parte de la distorsión de la relación médico paciente se atribuye a la técnica, y sin embargo, difícilmente entre los usuarios de la medicina privada, se considera médico en la actualidad a un médico sin aparatos sofisticados o sin acceso a ellos. Los médicos que desean evitar gastos y procedimientos inútiles incluso riesgosos a sus pacientes, pronto son descartados y sustituidos por otros más agresivos; “más a la moda”.

CAPÍTULO II

DEFINICIONES, CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

CAPÍTULO II DEFINICIONES, CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Dentro del presente capítulo se desarrollarán los conceptos y definiciones básicas para el desarrollo y comprensión del presente trabajo, mismo que por su importancia se han considerado necesarios para lograr un mejor entendimiento del presente, toda vez, que la materia de análisis, es decir, el consentimiento informado, es un tanto distinta a la ciencia del Derecho, y aunado a esto, el lenguaje utilizado por ambas ciencias es muy distinto, desde su origen hasta la utilización de sus conceptos y metodologías, además de existir un desconocimiento general de los profesionales del derecho por un tema tan importante en nuestra sociedad mexicana, el tema del Derecho a la Salud y a la defensa Jurídica del Profesional de la medicina.

2.1 La Medicina y el acto médico

El nacimiento de la medicina tiene cabida cuando el hombre conscientemente se propone curar enfermedades. En el origen de cualquier civilización, se busca por la interpelación no del enfermo, sino de la "fuerza", "ser misterioso" o elemento vital que lo "ha invadido". En los rituales se emplean empíricamente tóxicos, plantas, etc, cuya acción lisa y llanamente sirve para reforzar la autoridad de aquél. En este estado mágico la medicina

posee una función eminentemente social: restablecer la pureza de la comunidad mediante el castigo o la curación de la enfermedad.

Se puede definir a la medicina como "Ciencia y Arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano" (Pelayo, 1997, p.5), así mismo, también se le puede concebir, y como lo menciona Castaño como "la Ciencia y Arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano" (1997, p.9); por consiguiente nos encontramos con la oportunidad de poder definir a la medicina como la ciencia o tratado que tiene por objeto el estudio de las enfermedades, su causa, tratamiento y prevención.

Dicho lo anterior podemos afirmar como lo dice el prestigiado Dr. Mauricio Salcedo Vargas, Director del Centro de investigaciones Biomédicas del Centro Médico Nacional Siglo XXI del Instituto Mexicano del Seguro Social, que " la Medicina es la disciplina y actividad que busca conservar y enriquecer la salud y curar o aliviar las enfermedades." (comunicación verbal, agosto 26 del año 2006).

Y es así como se debería de enunciar al acto medico, el cual es uno de los conceptos de mayor importancia y de mayor problemática para el Derecho Sanitario, éste lo debemos entender como la disciplina jurídica especial que define las relaciones entre los usuarios o pacientes y los sistemas nacionales de salud. Enunciado lo anterior se deberá de definir al acto médico como el conjunto de acciones que recibe el usuario o paciente en los servicios de salud, las cuales tienen como objeto la recuperación del paciente y son realizadas por un profesional de la salud.

Si bien típicamente lo realiza el médico, también puede ser ejercido por otro tipo de profesional de la salud llámese odontólogo, obstetra, enfermera, técnico, etc. En el derecho mexicano, la referencia normativa por antonomasia la encontramos en el artículo 32 de la Ley General de Salud, donde refiere que, atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud. Siguiendo el criterio anterior, la legislación mexicana es la que por primera vez en el ámbito de la legislación comparada ha definido qué ha de entenderse por acto médico, pues se trata de un acto jurídico *sui generis*, así es como De Lorenzo y Montero (2000, p.15) lo define como:

"Toda clase de examen, intervención, tratamiento e investigación de un paciente o razonamiento clínico, con fines de protección a la salud e incluye actos de prevención, diagnóstico, prescripción, recomendación terapéutica y rehabilitación, llevados a cabo por personal de salud o bajo su responsabilidad. En razón de lo anterior, no se considerará por su naturaleza acto mercantil".

Es generalmente aceptado que el acto médico, posee las siguientes características:

a) La ejecución típica estandarizada.- En términos de la *lex artis ad hoc* el personal de salud sólo puede realizar las acciones que expresamente han sido tenidas por válidas a la luz de la literatura médica generalmente aceptada.

b) Su finalidad lícita, no es otra que proteger la salud.

c) La licitud.- El acto médico es legítimo cuando se realiza en apego a la ley, la *lex artis ad hoc*, la cual es otro de los conceptos esenciales para el Derecho Sanitario y en él descansa la definición del marco general de actuación del profesional, técnico y auxiliar de las disciplinas para la salud. Y la demos de entender como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos los cuales son definidos como un 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, y se ha recabado en debida forma el consentimiento del paciente o su representante legal.

d) La no-formalidad.- Bajo esta característica, la regla es que el acto médico no requiere de la forma escrita para la contratación de servicios. Sin perjuicio de lo anterior, la documentación del acto médico es obligatoria en el expediente clínico, en términos de lo previsto en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica y en la norma oficial mexicana NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico, que con posterioridad se señalará.

El acto médico ha de entenderse bajo un régimen de libertad prescriptiva en favor del personal médico, y según se ha reiterado en las diversas normas oficiales mexicanas rectoras de la atención médica: los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, habrán de prestar sus

servicios a su leal saber y entender, en beneficio del usuario, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que presten sus servicios. Lo anterior significa que el personal de salud, puede optar de entre las distintas alternativas aceptadas por la *lex artis ad hoc*.

2.2 Bioética en la comunidad médica

La Bioética surge como un intento de establecer un puente entre ciencia experimental y humanidades, nace además, con pretensiones globalizadoras. Desea ayudar a resolver un conflicto que existe dentro de cualquier cultura moderna: el conflicto entre las posibilidades que ofrece el desarrollo tecnológico y las exigencias de una vida realmente humana.

El término bioética fue utilizado por primera vez por V. R. Potter hace poco más de treinta años. Con este término aludía, como lo menciona Gracia

“a los problemas que el desarrollo de la tecnología plantea a un mundo como éste en plena crisis de valores. Conminaba así a superar la actual ruptura entre la Ciencia y la Tecnología de una parte y las Humanidades de otra. Por lo que reuniendo los preceptos antes descritos, podemos señalar a la Bioética como una disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la Medicina y la Biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos. Así mismo, ésta trata de impregnar a los profesionales para que antepongan la Ética a otros intereses. Debe tenerse en cuenta, que la práctica médica siempre debe procurar la beneficencia y la justicia, respetando la autonomía y dignidad de la persona humana, evitando la injusticia, con los enfermos y con todas las personas, procurando fomentar la salud, combatir la

enfermedad y procurar la vida, considerando que salud es la ausencia de enfermedad en un entorno de bienestar físico, mental y social.” (2002, p.8)

Así mismo Edwards menciona una forma más en que se le define a la Bioética: “rama de la Filosofía que determina la práctica adecuada, de los actos relacionados con la vida de la persona humana, orientados hacia la preservación de la vida y su calidad, a la luz de los principios morales”.(1999, p. 5).

2.3 Relación entre el Derecho y la Medicina

Las dos, ciencias sociales muy antiguas, una está encargada de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad y la otra de velar por su salud y bienestar corporal, han tenido desde el comienzo estrechos lazos. Ambas persiguen fines altruistas, ambas cuentan con individuos orientados al bien común y entregados al servicio de sus semejantes. Tanto la una como la otra aspiran al rigor científico de sus postulados y a la averiguación de la verdad como fórmula para resolver los problemas que se les presentan.

La medicina tuvo sus orígenes desde el principio de la humanidad, en el supuesto poder mágico de ciertos hombres, como chamanes, brujos, patriarcas, sacerdotes, etc, que recibían de la divinidad el don de curar; el derecho pidió la sabiduría a los dioses para convertir los designios de la justicia en implacables. Ambos, médico y abogado, han detentado el poder sobre el ser humano común, para dar o quitar, primero la vida y luego salud o libertad, los más caros bienes terrenales. Por tales motivos es preciso definir esta relación, en el mundo actual, donde el conocimiento de ambas ciencias se ha desarrollado en este siglo XXI. Relación que permita

establecer puntos comunes para que estas ciencias, las cuales pretenden englobar la comprensión de fenómenos viejos y nuevos y que tienen como centro en común y básico al ser humano, se compaginen y convivan de la mano en busca de una sociedad más justa y mejor.

Casamadrid menciona que:

“La historia de estas ciencias muestra cómo en los siglos pasados los intentos de compaginarlas, han ido de lo concreto a lo abstracto, hasta alcanzar hoy niveles de complejidad impensables apenas hace algunos años, y si la tecnología ha desbordado todas las expectativas, la medicina, que ha logrado seguirle el paso, utiliza racionalmente sus aplicaciones y en el presente efectúa lo que muchos consideran verdaderos milagros. Estos avances maravillosos, sin embargo, van seguidos de cerca por el Derecho, que aunque a veces va demasiado lento en sus avances, por tratarse de una ciencia cultural con sistemas jurídicos muy diferentes en el mundo y que requiere de un proceso de continua actualización para establecer normas de comportamiento social, que en este siglo veintiuno ha debido aplicar sus conocimientos, no sólo a resolver problemas de ocurrencia reciente, sino aún a esforzarse por primera vez en su historia para precaver soluciones al futuro. Asuntos como la vida y la muerte, la clonación, la experimentación con células madre; etc., y que a pesar de todo, han tornado a ser cuestiones inconclusas, plantean a la medicina y al derecho el reto de una nueva definición, necesaria para actuar o dejar de hacerlo ante las posibilidades que brinda los avances de la ciencia.” (2004, p. 65).

En este marasmo existencial de ideas se pondrá un ejemplo, hace algún tiempo, los científicos británicos tuvieron que tomar la decisión de detener sus experimentos, por no encontrar un camino libre entre la medicina

experimental y el derecho: ¿qué hacer con la posibilidad de reproducir por clonación un embrión humano?. Y si el techo que había propuesto la medicina está desmoronándose, por otro lado la economía mundial racionaliza la utilización de la riqueza y genera para el Estado nuevas obligaciones; ahora vivimos en un mundo de seguridad, cuando apenas ayer, con el triunfo de las revoluciones del Siglo XX se nos había condenado a vivir en el mundo de unas libertades mal entendidas y peor administradas por políticos ignorantes y ambiciosos que perpetuaron el poder por más de 80 años. Esa seguridad corre por cuenta de un Estado supuestamente benefactor, que se ha impuesto la tarea de responder ante sus administrados para dar satisfacción a las necesidades básicas y para garantizar la efectividad de unos derechos fundamentales de la persona que son realmente importantes; la seguridad garantizada de que problemas tales como la salud no quedará sin solución, involucra de inmediato al médico.

Hoy en México,

“apenas estamos comenzando a entender el concepto de Seguridad Social, y nuestras leyes en ese sentido, esas que nos confieren derechos, son hasta el momento poco menos que meras declaraciones de intención. Entretanto, el médico, único ser capaz de realizar este trabajo del Estado, sufre los embates de comerciantes interesados y particulares necesitados. Y el Derecho va tras ellos, resolviendo disputas y tratando de encontrar el fiel de la balanza, son muchos los problemas que se presentan hoy para las dos ciencias”.(Soberón 1999, p.21).

Dicho lo anterior comenzaremos por la relación entre medicina y derecho administrativo, para destacar de qué manera en la moderna concepción del Estado, el gobernado más que reclamar una indemnización como consecuencia de la actuación descuidada o ineficaz del Estado, reclama por la reparación del daño que se le causó. Así las cosas, un hospital del sector salud, deberá pagar al derechohabiente para reparar y resarcir los daños causados, para posteriormente y generalmente proceder contra el hospital, pero en la mayoría de los casos procede contra el médico no importando que el propio profesional de la medicina no tenga los elementos básicos para dar la atención mínima a los derechohabientes. Pero por desgracia en aras de la defensa del ciudadano, se entiende que el hospital perteneciente al sector salud y como ya se ha señalado principalmente el médico, sea responsabilizado objetivamente por el asunto; y es aquí donde se encuentra otra relación, en el caso de la medicina y el derecho penal; éste se da desde que el médico puede catalogarse como indiciado en caso de responsabilidad médica y que en la actualidad se han incrementado las denuncias penales contra los profesionales de la medicina. Aunado a lo anterior, al médico y al abogado le son comunes temas como los del incesto, el aborto, los delitos sexuales, el suicidio, las lesiones, la muerte, la imputabilidad y tantos otros que requieren de un estudio conjunto.

Sin el concurso efectivo del profesional de la medicina, un juez no estaría en posibilidad de determinar si el probable hecho criminoso se cometió, si la persona indiciada es responsable y, en otras veces si es imputable o no. La medicina legal ha desarrollado todo un vocabulario propio y el auxiliar de la

justicia tiene el grave encargo de conceptuar sobre temas tan delicados, que sin duda de estos conceptos hará depender la libertad de los gobernados.

Con el derecho civil las preocupaciones comunes más actuales giran principalmente en torno a los conceptos de persona: capacidad mental, interdicción; contrato como fuente de obligaciones médicas, como la prestación de servicios profesionales; vínculo de responsabilidad entre personas físicas y personas morales, temas álgidos en un mundo cambiante, donde el ciudadano es más consciente que ayer de sus derechos como persona y de las obligaciones y responsabilidades profesionales del facultativo con el que contrata o del hospital donde es atendido, pero también un mundo en donde todas las cosas parecen movidas por el dinero, incluyendo la recuperación de la salud perdida. Pacientes se han visto, entonces, convencidos de que tienen derecho a un resultado milagroso simplemente porque consideran que han pagado por él en el caso de instituciones privadas, la frustración es grande y la ambición mucha, cuando el fracaso médico los pone ante el dilema de demandar o no al galeno como responsable.

El derecho del trabajo contiene asuntos como la incapacidad laboral, los accidentes de trabajo, la invalidez y la muerte del trabajador, que necesitan ser analizados y definidos por la medicina, para mantener ese frágil equilibrio que a duras penas existe entre el trabajador y patrón, llámese éste privado o público.

El Derecho Constitucional parece haber adquirido por fin una dimensión personal a través de problemas planteados por la aplicación de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la vida digna, a la autonomía, a tener una familia, a la salud, a una muerte digna, a la sexualidad y la procreación. Es sumamente interesante ver cómo la tendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido la de rescatar el valor y sentido de la persona frente al Estado, aunque en este loable intento, el movimiento pendular brusco haya conducido a una interpretación exagerada del principio de autonomía y el respeto a la autonomía del individuo conduzcan forzosamente a satisfacer los caprichos de algunos pacientes, imponiendo sus criterios por encima de los conocimientos especializados y sacrificando el núcleo esencial de discrecionalidad que, en el campo respectivo, supone, al menos en principio, el ejercicio de toda profesión y por tanto ha dicho que la autonomía del paciente en cuanto alude al consentimiento para que se le administre cierto tratamiento radica en aceptarlo o rechazarlo, optando en éste último caso por acudir a un profesional diferente, pero no puede consistir en hacer que obligatoriamente prevalezca la alternativa escogida por el enfermo sobre la conciencia del médico, supeditando la actividad de éste a la elección de aquél, o a una visión simplista y económicamente muy descontextualizada de las obligaciones del Estado, imponiéndole cargas no presupuestadas que en breve tiempo, de no encontrarse otro camino, se tornarían simplemente en obligaciones irresistibles y llevarán a destruir a instituciones del sector salud.

No obstante y aún sería necesario examinar aquello que a pesar de ser propio de su objeto no alcanza todavía la ciencia del derecho; nos referimos

a esos problemas planteados por la tecnología, como los de la reproducción asistida, el cambio de sexo, la clonación, eutanasia y otros que preocupan al hombre de ciencia de hoy. Aunado a lo anterior la Ética Profesional, ese recto camino en el que deben encontrarse médicos y juristas para lograr un mejor desarrollo social es otra relación muy importante que incumbe a ambas ciencias. El principio de la honestidad intelectual y profesional, que a ambas ciencias incumbe, es la llave para un desarrollo sin trabas y un bienestar general. La buena fe, que ha perdido su valor en esta época en que se encuentran deteriorados los valores, debe ser recuperada y reconstituida para la sociedad, ya que en la actualidad la inseguridad y la desconfianza que existen en esta sociedad, incluidas la práctica médica y la administración de justicia, trastoca de manera sensible al colectivo social, es decir, a todos.

2.4 Definición de consentimiento informado

El consentimiento informado es una práctica con vigencia universal relacionado con un conjunto de actividades cuyo producto final es el consentimiento o disentimiento que hace un paciente de las acciones diagnósticas y/o terapéuticas sugeridas por su médico, es un acto personalísimo. Éste además es un acto legal donde el médico proporciona información detallada y completa a su paciente, acerca de su enfermedad, tratamiento, enfatizando los riesgos, alternativas, complicaciones, secuelas que conllevan el tratamiento y los diversos procedimientos diagnósticos, el cual solo era requerido anteriormente en caso de investigación en seres humanos y trasplantes.

Pues bien, dicho lo anterior se puede definir al consentimiento informado como: la facultad del enfermo válidamente informado y libre de coacción, para aceptar o no la atención médica que se le ofrezca o la participación en proyectos de investigación que se le propongan. De igual manera encontramos que para Castaño (1997):

“El consentimiento informado se puede definir como el compromiso conjunto que establece el espacio comunicativo destinado a informar en forma oral o escrita la naturaleza, los propósitos, la forma de aplicación de los instrumentos de recopilación de información o aplicación de pruebas experimentales, presentando los beneficios, los riesgos, alternativas y medios del proceso en el cual, quien recibe la información, irá a convertirse en participante, objeto de experimentación o contribuyente al análisis estadístico, constituyéndose el documento resultante en el testimonio escrito de quien va a ser investigado o su tercero responsable, autorizado por ley para lograr una autorización clara, competente, voluntaria y autónoma” (p.17).

Además de las anteriores se encuentra la definición del prestigioso coordinador de proyectos de educación en Bioética de la Universidad de Washington que menciona: *“Informed consent is the process by which a fully informed patient can participate in choices about her health care. It originates from the legal and ethical right the patient has to direct what happens to her body and from the ethical duty of the physician to involve the patient in her health care”*. (Edwards, 1999, p. 9).

Lo cual se puede traducir de la siguiente manera: “El consentimiento informado es el proceso por el que un paciente totalmente informado puede participar en las opciones acerca del cuidado de su salud, se origina del derecho legal y ético del paciente de saber que está pasando en su cuerpo y

del deber ético del médico de involucrar al paciente en el cuidado de su salud”.

El Derecho Mexicano lo menciona como el acto jurídico no solemne, personalísimo, revocable y libre del paciente para admitir o rehusar, por sí mismo o a través de su representante legal, uno o varios actos biomédicos concretos en su persona, con fines de atención médica.

El consentimiento informado debería poseer los siguiente conceptos:

Derecho a la información:

- Conocer la reglamentación y normatividad de los establecimientos de salud y en particular de los hospitales donde va a recibir atención, aplicables a su conducta como paciente. Si no lo sabe debe ser informado, acerca de quién es el médico responsable de su atención.
- Ser informado con veracidad, claridad, suficiencia y objetividad, de todo lo relativo al proceso de su atención y particularmente lo relacionado con el programa de estudio y tratamiento, con el diagnóstico inicial o definitivo o el pronóstico de su padecimiento. El médico debe verificar que el paciente haya comprendido la información que se le proporcionó.
- Que previamente a la realización de cualquier procedimiento o tratamiento, se le informe sobre el mismo, incluyendo los beneficios que se espera lograr, las molestias que le ocasionará, posibilidad de complicaciones y consecuencias adversas, así como la duración de las discapacidades que pudieran ocurrir.

- Conocer las expectativas de curación, control, mejoría o paliación de su enfermedad.
- Ser asesorado y que se le otorgue más información cuando la solicite.
- Conocer los riesgos de tipo físico, emocional o de otra índole, así como y los beneficios esperados, de los proyectos de investigación en que se le proponga participar.
- Que se de respuesta a sus preguntas y se aclaren sus dudas.

La información es parte de una relación médico - paciente estrecha con comunicación abierta en ambos sentidos, de confianza y cooperación mutuas, en busca de un propósito común en beneficio del paciente.

Libertad de Elección:

- Opción de elegir libremente a su médico y a solicitar y que se le conceda su cambio cuándo lo considere necesario, excepto en los casos de urgencia.
- Otorgar su consentimiento o disenso en forma libre, responsable y sin coacción, en relación a los procedimientos diagnósticos o los tratamientos propuestos, en la medida en que la legislación vigente lo permita, luego de haber sido convenientemente informado inclusive de las consecuencias de esta negativa.
- Aceptar o rechazar los procedimientos propuestos que le ocasionen dolor, sufrimiento, que afecten la calidad de su vida o su dignidad.
- No ser sometido a riesgos. Cuando el riesgo sea importante, si es posible, ofrecer al paciente más de una opción y solicitarle su

consentimiento en forma implícita o explícita, oral o escrita; después de haberse cerciorado que el paciente comprendió la información recibida, incluyendo recomendaciones, debiendo dar su aceptación en forma libre y sin coacción. Si no le quedó claro, el paciente tiene derecho a hacer las preguntas que considere necesarias, antes de autorizar o no.

- Preservar la calidad de vida.
- No sufrir inútilmente, evitar la obstinación terapéutica
- En caso de requerirse traslado a otra unidad médica, solo se haría después de que el paciente hubiera otorgado su consentimiento.
- A aceptar o rechazar su participación en estudios de investigación, quedando implícito que aún cuando hubiera habido aceptación previa y sin ningún tipo de coacción, pueda retirar su consentimiento en cualquier momento.
- La negativa a participar en un proyecto de investigación, no debe afectar la relación médico paciente.

La elección se considera también parte integral e importante en la relación médico - paciente y con lo cual se cimentará una relación sólida y duradera.

Así como el consentimiento informado debería poseer los anteriores conceptos, también debería contar con las siguientes funciones:

- *Informativa*: da a conocer a la sociedad o al ámbito académico, cuáles son los fundamentos y criterios éticos específicos sobre los que se va a basar la relación profesional persona, investigador investigado.

- *Declarativa*: formula cuáles son las actividades, principios y valores sobre los que está basado un proceso investigativo dimensionado éticamente.
- *Metodológica*: permite delimitar el ámbito procedimental que llevará a cabo la investigación, determinando circunstancias específicamente previstas por los estudios internacionales.

2.5 Antecedentes históricos del consentimiento informado

En la Grecia clásica primaba el concepto paternalista de la relación médico - paciente. "La ética médica era aristocrática, juvenil y saludable. El médico era considerado un amigo de la sabiduría, alguien que se acercaba a la técnica, a la prudencia y a la ciencia. Trataba de sustentar su saber práctico en un conocimiento científico y estaba en condiciones de curar las enfermedades para restaurar el orden perdido por la enfermedad y en conjunción con el jurista" (Casamadrid, 2004, p. 18).

La enfermedad era causa de desorden y el paciente un individuo desordenado, y éticamente, un inmoral, ya que de acuerdo a lo expresado anteriormente, su entendimiento estaba alterado. Era un *in – firmus*, es decir, un falto de firmeza, un minusválido físico, psíquico y moral, incapaz por lo tanto de saber qué le conviene para restablecer su salud, perdida en buena medida por culpa de él. El médico era todo lo contrario. "Representaba el orden de la salud; expresaba lo verdadero, lo bueno, lo bello. Su tarea básica era curar, restaurar las costumbres del paciente, y moralizarlo enseñándole en que consiste su bien, natural y moral. Por lo tanto, en la información que daba sólo comentaba aquello que colaboraba

con el tratamiento, o bien, no informaba.” (Casamadrid, 2004, p. 18). Esta actitud ha persistido prácticamente hasta el siglo XXI, con escasos cambios, no obstante haber comenzado en la Edad moderna, el concepto de autonomía.

El mundo medieval entró en crisis luego del descubrimiento de América, que rompe con la imagen del mundo ordenado, perfecto y acabado que había transmitido el naturalismo medieval. Así, el hombre, toma conciencia que el saber no podía limitarse a lo conocido, y comienza a cuestionar ese orden, a investigar, y entra en escena como ser inteligente, racional, libre y poseedor de dignidad. Mediante su voluntad y su razón puede cambiar el entorno natural y social, puede cambiar la historia.

“Esta capacidad constructora de nuevas realidades, entra en la moralidad y se canaliza a través del concepto que los hombres son sujetos con capacidad para discernir racionalmente por sí mismo estableciendo qué acciones son correctas y buenas, sin necesidad de que ninguna autoridad se lo diga, es decir, aparece y se desarrolla el concepto de autonomía moral que alcanza su mayoría de edad con Kant, siglos más tarde. En este principio de autonomía tuvo gran impacto sociopolítico, y de él emergen nuevas formas de gobierno como poder democrático, autonomista. Sin embargo, y a pesar que la filosofía moral había madurado la idea de que todas las personas tienen autonomía moral para decidir en las cuestiones relevantes para su proyecto vital, este concepto no penetra en la relación médico - paciente, en la ética médica. Frente a este panorama la medicina entrará recién el siglo XX y no alcanzará su verdadera forma hasta los años 60 ´s y 70 ´s, donde el principio de autonomía comienza a infiltrarse en la vida privada, en lo sexual, la vida de pareja, la vida familiar y en los diversos estratos de la sociedad civil, originando los movimientos sociales de reivindicación de los derechos de la mujer, de los afroamericanos,

de los consumidores, el movimiento Hippie, el movimiento estudiantil, los derechos de los enfermos y, dentro de ellos, el consentimiento informado.”. (Fernández, 2005, p. 7).

Esta situación se comenzó a dar inicialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando los pacientes se dieron cuenta que algunos médicos hacían caso omiso a sus peticiones, teniendo que llegar a instancias judiciales. Es por lo anterior que la historia del Consentimiento Informado en los Estados Unidos de Norteamérica, tiene un desarrollo judicial, por lo que los médicos tardaron en incluirlo como un comportamiento ético fundamental. A través de numerosos casos judiciales y durante el transcurso de ese siglo, se fue pasando por distintas etapas, tales como: el deber de informar, luego la etapa del estándar de información del médico razonable, que consiste en dar la información que todo médico razonable proporcionaría en las mismas circunstancias y que, en la medida que esa revelación sea suficiente, la elección que haga de los cursos de acción posibles no deberían cuestionarse, y que él está guiado por los mejores intereses del paciente, y procede como cualquier médico lo haría en similares condiciones. Y finalmente, el criterio de persona razonable, donde los límites de la información lo da el paciente, y el médico informa en función de lo que él sabe o debería saber que son las necesidades informativas del enfermo.

Por otra parte, y aunque en la literatura científica médica de los Estados Unidos de Norteamérica el concepto Consentimiento Informado es citado solo en nueve ocasiones entre 1930 y 1956, fue utilizado como tal por vez primera en la legislación en 1957 en un recurso judicial en California. Varias sentencias posteriores en Estados Unidos hicieron que el

Consentimiento Informado se convirtiera en un derecho de los pacientes y un deber de los médicos.

Ahora bien, en lo tocante a la ética que rige a la comunidad médica y que está muy ligado al consentimiento informado se puede decir que el profesional de la medicina toma siempre decisiones que influyen en mayor o menor medida en la calidad de vida de los pacientes, pero estas decisiones en la mayoría de veces pueden desencadenar perjuicios contra los mismos, en general la comunidad médica siempre se ha regido por códigos de ética a lo largo de los tiempos, entre los que encontramos, principalmente:

1.- Código de Hammurabi perteneciente al año 1700 a.C, el cual fue un rey que gobernó Babilonia por cerca de 43 años. Es una colección de Leyes administrativas que regulaba distintos aspectos de la sociedad, de las 282 leyes que contiene, 25 hablan de la práctica de tres profesiones, en donde encontramos a la medicina y el derecho. En lo tocante a la profesión médica nos señala los castigos y remuneraciones a los cirujanos. En 1902 fue encontrado en la ciudad de Susa y hoy se puede ver en el museo de Louvre.

2.- Juramento Hipocrático.- Éste es considerado fuente toral de la ética médica, y resumen de los principios éticos de la medicina occidental, sus manifiestos principales son: proteger al paciente y librarlo de la enfermedad, así como, cuidar y proteger la buena reputación del acto médico y actuar siempre en beneficio del paciente. Dicho sea de paso, sería muy conveniente que en la comunidad jurídica se tuviera algo similar a esto.

3.- Declaración de Ginebra, donde se manifiesta principalmente la obligación para con el médico de siempre velar por la salud del paciente.

4.- Normas Internacionales para la investigación Biomédica, en las cuales se rige todo lo relacionado en investigación tanto en animales como en seres humanos, que junto con la Declaración de los Derechos Humanos promulgada en la Organización de las Naciones Unidas en 1948, dan lugar a los Códigos Nacionales de Conducta Ética.

5.- Código Nacional de Conducta Ética, la cual en nuestro país la Comisión Nacional de Bioética creó en el año del 2001 el Código de Conducta Bioética o Código Deontológico.

En 1998 el Comité de Ética del *American College of Physicians* emitió la cuarta edición de su Manual de Ética, en el cual se definen los preceptos que rigen el comportamiento ético de la práctica médica de sus miembros. Este manual incorpora la mayor parte de preceptos de la ética moderna y se enriquece constantemente con nuevos preceptos derivados del análisis de casos que se someten a la consideración de su Comité de Ética, en busca de asesoría o lineamientos para resolver problemas reales.

En 1998, la *World Federation of Neurosurgical Societies* y la *European Association of Neurosurgical Societies* publicaron las Orientaciones Éticas para una Buena Práctica Neuroquirúrgica, con la participación de numerosos comités de Europa, Estados Unidos, Asia, África, Australia y la Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 2001 presentó siete recomendaciones para Mejorar la Práctica de la Medicina, mismas que se enuncian a continuación.

- Relación médico-paciente respetuosa, donde se indican elementos como la oportunidad de la atención, comunicación adecuada, confidencialidad e información sobre el pronóstico.
- Consentimiento informado antes de una intervención con riesgo o para ser sujeto de un proyecto de investigación.
- Contar con registros en su expediente clínico.
- Actuar en congruencia con los conocimientos médicos vigentes, evitar la medicina defensiva.
- Atender pacientes solamente cuando se está facultado para ello, mediante el título o diploma de la especialidad que se trate; no participar en prácticas delictivas como: aborto, eutanasia y falsos certificados médicos.
- Referir al paciente cuando no cuente con los recursos para su atención.
- Atender las urgencias; no abandonar al paciente, inclusive en casos de: huelga, catástrofe o epidemia, inclusive con riesgo para el médico. En diciembre del mismo año 2001, la propia Comisión de Arbitraje Médico emitió y difundió la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes, integrada con la participación de las principales instituciones de salud y organizaciones médicas, de enfermería y relacionadas con los derechos humanos en nuestro país. Las cuales incluyen:
 - a) Recibir atención médica adecuada.
 - b) Recibir trato digno y respetuoso.
 - c) Recibir información suficiente, clara, óptima y veraz.

- d) Decidir libremente sobre su atención.
- e) Otorgar o no su consentimiento válidamente informado.
- f) Ser tratado con confidencialidad.
- g) Tener facilidades para contar con una segunda opinión.
- h) Recibir atención médica en caso de urgencia.
- i) Contar con un excelente expediente clínico.
- j) Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida.

En junio de 2002 en el Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional Siglo XXI se editó un Código de Ética, dedicado a la aplicación de los preceptos que contiene en el ámbito del propio Hospital con un enfoque dirigido a la mejora de la calidad de la atención médica.

Éstas son sólo una muestra del desarrollo de los códigos de ética que rigen a la comunidad médica, pero si bien es cierto que todos los anteriores rigen la conducta profesional del médico y en la mayor parte se rigen totalmente por ellos, en la actualidad en México el consentimiento informado surge como un instrumento legal, adaptado por la propia comunidad médica, para proteger su actuar profesional ante las posibles repercusiones de índole legal.

Pues bien, el consentimiento informado tal y como se conoce en la actualidad, surge directamente a partir del Código Nüremberg signado en el año de 1947, como consecuencia de los juicios realizados por el tribunal militar del mismo nombre, juicios a los que fue sometido un grupo de médicos acusados de realizar experimentos inhumanos en prisioneros de

guerra y realizados en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. En 1964 en la Asamblea Médica Mundial, reunida en Helsinki, habiendo emitido la conocida *Declaración de Helsinki*, con precisiones adicionales, mismas que han sido sujetas a revisión y enmiendas por la misma Asamblea, en Tokio en 1975, Venecia en 1983, Hong Kong en 1989, Somerset West, Sudáfrica, en 1996 y Edimburgo, Escocia en 2000.

Por otro lado, en 1972 en España, el Reglamento General de Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social establecía que los enfermos tenían derecho a autorizar, directamente o a través de sus allegados, las intervenciones quirúrgicas y actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su gravedad. Pero es con la Constitución de 1978, cuando en España el concepto de Consentimiento Informado comienza a tener auténtico sentido e importancia, a partir de la defensa que en ella se hace del libre desarrollo de la personalidad sobre la base de la libertad, y del reconocimiento, en su artículo 43, del derecho a la protección de la salud.

En 1976, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó un documento en el que se hacía un llamamiento a los Estados miembros para que tomaran medidas de forma que los pacientes estuvieran completamente informados, y recomendaba la institucionalización de los derechos de los pacientes, entre ellos el derecho básico del Consentimiento Informado. Es hasta febrero de 1983 que en México se señala la obligación del médico a requerir del paciente su consentimiento informado, pero y esto se abordará más adelante, se encuentra un poco desconocido entre la comunidad jurídica

y médica, que ve en el consentimiento informado solo un instrumento, por virtud del cual se desacredite la posible responsabilidad médica en un proceso de materia penal.

CAPÍTULO III

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MÉXICO

CAPÍTULO III EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MÉXICO

En el presente capítulo se abordará todo lo relacionado a la parte toral en el presente trabajo, así como a las bases legales del ya comentado consentimiento informado, así como la gran problemática que existe en nuestro país en torno a este concepto y debido al gran desconocimiento de las leyes, de su aplicación, de sus alcances y sus límites por parte de la comunidad médica se mostrarán las grandes limitaciones que se tienen en relación a la legislación en materia del multicitado documento. Demostrando las graves carencias y la falta de desarrollo propio de países como el nuestro, y sobretodo en lo que se refiere a las leyes en materia de salud.

3.1 Marco jurídico del Consentimiento Informado en México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, preserva como uno de sus más altos ideales y como se ha dicho, el derecho a la protección de la salud que tiene todo individuo por el sólo hecho de nacer en México. La elevación a rango constitucional de este derecho se instrumenta en la Ley Reglamentaria, es decir, la Ley General de Salud, la cual establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y concede al Estado la más amplia facultad para garantizar y dar cumplimiento a lo prescrito. Es por ésto que, y ante ciertos problemas que acotaron la práctica médica, y ante la grave problemática que aquejaba al grupo social constituido por la sociedad

médica y presionado por los avances legislativos que se estaban dando en todo el mundo, decidieron incluir en la legislación vigente lo que para ellos parecía los requerimiento mínimos del consentimiento informado.

Los legisladores que modificaron la Ley plasmaron una legislación que incluía ciertos requisitos, y los datos mínimos que debería contener el documento, el cual jamás entendieron para una mejor relación médico-paciente, pero que como suele ocurrir en nuestra incipiente democracia, y debido a lo antes expuesto, se encuentra con graves carencias en la forma y en el fondo de la redacción de la reforma expuesta.

Es importante señalar que a pesar de que los legisladores, como hasta el día de hoy, luchaban por permanecer en el poder a costa de lo que fuera, trataron de incluir los requisitos básicos, se quedaron muy distantes a la evolución internacional que se estaba gestando en la ciencia médica, con la problemática propia de esos países, y no analizando el entorno de los problemas propios del país decidieron añadir ciertos lineamientos en los artículos 80, 81, 82 y 83 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

3.1.1 Los Artículos 80, 81, 82 y 83 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica

En la legislación mexicana encontramos referencias y supuestos de lo que debería ser la fundamentación del consentimiento informado, encontrándonos con la siguiente redacción, la cual se encuentra descrita y

aprobada por el Honorable Congreso de la Unión, en la ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica:

“ARTÍCULO 80.- En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.”

Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente.

ARTÍCULO 81.- En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico.

ARTÍCULO 82.- El documento en el que conste la autorización a que se refieren los Artículos 80 y 81 de este Reglamento, deberá contener:

I.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital.

II.- Nombre, razón o denominación social del hospital.

III.- Título del documento.

IV.- Lugar y fecha.

V.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.

VI.- Nombre y firma de los testigos.

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras.

ARTÍCULO 83.- En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá ser suscrito además, por dos testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que lo suscriba.

Estas autorizaciones se ajustarán a los modelos que señalen las Normas Técnicas” . (p.15).

3.2 El Expediente Clínico

Dentro del marco de las temáticas tratadas, la Asociación Médica del Hospital ABC, menciona que:

“la historia clínica sirve para realizar una recolección ordenada de datos de identidad, síntomas, signos y otros elementos que permitan al médico plantear un diagnóstico clínico, que puede ser provisional en su primera etapa, y se

afirmándose o negándose con el análisis del resultado de las investigaciones de laboratorio clínico, como radiográficas, endoscópicas o de otro tipo. Así mismo, es necesario plasmar toda la información contenida en algún instrumento. Es así como la historia clínica deberá plasmarse en el documento básico y poseyendo en el todas las etapas del paradigma de la atención médica y debe ser apreciada como una guía metodológica para la identificación integral de los problemas de salud de cada persona que establece todas sus necesidades; también se emplea para el planeamiento, ejecución y control de las acciones destinadas al fomento, recuperación, y rehabilitación de la salud.” (2000, p.2).

Es así, y en concordancia con lo anterior que, algunos la definen más como un expediente clínico que como historia clínica, debido a que el documento no sólo recoge una exposición sistemática de acontecimientos clínicos pasados y presentes, sino además puede reunir información de índole variada. En síntesis, se define al expediente clínico como: el documento que permite disponer de un registro organizado del proceso de salud enfermedad del paciente y de las medidas preventivas, curativas y de rehabilitación que se le practicaron, reuniendo un conjunto de documentos que identifican al usuario de los servicios y haciendo un relato patográfico individual, en donde se registran las etapas del estado clínico y de la evaluación cronológica del caso hasta su solución parcial o total. Mide el desempeño de los diferentes servicios que intervienen y la incertidumbre de los procedimientos realizados, así como las omisiones o deficiencias encontradas. Es un instrumento para la enseñanza médica y la investigación clínica. Es de carácter legal, confidencial y propiedad de la institución.

Debido a su gran importancia en los últimos 25 años se han realizado estudios en numerosos centros hospitalarios del país y de forma reiterada

han mostrado serias deficiencias en la calidad de las historias clínicas. Este fenómeno ha adquirido dimensiones alarmantes, al extremo de que muchos galenos de esos centros han planteado que las historias clínicas actuales carecen de valor científico. Estas deficiencias han sido divididas en dos grandes grupos:

a) Administrativas, por incumplimiento de las normas de bibliotecología para el registro de los datos.

b) Médicas, que se relacionan con el procesamiento de los datos, diagnóstico médico, juicio clínico y la toma de decisión médica.

Fernández (2005), menciona algunas de las causas que considera afectan la calidad del expediente clínico:

“1.- La concepción puramente biomédica de la medicina con su tecnología sofisticada y su farmacología compleja.

2. El crecimiento exponencial de los conocimientos y la información a emplear por el equipo de salud y la no utilización de métodos administrativos apropiados para la organización de éstos en el expediente clínico.

3. La subestimación de gran parte de los médicos y profesores de la tecnología cognoscitiva y del método clínico.

4. Sobrevaloración de los datos de las investigaciones médicas en detrimento de la relación médico-paciente, anamnesis y examen físico.

5. Falta de supervisión y control de las historias clínicas en forma diaria y permanente.

6. Aumento de las especialidades y la fragmentación de la atención médica individual.

7. Deficiencias organizativas y de dirección en muchos de los servicios médicos actuales.” (p. 33 y 34).

En el momento presente a la historia o expediente clínico se le reconocen los valores siguientes:

- Científico
- Docente
- Investigativo
- Administrativo
- Legal

Hoy en día podemos identificar dos tipos de historias clínicas: la estructurada según las fuentes de información y la estructurada según los problemas de salud.

I. Estructurada según las fuentes de información

También conocida como historia clínica tradicional o de viejo estilo. En este tipo de expediente los datos se registran en secuencia cronológica. Sus secciones se titulan según la personal fuente de los datos como sigue: notas médicas, notas de enfermería, historia psicosocial, reporte de exámenes complementarios y notas administrativas. En este formato se refieren los datos y problemas del enfermo de índole diversa, como anotaciones en orden cronológico de las personas del equipo de salud que, deberán ser

sinetizadas por el médico de asistencia, quien a su vez hará una evaluación integral de las dificultades encontradas y planificará, coordinará y preparará las decisiones y eventos que serán recogidos como notas de evolución. A continuación se presentan los datos necesarios que deberán llevar:

1. Datos administrativos

2. Anamnesis

- Datos de identidad
- Motivo de consulta - ingreso
- Historia de la enfermedad actual
- Antecedentes patológicos personales y familiares
- Hábitos tóxicos y datos ambientales
- Historia psicosocial
- Interrogatorio por sistemas y síntomas generales
- Examen físico
- General
- Regional
- Por sistemas

3. Historia psicosocial

- Nacimiento y desarrollo psicomotor
- Datos sobre edades preescolar y escolar
- Historia educacional
- Historia psicosexual y matrimonial
- Adaptabilidad social
- Actividades generales e intereses

- Historia médica psicopatológica anterior
- Historia socioeconómica

4. Discusión diagnóstica
5. Control de laboratorio
6. Evolución
7. Hoja de especialidades
8. Indicaciones médicas
9. Observaciones de enfermería
10. Hoja de egreso

Para Fernández (2005), este tipo de historia clínica se critica entre otras cuestiones por lo siguiente:

- “- No relaciona con claridad los problemas individuales con los planes apropiados para darles solución.
 - La lógica de las acciones del equipo de salud no se manifiesta de manera continua.
 - Lo anterior podría traer como consecuencia que la retroalimentación que debe existir entre las Ciencias Básicas y la Medicina Clínica se rompa, de modo que los principios teóricos y la práctica médica deambulen separadamente.”
- (p.35)

II. Estructurada por problemas de salud

Denominada de nuevo estilo, como característica distintiva Fernández señala que:

“está estructurada por problemas de salud conservando la secuencia cronológica y los datos están organizados dentro de problemas diversos, identificados por las diferentes fuentes. Las notas de evolución estarán incluidas dentro de cada problema identificado y se confeccionan siguiendo la cronología ya especificada. Su autor, Lawrence L. Weed, postuló que el médico debía organizar sus historias de forma que quede constancia permanente de la información básica obtenida en todos los enfermos. En éstos quedan identificados problemas de salud que reciben un título, código y número, y a cada uno de ellos se les realizan planes de tipo diagnósticos, terapéuticos y de educación al paciente.” (2005, p.36).

En el expediente clínico estructurado por problemas de salud, los componentes son:

1. Datos administrativos
2. Información básica
3. Listado inicial de problemas. Lista maestra
4. Discusión diagnóstica
5. Planes iniciales
6. Notas de evolución y consultación
7. Indicaciones médicas
8. Anotaciones de enfermería
9. Resumen al egreso

INFORMACIÓN BÁSICA

- Motivo de ingreso o consulta
- Anamnesis reciente o Historia de las enfermedades actuales
- Anamnesis remota o Antecedentes patológicos personales y familiares

- Perfil del paciente
- Interrogatorio por sistemas y aparatos
- Examen físico

PERFIL DEL PACIENTE

- Situación conyugal
- Situación familiar
- Situación psiquiátrica
- Situación laboral
- Situación económica

A este expediente Fernández (2005) menciona que:

“se le han de reconocer las siguientes ventajas:

- Es congruente con el método clínico y su lógica.
- Facilita el acceso a la información del expediente.
- Puede ser comprendido por el enfermo y el personal médico.
- Mejora la comunicación entre los miembros del equipo de salud.
- Facilita el empleo de las técnicas de control de la calidad.
- Contribuye a la aplicación de las técnicas de digitalización.” (p.43).

Al igual que a la historia clínica tradicional Fernández le ha dirigido las siguientes críticas:

- a) El término "problema" no es posible estandarizarlo.
- b) Se le dedica más tiempo a la historia clínica que al paciente.
- c) No resuelve las situaciones apremiantes de la medicina clínica:

- La validez, calidad y uniformidad del dato clínico que se obtiene del paciente.
- Las deficiencias en el procesamiento de los datos para realizar el diagnóstico, la toma de decisión y el juicio clínico.” (2005, p.45)

En general, se considera que en ambos formatos existe una "orientación" hacia la solución de problemas y que las diferencias esenciales radican en cómo se estructuran y disponen los datos básicos. Más adelante nos referiremos a las facilidades en aplicar las técnicas de control de la calidad. Aún en nuestros días, constituye un desafío la creación de un expediente clínico que se ajuste a las concepciones más actualizadas del trabajo médico y que obligatoriamente deba reflejar la esencia del complejo integral médico-paciente, en estrecha relación e interacción con las no menos compleja dimensión biopsicosocial del ser humano. Hasta ahora, esos intentos no han cumplido todas las expectativas.

Se plantea que la historia clínica en sí no determina la calidad de la atención médica, pues la experiencia ha demostrado que mediante el documento es posible seguir paso a paso la conducta del médico, y si bien es cierto que puede existir la situación de que una buena atención no esté recogida ni reflejada en el expediente, lo habitual es que mediante el análisis crítico de éste se puedan determinar fallas en la atención general del paciente. La historia clínica como documento del médico, que ejerce la doble función de profesional y científico de la ciencia clínica, debe ser expresión fiel de las concepciones ya expuestas. El formato del expediente clínico que se adopte, como lo menciona la Asociación Médica del Hospital ABC (2000, p. 55),

“deberá recoger el legado de la experiencia internacional junto a la nacional, pues durante decenios, se han formado varias generaciones de profesionales médicos en los procedimientos para realizar la historia clínica y ésto debe tenerse en cuenta siempre. Para evitar contradicciones estériles, es necesario definir, precisar y conciliar las diferencias de objetivos que existen entre la confección de la historia clínica y la educación del estudiante: por un lado, enseñarle cómo hacerla adecuadamente, y por el otro, el del médico práctico, que debe recoger la información básica esencial para llegar a un diagnóstico total global e integral, establecer la terapéutica y pronóstico de la situación clínica de sus pacientes y brindar distintos niveles de solución.”

En las condiciones de la práctica médica presente, resulta casi imposible la obtención de una base de datos completa debido a que el número de preguntas, técnicas y maniobras serían agotadoras y muchas innecesarias para un caso particular. Por consiguiente, se hace indispensable llegar a un compromiso práctico y definir tanto al nivel nacional como en los diferentes estratos académicos y hospitalarios, la cantidad y calidad de la información básica a obtener en cada paciente adulto y pediátrico.

En cuanto al control de calidad de las historias clínicas, durante largo tiempo ha prevalecido el criterio de que una historia clínica completa se considerará sinónimo de buena atención médica, pero si recordamos los diferentes valores del expediente clínico, podemos percatarnos de que el asunto rebasa la aparente sencillez y entonces la evaluación integral del documento casi constituye una especialidad, donde deben conjugarse los criterios científicos, docentes, administrativos, legales, éticos e inclusive económicos. Los intentos actuales de una evaluación cuantitativa y cualitativa de las historias clínicas obedecen más a requerimientos

administrativos que de otra índole y evalúan la labor del médico y su equipo de trabajo de forma incompleta con ausencia de aspectos importantes como la eficacia y presencia o no de sentido analítico. La verdadera auditoria debe realizarse diariamente al pie de la cama del enfermo. Otro criterio que debe prevalecer es que la auditoria médica no es para reprimir o castigar a los médicos, sino que constituye un elemento educativo insustituible en manos hábiles y en momentos en que la sobrecarga de trabajo del médico limita sobremanera sus posibilidades de superación.

Es necesario precisar, por su gran importancia, que por la reforma del año de 1998, el consentimiento informado deberá estar presente en el expediente clínico, ya que es de suma importancia debido a las implicaciones legales que representa, tanto para el que la otorga como para quien realiza los actos o procedimientos quirúrgicos u obstétricos, ya que por un lado, pueden implicar un riesgo para la salud y la vida de los pacientes y por otro repercusiones legales para el prestador de los servicios. Por las razones expuestas se debe razonar sobre los beneficios de su uso, toda vez que y como ya se ha mencionado, en la Carta de Consentimiento bajo Información deben establecerse los beneficios, factores de riesgo, complicaciones, efectos adversos y efectos colaterales que pudieran derivarse de un procedimiento o acto quirúrgico u obstétrico informando al paciente o sus familiares y en su caso, con anterioridad recabar la firma correspondiente de aceptación de los procedimientos. Estas modificaciones se dieron a raíz de la publicación de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1- 1998.

3.3 La Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998

Al tratar este tema debemos iniciar por definir qué es una norma oficial, la cual deberá entenderse como:

“la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación , sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.” (Burgoa 2002, p.225).

Con fecha 7 de diciembre de 1998 se publicó en el Diario Oficial de la Federación esta Norma Oficial Mexicana. El Programa de Reforma del Sector Salud trató de plasmar la mejoría de la calidad de la atención en la prestación de los servicios de salud. Destacando por su importancia el anterior ordenamiento dirigido a sistematizar, homogeneizar y actualizar el manejo del expediente clínico el cual contiene los registros de los elementos técnicos esenciales para el estudio racional y la solución de los problemas de salud del usuario, involucrando acciones preventivas, curativas y rehabilitantes, y que se constituyó como una herramienta de obligatoriedad para los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud. Esta Norma representó el instrumento para la regulación del expediente clínico y orientó al desarrollo de una cultura de la calidad, permitiendo los usos: médico, jurídico, de enseñanza, investigación, evaluación, administrativo y estadístico.

Es importante señalar que para la interpretación de la anterior Norma Oficial Mexicana trataron de tomarse en cuenta los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, especialmente el de la libertad prescriptiva tratando, aunque aún con grandes carencias, de favorecer al personal médico. A través de la esta norma los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, tratarán de prestar sus servicios mejorando la calidad de ellos en beneficio del usuario, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que presten sus servicios. Esta Norma Oficial Mexicana estableció algunos criterios científicos, tecnológicos y administrativos obligatorios en la elaboración, integración, uso y archivo del expediente clínico. La anterior Norma Oficial Mexicana sería de observancia general en el territorio nacional y sus disposiciones serían obligatorias para los prestadores de servicios de atención médica de los sectores público, social y privado, incluidos los consultorios, en los términos previstos en la misma.

Por lo anterior y con objeto de proporcionar mayor "seguridad" y objetividad a las prácticas médicas en nuestro país, los legisladores decidieron implementar diversos cambios en lo tocante al expediente clínico en la NOM-168-SSA1-1998, por lo que se señalarán los puntos principales de esa modificación.

"Primero.- Los establecimientos serán solidariamente responsables respecto del cumplimiento de esta obligación, por cuanto hace al personal que preste sus servicios en los mismos, independientemente de la forma en que fuere contratado dicho personal.

Segundo.- Los expedientes clínicos son propiedad de la institución y del prestador de servicios médicos, sin embargo, y en razón de tratarse de instrumentos expedidos en beneficio de los pacientes, deberán conservarlos por un periodo mínimo de 5 años contados a partir de la fecha del último acto médico.

Tercero.- El médico así como otros profesionales o personal técnico y auxiliar que intervengan en la atención del paciente, tendrán la obligación de cumplir los lineamientos de la presente Norma en forma ética y profesional, todas las notas en el expediente clínico deberán contener fecha, hora, nombre completo así como la firma de quien la elabora.

Cuarto.- Para el caso de los expedientes de psicología clínica, tanto la historia clínica como las notas de evolución se ajustarán a la naturaleza de los servicios prestados, atendiendo a los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, en razón de lo cual sólo atenderán a las reglas generales previstas en la presente Norma.” (Honorable Congreso de la Unión 2005, p.1 y 2).

Así mismo el Honorable Congreso de la Unión al expedir la ya citada Norma Oficial Mexicana señala:

“El expediente en consulta externa, el cual deberá contar con: Historia clínica. Deberá elaborarla el médico y constará de interrogatorio, exploración física, diagnósticos, tratamientos en el orden siguiente:

- 1.- Interrogatorio. Deberá tener como mínimo: ficha de identificación, antecedentes heredo - familiares personales patológicos, incluido ex-fumador, ex-alcohólico y ex-adicto, y no patológicos así como el padecimiento actual.
- 2.- Exploración física. Deberá tener como mínimo: hábitos exteriores, signos vitales como: pulso, temperatura, tensión arterial, frecuencia cardiaca y

respiratoria, así como datos de cabeza, cuello, tórax, abdomen, miembros y genitales.

3.- Resultados previos y actuales de estudios de laboratorio, gabinete y otros.

4.- Terapéutica empleada y resultados obtenidos.

5.- Diagnósticos o problemas clínicos.

6.- Nota de evolución. La cual deberá elaborarla el médico cada vez que proporcione atención al paciente ambulatorio de acuerdo con el estado clínico del paciente donde deberá describir lo siguiente:

- Evolución y actualización del cuadro clínico, incluido tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones.

- Signos vitales.

- Resultados de los estudios de los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.

- Diagnósticos y tratamiento e indicaciones médicas en el caso de medicamentos, señalando como mínimo dosis, vía y periodicidad. En el caso de control de embarazadas, niños sanos, diabéticos, hipertensos, entre otros, las notas deberán integrarse conforme a lo establecido en las Normas Oficiales Mexicanas respectivas.

7.- Notas de interconsulta. La solicitud deberá elaborarla el médico cuando se requiera y quedará asentada en el expediente clínico, ésta la elaborará el médico consultado y deberá contar con:

- Criterios diagnósticos.

- Plan de estudios.

- Sugerencias diagnósticas y tratamiento: y

- Demás que marca el numeral

- Nota de referencia - traslado.

8.- Notas de evolución, la cual deberá elaborarla el médico cada vez que proporcione atención al paciente.

9.- En los casos de urgencia, se estará a lo previsto en el artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

- Hoja de egreso voluntario, documento por medio del cual el paciente, familiar más cercano, tutor o representante jurídico solicita el egreso con pleno conocimiento de las consecuencias que dicho acto pudiera originar, la cual deberá ser elaborada por un médico a partir del egreso y cuando el estado del paciente lo amerite; deberá incluirse la responsiva médica del profesional que se encargará del tratamiento y constará de:

- Nombre y dirección del establecimiento.
- Fecha y hora de alta:
- Nombre completo, edad, parentesco, en su caso, y firma de quien solicita el alta.
- Resumen clínico.

10.- Hoja de notificación al Ministerio Público. en casos en que sea necesario dar aviso a los órganos de procuración de justicia, la hoja de notificación deberá contener:

- Nombre, razón o denominación social del establecimiento
- Fecha de elaboración:
- Identificación del paciente:
 - Reporte de lesiones del paciente, en su caso, Agencia del Ministerio Público a la que se notifica y Nombre completo y firma del médico que realiza la notificación:
- Reporte de causa de muerte sujeta a vigilancia epidemiológica la cual deberá contener fecha, hora, nombre completo así como la firma de quien la elabora."

(2005, p. 3-5)

Además de los documentos mencionados, uno de los más importantes y motivo del presente estudio plasmado en la multicitada Norma:

"Cartas de consentimiento bajo información, las cuales, deberán contener como mínimo:

- Nombre de la institución a la que pertenezca el establecimiento, en su caso.
- Nombre, razón o denominación social del establecimiento.
- Título del documento.
- Lugar y fecha en que se emite;
- Acto autorizado.
- Señalamiento de los riesgos y beneficios esperados del acto médico autorizado;
- Autorización al personal de salud para la atención de contingencias y urgencias derivadas del acto autorizado, atendiendo al principio de libertad prescriptiva y
- Nombre completo y firma de los testigos.

Los eventos mínimos que requieren de carta de consentimiento bajo información serán:

- a) Ingreso hospitalario.
- b) Procedimientos de cirugía mayor.
- c) Procedimientos que requieren anestesia general.
- d) Salpingoclasia y vasectomía.
- e) Trasplantes.
- f) Investigación clínica en seres humanos.
- g) De necropsia hospitalaria.
- h) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos considerados por el médico como de alto riesgo.
- i) Cualquier procedimiento que entrañe mutilación.

El personal de salud podrá obtener cartas de consentimiento bajo información adicionales a las previstas anteriormente cuando lo estime pertinente, sin que para ello sea obligatorio el empleo de formatos impresos.” (Honorable Congreso de la Unión, 2005, p. 6 y 7).

Esto es solo un resumen de los aspectos principales de los cambios que surgieron, mencionando y poniendo cierto énfasis en la parte final, es decir en lo que se refiere a las cartas de consentimiento informado o validamente informado.

3.4 Actualidad y problemática del consentimiento informado en México: La medicina defensiva

Ya se han comentado generalidades e implementaciones del consentimiento informado, pero en México se presentan ciertas peculiaridades, propias de éste país. Si bien es cierto que aunque muy lento se ha iniciado una transformación en diversos rubros, pero y sin embargo, el derecho a la salud es y ha sido un tema un tanto olvidado, las implementaciones legales que se han dado en nuestra legislación en ese sentido se han hecho con relación a la prohibición de fumar en lugares cerrados como en oficinas de gobierno, modificaciones en patentes de medicamentos, etc. Si bien pareciera que México va rumbo a la modernidad científica, en lo que respecta al tema en comento, se encuentra muy atrasado.

En México la ley no obliga a signar un consentimiento informado, la relación médico – paciente siempre ha estado sujeta a la confianza que la sociedad en general ha tenido por la profesión médica y por los profesionales de ésta, mas sin embargo con la cada día mas “norteamericanización” de la sociedad mexicana, además de la complicidad de los medios masivos de comunicación, donde ponderan el *"american way of life"* propio de los Estados Unidos de Norteamérica, sociedad considerada por Zuckerman

como: "la cuna de las demandas médicas, en donde uno de cada siete médicos es demandado cada año". (1999, p 8), así como a la necesidad cultural de "buscar culpables" que priva mucho en esta sociedad mexicana, la relación entre el médico y su paciente se han deteriorado con extrema rapidez.

La comunidad médica mexicana al verse rebasados por las demandas instauradas en su contra, ha tenido que recurrir a lo que hasta hace poco tiempo, no se atrevían a divulgar, a la medicina defensiva, la cual definen algunos tratadistas como la aplicación de tratamientos, pruebas y procedimientos con el propósito principal de defender al médico de la crítica y evitar controversias, por encima del diagnóstico o el tratamiento del paciente, y determinan que se ha convertido en un problema ante la actual privatización de la medicina en México. Trancredi (1978). la define mas ampliamente, describiendo como medicina defensiva a la:

"[...]aplicación de tratamientos, pruebas de laboratorio y procedimientos con el propósito explícito de defender al médico de la crítica., contar con evidencias documentales contra una demanda y evitar controversias, por encima del diagnóstico o el tratamiento del paciente [...] Tiene muchos aspectos negativos como prescribir medicamentos innecesarios, indicar estudios no indispensables, citar repetida e innecesariamente al paciente, aumentar la referencia a centros de especialidad o seleccionar pacientes e incluso evitar a los que tienen padecimientos graves o con complicaciones."(p.27).

Como resultado 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 en una demanda. Demandas y juicios que son la principal causa del proceder defensivo del médico, de hecho podría considerarse que de no existir éstas, no habría medicina defensiva. Las compañías de seguros crearon los seguros de protección médica, con aumentos progresivos en la prima. Todo esto ha ocasionado el encarecimiento de la medicina y forma parte de la medicina defensiva. Las causas del proceder defensivo del médico son múltiples, a continuación se detallan las más importantes :

a) Falta de responsabilidad del médico

Ante la posibilidad de queja o demanda por parte del paciente, el médico evita tomar la decisión de ciertos tratamientos médicos o procedimientos quirúrgicos, en el mejor de los casos consulta otros médicos, o si trabaja en un hospital somete el caso al comité correspondiente, en ocasiones lo deriva o rechaza. Esta actitud, algunos médicos la justifican por el progreso de la medicina en los últimos 50 años, que los ha rebasado, otros a la presión del paciente y sus familiares que exigen o rechazan tratamientos en base a información y la apreciación que tienen del médico como prestador de servicios, "a su servicio", más que como un aliado en la búsqueda de la salud y bienestar del enfermo. En esta situación el médico puede adoptar conductas defensivas no-éticas por falta de responsabilidad lo que podría derivar en negligencia, de capacidad y conocimientos o impericia, falta de habilidad para establecer empatía y una buena relación médico-paciente que le permitan lograr la participación de su enfermo y compartir con el las

decisiones. Desde luego esto no justifica el proceder defensivo, pero ante la mala preparación con que egresa de la licenciatura, las pocas oportunidades y el poco interés de actualizarse, su desempeño es inadecuado, con aplicación superficial de procedimientos clínicos y en ocasiones exceso de confianza, que lo hace invadir campos de la medicina que no domina, o incluso que no conoce lo suficiente.

b) Proliferación de escuelas y facultades de medicina.

Por otro lado, el desempeño del médico y la calidad de la medicina en general, se han visto afectados también por el incremento desmedido de las escuelas y facultades de medicina. Un buen número de ellas “forman” médicos con serias deficiencias que se reflejan en primera instancia, en su incapacidad para aprobar el examen de selección para aspirantes a cursar residencias de especialización médica, que es el modelo aceptado por las instituciones, los médicos y la sociedad de nuestro país, y posteriormente en su desempeño. Al ser rechazados y ver frustrada su aspiración de especializarse, se dedican a actividades ajenas a lo que estudiaron o ejercen la medicina general en forma privada en un consultorio, sólo, o en alguna de las “clínicas particulares” de la periferia de las grandes ciudades del país o en poblados pequeños del interior, con las limitaciones y riesgos que esto conlleva y que eventualmente los puede conducir al ejercicio médico alejado de los principios de la ética y a la medicina defensiva.

c) Avances en tecnología, comunicación e informática

Otro aspecto a considerar es el desarrollo de la tecnología médica, la electrónica y las comunicaciones, que permiten a los enfermos y sus familiares tener acceso a la información rápida y actualizada de su padecimiento, que pudiera ser en ocasiones más reciente que la de su médico, si bien superficial y en algunos casos muy limitada, situación que ha modificado la relación médico-paciente al permitirle no solo participar sino también presionar en las decisiones diagnóstico-terapéuticas, cuestionarlas, aceptarlas o rechazarlas.

El paciente demanda, atención y resultados favorables inmediatos y no acepta dudas o errores, exige ciertos estudios y tratamientos, si ese médico no accede, busca quién se los proporcione, generalmente recurriendo a terceras personas y si éste a su vez no tiene preparación sólida, conocimientos y principios éticos firmes depende y emplea los recursos tecnológicos con mayor frecuencia de lo necesario, aun sin conocer la indicación precisa y los riesgos. Utiliza poco la clínica y el trabajo intelectual para elaborar diagnósticos y prescripciones.

d) Medicina administrada e institucional.

La medicina administrada, tiene aspectos que no se apegan a la ética: seleccionan afiliados y rechazan enfermos portadores de padecimientos crónico-degenerativos o de edad avanzada, también imponen condiciones que "obligan" a sus médicos contratados a actuar fuera de los principios de la ética, como: limitación para interconsultas, exámenes de laboratorio y

gabinete e internamientos, todo esto en detrimento de los derechos de los pacientes y del propio médico, el médico que oculta al paciente la necesidad de un medicamento, la opinión del especialista o de una intervención quirúrgica por la presión del empleador y la necesidad de conservar su trabajo, se cubre tanto de su patrón como del paciente y cae en actitudes ambiguas no éticas y defensivas.

Tena (2004, p. 61) menciona que:

“Algo semejante ocurre en las instituciones del sector salud, los hospitales, en donde sus directivos, administradores y en ocasiones el personal médico y paramédico, fallan en su proceder profesional, cuando difieren la consulta o la intervención quirúrgica que el paciente requiere por carencia de medicamentos, material, equipo o personal, ocultan la indicación minimizando el problema, lo que ocasiona malestar, inconformidad y queja o demanda. Cuando el médico es involucrado por una situación de este tipo, cae en actitudes no-éticas y defensivas para preservar su trabajo y en ocasiones su prestigio”.

Es lo anterior descrito como parte fundamental de la problemática actual, por último se describirán algunos puntos que Zuckerman (1999, p.98) menciona como los más importantes en la aplicación del consentimiento informado, el cual requiere ser aplicado en forma muy precisa y en su justo medio, por el riesgo de ocasionar mayor daño con su aplicación estricta, que si no se cumpliera:

“- El consentimiento informado adquiere una mayor complejidad, en pacientes cuyo nivel de conciencia no se encuentra en niveles óptimos o con menoscabo de sus facultades mentales, derivándose la decisión a los familiares

responsables, de quienes se podría no tener la certeza de que están obrando en busca del beneficio primario del enfermo. En esta circunstancia podrían encontrarse también los niños y los ancianos.

- Riesgo para el médico de caer en un conflicto de conciencia ante la negativa de un paciente para aceptar un procedimiento indispensable o al menos necesario, para dar cabal cumplimiento a los procesos de diagnóstico o tratamiento, que permitan conducir a la identificación de la enfermedad, su tratamiento o curación, a través de un procedimiento terapéutico. Tal es el caso de la negativa a autorizar una transfusión sanguínea, para la atención de pacientes en quienes la falta de utilización de este recurso, podría ser determinante de la oportunidad de sobrevivir.

- Como complemento del punto previo se tiene la negativa de consentimiento para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, en contraposición con disposiciones legales que implican la obligación de un médico, para llevar a cabo cualquier acción que se requiera para preservar la salud o la vida de un paciente”.

Es por lo anteriormente descrito la gran importancia del consentimiento informado. Una sociedad en evolución debiera estar mas preocupada por la protección de la salud y de los encargados de ella, por lo cual es de suma importancia actualizar la legislación al respecto.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 82 DEL
REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA
DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

CAPÍTULO IV PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 82 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

Pues bien, hemos visto en los anteriores capítulos distintos aspectos que aquejan a la comunidad médica en su actuar, el presente capítulo se formulará la propuesta que se ha venido advirtiendo, es decir: la parte toral, la más importante y razón de ser del presente trabajo de investigación.

Como ya hemos visto el artículo 82 del reglamento de la Ley general de salud en materia de prestación de servicios de atención médica, contempla en su texto los siguientes requisitos:

I.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital

II.- Nombre, razón o denominación social del hospital

III.- Título del documento

IV.- Lugar y fecha

V.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización

VI.- Nombre y firma de los testigos.

Así como también nos indica en su último párrafo que:

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras.

Es aquí donde nos detendremos a realizar un análisis de los requisitos que nos indica el texto en comento:

El texto de referencia y quizás por desconocimiento del legislador o quizás por ignorancia, pereza, impericia, negligencia y/o un largo etc. omite requisitos, muy importantes los cuales son valuarde de la relación médico-paciente.

Lo anterior desde el inicio del artículo 82 donde nos indica: "El documento en el que conste la autorización a que se refieren los Artículos 80 y 81 de este Reglamento, deberá contener: " (*Ley General de Salud, 2005.*)

Aquí simplemente el legislador hace referencia del "documento", y como ya lo hemos mencionado, el consentimiento informado no es un simple documento como pretende indicar la legislación, es y será todo un proceso de la relación médico-paciente que implica algo más importante que un "documento", implica la salud del paciente y la tranquilidad, así como, del derecho a ejercer la profesión del colegiado de la salud con la debida protección de la justicia mexicana.

No cabe duda y tal parece que los mexicanos tenemos un grave “defecto”, el cual consiste en un elevado temor a llamar las cosas por su debido nombre, quizás por ignorancia, quizás por temor o quizás por no evidenciar el grado de ignorancia que poseemos, esto es muy grave, el miedo a las palabras, a los argumentos y sobre todo si lo encontramos plasmado en el cuerpo de leyes de nuestro país.

Es por lo anterior donde se debería modificar el primer párrafo del artículo ya mencionado diciendo:

ARTÍCULO 82.- El consentimiento informado en el que conste la autorización ya mencionada que se refieren los Artículos 80 y 81 de este Reglamento, deberá contener:

A continuación unas preguntas a manera de reflexión:

¿A que nos exponemos los mexicanos si partimos de un error o estamos a expensas del buen entendimiento o interpretación de los jueces de las distintas materias que conforman nuestro derecho?.

¿En que grave disyuntiva se pone al médico si se parte de que en las mismas leyes que los rigen y los norman se encuentran palabras u oraciones, harto confusas y poco claras, y éstas dependen de la interpretación hecha por seres humanos falibles y sobre todo con una gran ignorancia en lo que se refiere a terminologías de índole médico?.

La respuesta a las anteriores preguntas se encuentran en la actualidad y forman parte por desgracia de la problemática en que se enfrentan día a día la comunidad de abogados en nuestro país por lo poco legislado en esta materia y que forma parte de la grave problemática que enfrenta el colegiado del derecho al tratar de llevar una defensa del profesional de la salud.

Por otro lado nos enfrentamos ante otra disyuntiva plasmada en el mismo numeral en comento, es decir en el artículo 82 del citado reglamento en donde nos dice solo seis requisitos que deberá contener el “documento”, es decir, el consentimiento informado, alegando:

I.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital.

II.- Nombre, razón o denominación social del hospital.

III.- Título del documento.

IV.- Lugar y fecha.

V.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.

VI.- Nombre y firma de los testigos.

Es importante mencionar que se deberían modificar estos requisitos “mínimos”, debido a que esta ley solo nos menciona lo básico.

¿Ante una intervención de cualquier índole, el lector consideraría que incluyendo solo los anteriores requisitos, bastaría para sentirse plenamente protegido ante contingencias, incluyendo las no previstas por los médicos?.

Y a la comunidad jurídica:

¿Con los anteriores requisitos plasmados en un consentimiento informado, sería suficiente para elaborar una buena defensa de un profesional de la medicina?.

En la presente tesis es de suma importancia recalcar lo absurdo que se consideran ciertas cosas:

Primero: ¿acaso se puede hablar de requisitos mínimos ante la intervención de un paciente?.

Segundo: ¿se puede dar certeza jurídica tanto al paciente como al médico con solo acreditar los anteriores requisitos mínimos?.

Es importante subrayar que quizás respondiendo, pero principalmente resolviendo los anteriores cuestionamientos, se solucionaría la problemática planteada.

Habiendo dicho lo anterior se deberían reformar los requisitos mínimos plasmados en el artículo 82 del reglamento de la Ley general de salud en materia de prestación de servicios de atención médica incluyendo los

siguientes y siendo parte de la razón de ser del presente capítulo, así como de este trabajo de investigación, por lo que el texto de la citada ley debería decir:

ARTÍCULO 82.- El consentimiento informado en el que conste la autorización a que se refieren los Artículos 80 y 81 de este Reglamento, deberá contener:

I.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital:

II.- Nombre, razón o denominación social del hospital o Establecimiento.

III.- Título del documento.

IV.- Lugar y fecha.

V.- Nombre del paciente y Número de expediente.

VI.- Edad.

VII.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización, así como del documento con que acredite su personalidad o personería.

VIII.- Nombre y firma de los testigos y documento con que acreditan su personalidad.

IX.- Nombre, Cédula profesional y Firma del médico responsable.

X.- En caso de cirugías: Nombre, Cédula profesional y firma del Anestesista.

XI.- Nombre y Firma del Instrumentista.

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras.

Aunado a lo anterior y para efecto de lograr una mejora en cuanto a proporcionar certidumbre jurídica tanto al Médico como al paciente, se debería anexar a todo Consentimiento informado la siguiente cláusula:

"Por medio de la presente yo _____ en mi carácter de: _____ manifiesto que se me han explicado a mi entera satisfacción los diagnósticos, el pronóstico, las alternativas de tratamiento, así como de las posibles complicaciones.

Así mismo he tenido la oportunidad de formular todas y cada una de mis dudas referentes al procedimiento o procedimientos, las cuales me han sido contestadas satisfactoriamente y en forma clara. Por lo tanto autorizo a mi médico tratante _____ y a sus asistentes a realizar: _____, así como, para atender las contingencias y urgencias, bajo los principios éticos y científicos de la práctica médica, lo anterior con fundamento en la Norma Oficial Mexicana NOM – 168 – SSA1 – del Expediente Clínico, manifestando en pleno uso de mis facultades mentales y bajo mi más entera responsabilidad que renuncio a ejercer cualquier tipo de acción legal presente y futura, en cualquier vía sea, penal, civil o de

cualquier otra materia, en contra de mi médico tratante y de sus asistentes .
Firma.”

Y a manera de resumen y para finalizar. El consentimiento informado va más allá de la cuestión de si el consentimiento se dio para un tratamiento o intervención. Más bien, se deberá centrar en el contenido y proceso del consentimiento. Al médico se le deberá requerir que proporcione suficiente información como para permitir al paciente tomar una decisión con conocimiento de causa sobre cómo proceder. La presentación del médico debe hacerse de forma tal que el paciente la entienda, ser imparcial e incluir la recomendación del médico.

La coincidencia del paciente o su representante debe ser libre y sin coacción. El principio y la práctica del consentimiento informado depende de que los pacientes hagan preguntas cuando no estén seguros de la información que reciben; en que piensen detenidamente sobre sus opciones; y en que sean francos ante sus médicos sobre los valores, las inquietudes y reservaciones sobre una recomendación en particular. Una vez que los pacientes y médicos convengan en un plan de acción, los pacientes debieran hacer todo lo posible dentro de lo razonable para implementar los aspectos de la atención que estén bajo su control o para informar al médico oportunamente si no es posible hacerlo.

El médico siempre estará obligado a garantizar que el paciente o su representante esté informado adecuadamente sobre la índole del

padecimiento que sufre el paciente, los objetivos, las alternativas, los resultados posibles y los riesgos que implica el tratamiento que se propone.

Se considerará competente para tomar decisiones sobre atención médica a todos los pacientes adultos a menos que un tribunal los haya declarado incompetentes. Sin embargo, en el ejercicio de la medicina clínica, los médicos y los familiares por lo general toman decisiones sin una audiencia formal para establecer la competencia ante el tribunal en casos de pacientes que carecen de la capacidad de toma de decisiones. Este enfoque clínico puede justificarse éticamente si el médico ha determinado cuidadosamente que el paciente es incapaz de entender la índole del tratamiento propuesto, las alternativas, los riesgos, los beneficios y las consecuencias del mismo.

Cuando el paciente carece de capacidad para tomar decisiones, un representante adecuado que lo sustituya debe tomar las decisiones con el médico. Idealmente, los representantes que tomen las decisiones deberán conocer las preferencias del paciente y actuar en la forma que mejor le convenga al mismo. Si el paciente designó a un apoderado, esa decisión debiera respetarse. Cuando los pacientes no hayan seleccionado representantes, el ejercicio de la medicina estándar es que los familiares cercanos fungirán como representantes.

Los médicos deberían estar conscientes de los requisitos legales existentes en su estado en relación con la designación de representantes y la toma de decisiones. En algunos casos, todas las partes pueden convenir en que una amistad cercana es un representante más adecuado que un familiar.

Los médicos deberían ejercer precauciones razonables para asegurarse que las decisiones de los representantes sean consistentes con las preferencias del paciente y lo que más le convenga al mismo. Siempre que sea posible, estas decisiones deberían tomarse en el marco médico por los médicos, representantes y otras personas que atienden al paciente. Los médicos deberían enfatizar a los representantes que las decisiones deberán basarse en lo que el paciente hubiera deseado, no en lo que los representantes elegirían para ellos mismos. Si existieran desacuerdos que no pudieran solucionarse, los comités de ética de hospitales podrán ayudar. Los tribunales deberán usarse cuando al hacerlo le convendría al paciente, como por ejemplo para establecer la custodia de un paciente sin amistades e incompetente; para solucionar un problema cuando fallan otros procesos; o para cumplir con la legislación estatal.

La mayoría de los pacientes adultos pueden participar en su atención médica y por lo tanto compartir la responsabilidad de la misma. Los médicos no podrán diagnosticar y tratar padecimientos adecuadamente sin conocer totalmente los antecedentes médicos personales y familiares, hábitos, tratamientos actuales y síntomas del paciente. La obligación del médico hacia la confidencialidad existe en parte para asegurar que los pacientes puedan ser francos sin temor de perder la intimidad. Los médicos tendrían que tratar de crear un ambiente en el que la honestidad pueda prosperar y en el que el paciente pueda presentar sus preguntas e inquietudes.

Logrando con lo anterior una mejora en todo lo relacionado a la relación médico-paciente y garantizándoles certidumbre jurídica, tranquilidad y un

mejor desarrollo en todos los aspectos, garantizando así lo que es la esencia del derecho: una buena relación entre los sujetos de Derecho, llámense médicos y pacientes, regulados sana y responsablemente por el derecho mismo, para una mejor interacción de estos en la sociedad.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

En nuestra carta magna, modelo en el siglo XIX de diversas constituciones de estados europeos, se encuentran contemplados una serie de derechos universalmente válidos y que son del orden mundial. Se tiene que el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano, es y debería de ser uno de los pilares para el desarrollo de nuestro país.

Los avances tecnológicos crecen con pasos agigantados en este inicio de siglo, las nuevas tecnologías se encuentran a la vuelta de la esquina y en espera de ser utilizadas en el bien de la sociedad y principalmente en la protección de la ya mencionada salud.

Y por otro lado tenemos también el derecho al trabajo, un bien igual de importante que el antes descrito, ambos, son derechos intrínsecos e inalienables de todos los mexicanos, pero en la presente investigación se abordó desde la problemática de la comunidad médica de nuestro país.

Innegablemente el desarrollo de todas las ciencias continuará día tras día, en un mundo donde los países están en constante crecimiento, todo aquel que no se desarrolle y utilice todo lo que tenga a su alcance, estará condenado al eterno retraso, a seguir formando el tercer mundo y a la marginación mundial.

En el presente trabajo se tocaron temas que a pesar de su complejidad y su importancia, al parecer son de poca difusión e interés entre la comunidad jurídica de nuestro país, toda vez que en la presente se encontraron con muy pocas fuentes para el desarrollo del mismo.

La información recabada principalmente se realizó a través de fuentes médicas, que como ya se había dicho y se seguirá diciendo, son los verdaderos preocupados por su seguridad jurídica en nuestro país, sin olvidar mencionar que son también los grandes olvidados en la legislación mexicana, y lo cual fue fuente y raíz del presente trabajo de investigación.

Ahora bien, el Consentimiento informado no sólo se debería concebir como un documento, sino como un instrumento Médico-Legal que implicará la voluntad y la autorización explícita de un paciente para permitir la intervención de cualquier forma y tipo sobre su cuerpo, y a su vez sería un instrumento por virtud del cual el profesional de la medicina ejercería sin dilación y preocupación el “arte de curar”.

Si bien es cierto, y como ya se ha hecho mención que en nuestra Carta Magna, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales, es de resaltar la poca importancia y recursos con que cuentan las grandes instituciones del sector salud, las cuales aglutinan a la gran mayoría de mexicanos, y otros ni siquiera cuentan con este servicio, tan elemental para la población y tan necesaria para el buen desarrollo de la nación.

Por otro lado las instituciones privadas, que debido a sus altos costos se han convertido en una opción muy exclusiva y está dirigida a una gran minoría en nuestro país, mostrando el terrible atraso social que se vive en México.

Así mismo es totalmente evidente la relación que se da entre el derecho y la medicina, una relación de lo más importante, ya que en muchas situaciones una complementa a la otra y en otras ocasiones y en determinadas materias no se podría explicar una sin la otra, por desgracia en lo referente a la legislación mexicana, la cual más preocupada en conservar a sus representantes políticos, que en proporcionar bienestar a los gobernados, incluyó ciertas características al consentimiento informado, que como se ha visto en la actualidad en el cuerpo de leyes que nos rigen, es decir del derecho positivo, son incluso insultantes debido a su vaguedad y a sus limitaciones.

Es por lo anterior que la propuesta que se ha planteado otorgaría certeza jurídica, tanto a los médicos y a su comunidad, como a los pacientes, receptores de los servicios de salud.

Al incluir la cláusula establecida, el médico y el paciente gozarían de certeza, tranquilidad y principalmente los profesionales de la salud, los cuales dispondrían de los elementos jurídicos para en determinado momento defender su práctica ante cualquier autoridad, con lo que se evitarían las terribles consecuencias que a la postre suelen suscitar los órganos jurisdiccionales en su emisión de juicios, que por desgracia y como ya se ha

mencionado la mayoría de ellas está basada en leyes anticuadas y poco eficaces, las cuales son emanadas de cuerpo de personas comprometidas únicamente con ciertos sectores y sobre todo comprometidas con sus ambiciones personales, entendiéndose, los legisladores.

Cabe señalar y es de suma importancia mencionar que la inclusión de la citada cláusula no se debería observar o apreciar bajo ninguna circunstancia y mucho menos de entenderse, como una renuncia de derechos; para nada, sólo se debería apreciar y de entender en un marco de justicia y equidad para el mejor manejo de las actividades propias de la ciencia médica con su respectivo desenvolvimiento de los profesionales de dicha materia en la búsqueda del principal fin perseguido, es decir, del equilibrio homeostático del cuerpo, o entendiéndose de otra manera, de la salud, y de la propia vida, quizás el mayor bien que todo ser humano posee.

Así mismo y dada la exposición anterior es menester mencionar que, si bien es sumamente importante la inclusión de la cláusula anteriormente mencionada, también lo sería la inclusión de los requisitos mínimos de la carta del consentimiento informado, ya que la actual legislación y específicamente en el artículo 82 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, objeto y fin de la presente tesis, sólo contempla seis requisitos que si bien y como se ha mencionado en el cuerpo de la presente investigación la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, referente al expediente clínico, las amplía un poco más, y se quedan flotando a arbitrio de los profesionales de la medicina que al no contar con una ley que indique un mínimo práctico, saludable, y

para muchos suficiente, optan por incluir incluso requisitos harto excéntricos e incluso lucran con ésta, por supuesto sin olvidar que también los orilla a practicar lo que se ha comentado y suelen llamar como: La medicina defensiva.

Es por lo anteriormente dicho que la propuesta en comento, incluyendo la ampliación e inclusión de los requisitos mínimos establecidos en el artículo 82 de la citada ley, generaría certeza, certidumbre, tranquilidad en todos los sentidos; al paciente por que enunciaría los posibles resultados, incluyendo todo lo que pueda salir mal, e incluso éste mismo podría ejercer su derecho a no ser intervenido bajo ninguna circunstancia por el profesional de la medicina por lo que aquí se generaría un derecho absolutamente propio y exclusivo del paciente, y a renunciar a todo aquello que simple y llanamente no entienda, no comprenda o que simplemente no quiera, entendiéndose ésto como un “derecho a morir” ejerciendo lo que podríamos decir, su derecho a tener una muerte bajo las circunstancias que el considere mejores, con ésto la sociedad mexicana saldría del subdesarrollo en materia de consentimiento informado, dando cada día un paso más al desarrollo social, cultural y al progreso del país en general, que incluso se estaría en la disposición de llamarnos realmente, y por cierto lo que muchos políticos han querido vender por años, un país en vías de desarrollo.

Es importante puntualizar que los sucesos que siempre requerirían consentimiento informado incluyendo la propuesta aquí referida y a efectos de mejorar sustancialmente, serían:

- La hospitalización. En este rubro es de suma importancia incluirlo según la NOM ya referida y sobre todo, y particularmente importante, en lo referente a pacientes psiquiátricos (situación que afortunadamente por ser minoría, pero no menos importante, no se pudo tratar en la presente investigación), a quienes no se les puede hospitalizar en contra de su voluntad, sin un mandato judicial o en casos de urgencias extrema, con riesgo para quienes convivan con ellos, su salud o su vida, particularmente en caso de intento de suicidio.
- La realización de una intervención quirúrgica.
- La práctica de cualquier procedimiento con fines de control de la fertilidad, particularmente si son definitivos.
- La participación en protocolos de investigación.
- La realización de procedimientos diagnósticos o terapéuticos que impliquen riesgo de producir secuelas, discapacidades o complicaciones.
- La práctica de procedimientos invasivos.
- El compromiso del paciente de cumplir con las normas hospitalarias.
- Procedimientos que produzcan dolor no justificado o sufrimiento moral.
- En las urgencias el consentimiento informado debería estar implícito, a menos que el paciente exprese lo contrario.
- El paciente tiene derecho a rechazar tratamientos dirigidos a prolongar artificialmente su vida. Y algo que siempre se debería tomar en cuenta:

El consentimiento informado debería otorgarse por escrito, en formatos oficiales, diseñados "*ex profeso*", con la firma de dos testigos, familiares y no familiares, con lo que se daría certeza legal tanto al médico como al paciente. Con todo lo anterior se daría certeza jurídica al profesional de la

medicina para así lograr la tranquilidad en su actuar profesional e indudablemente, los pacientes se beneficiarían al tener a un médico ocupado únicamente en tratarlos como seres humanos necesitados de salud o preocupados en evitar enfermedades y no como a posibles demandantes, los cuales podrían ocasionarle grandes problemas en todos los ámbitos llevándoles incluso a perder la libertad o la licencia para poder continuar ejerciendo libremente su profesión, incrementando una grave problemática actual en nuestro país, como es el desempleo y engrosando las filas del subempleo, con la consiguiente marginación social y la imposibilidad de acceder a una vida mejor, cosa de lo más violenta y que en la medida de lo posible deberíamos de evitar poniendo en cada uno de nosotros un poco de esfuerzo para lograr lo que afortunadamente la mayoría de los habitantes de este país queremos y soñamos, es decir, llegar a consolidar un país donde todos tengamos el uso y disfrute de por lo menos los derechos básicos que todo hombre en este planeta debiera tener.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Constitución política de los estados unidos mexicano* . México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Ley General de Salud*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Norma oficial mexicana NOM-168-SSA1-1998 del expediente clínico*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica*. México: ISEF.

Alcaraz Torres, R. (2005). *Propuesta para el otorgamiento del Carácter de Autoridad a la Comisión de Arbitraje Médico*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad del Tepeyac, México, D.F.

Asociación médica del hospital ABC. (2000). *Resumen del expediente clínico publicado en el Diario oficial de la federación*. Distrito Federal, México: Anales Médicos.

Burgoa, I. (2002). *Diccionario de Derecho*. (13ª). Distrito Federal, México: Porrúa.

Carrillo, L. (2000). *La Responsabilidad profesional del Médico*. (3ª). Distrito Federal, México: Porrúa.

Casamadrid, O. (2004). *Breve semblanza de la historia y evolución del derecho a la salud*. México: JGH Editores.

Castaño, M. (1997). *El Consentimiento Informado del paciente en la Responsabilidad Médica*. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico. (2005). *Consentimiento válidamente informado*. [versión electrónica]. Recuperado el 15 de Julio del 2006, de <http://www.conamed.gob.mx/consentimiento.htm>

Dobler López, I. (2001, 2 de Enero). *Aspectos legales y Éticos del consentimiento informado en la atención médica en México*. Revista mexicana de Patología Clínica, 03-06. Recuperado 15 de Julio del 2006, de <http://www.medigraphic.com/consentimientoinformado>

De Lorenzo y Montero, R. (et. Al.). (2000) *El consentimiento informado en la responsabilidad legal del profesional sanitario*. Madrid, España: Asociación Española de Derecho.

Edwards, K. (1999). *Ethics in Medicine*.(2a). Washington D.C, U.S.A: University of Washington.

Fauci, A. (et. al.). (2005). *Harrison´s : Principles of Internal Medicine*. (15ava). U.S.A: Mc Graw Hill.

Fernández, D. (et.al.). (2005). *Consentimiento Informado en medicina*. Distrito Federal, México: Servicios de Salud del grupo Ángeles.

Fundación Mexicana para la Salud. (1994). *Economía y Salud : Propuesta para el Avance del Sistema de Salud en México. Informe Final*. Distrito federal, México: Funsalud.

Fundación Mexicana para la Salud. (1995). *El modelo Funsalud, experiencia de una década 1985-1995*. Distrito Federal, México: Funsalud.

Galán, J. (1997). *El Consentimiento Informado del Usuario de los servicios Sanitarios*. Madrid, España: Colex.

García-Córdoba, F. (2005). *La tesis y el trabajo de tesis*. México: Limusa.

Gracia, D. (2002). *Introducción a la Bioética*. (2ª). Bogotá, Colombia: El Búho.

Laurell, A. (2001). *Health reform in Mexico: The promotion of inequality*. (2da ed.). Illinois, U.S.A: International Journal of Health Services.

Paredes-Sierra, R. (et-al). (2000). *Medicina Defensiva en : Arbitraje Médico. Análisis de 100 casos* . (4ta). México: JGH Editores.

Pelayo, A. (1997). *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica*.(2ª). Madrid, España: Dykinson de la Universidad Carlos III de Madrid.

Soberón, G. (1999). *Hacia un Sistema Nacional de Salud*. Distrito Federal, México: U.A.M.

Tena, C. (et.al). (2004). *Problemática Sanitaria de los países en vías de desarrollo*. (2a). D.F, México: IMSS.

Trancredi, LR. (1978). *The problem of defensive medicine*.(8ava). U.S.A: Mc Graw Hill.

Wüst, G. *VII Congreso Internacional de Derecho de Daños: responsabilidades en el Siglo XXI*. (2002, 2-4 de Octubre). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Zuckerman, S. (1999). Medical malpractice: claims, legal costs, and the practice of defensive medicine. (3a). Los Angeles, U.S.A: Health Affairs.