

tes del Poder Judicial de la Federación en México”, en: *Revista CONAMED*, Año 4, vol. 6, núm 17, octubre-diciembre, 2000, p.p.12, 13.

- 10 Acosta Gallo, Pablo, *Salud, profesiones sanitarias y Constitución española*, Ed. MAPFRE, Madrid, 2002, p.p. 3, 4.
- 11 Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Técnica legislativa en Materia de Salud”, en: *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, Ed. Themis-Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2002, T. II, p. 1513.
- 12 Acosta Gallo, Pablo, *op. cit.*, p. 29.
- 13 *Idem*, p. 25.

## El acto médico y el derecho sanitario

Octavio Casa Madrid Mata

*Es licenciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, académico de la Academia Nacional Mexicana de Bioética, consejero de Sociedad Mexicana de Bioética, asociado de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística. En su desempeño profesional destaca el haber sido Subdirector de Apoyo Normativo y Concertación de la Dirección General de Regulación de los Servicios de Salud y Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Servicios de Salud, ambos en la Secretaría de Salud. Así mismo, ha desempeñado los cargos de Director General de Compilación y Seguimiento y asesor del Comisionado Nacional. Ha sido profesor de derecho sanitario en el Diplomado y la maestría en Bioética en la Universidad Anáhuac. Ha publicado diversos estudios y ensayos jurídicos. Igualmente, ha publicado diversos ensayos y artículos jurídicos, de Filosofía, de Filosofía del Derecho y de Historia y es autor de cinco libros de poesía. Actualmente se desempeña como Director General de Arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y Presidente de la Asociación Mexicana de Derecho Sanitario, asociación afiliada a la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario.*

*“Estos son los preceptos del derecho, vivir honestamente, no ofender a otro dar a cada uno lo suyo.”  
Ulpiano.*

Agradezco mucho la invitación, es un gusto estar con ustedes; el tema que habremos de revisar el día de hoy, sin duda es uno de los más complejos del Derecho Sanitario, sin embargo, reviste un gran interés práctico; y amerita su abordaje por la literatura jurídica, especialmente en razón de ser exigua en cuanto al tema se refiere.

Los objetivos de esta presentación, son los siguientes:

- Señalar la naturaleza jurídica del acto médico.
- Plantear su clasificación jurídica y notas distintivas.
- Precisar sus diferencias con el acto administrativo y el acto mercantil.
- Presentar, a lo largo del mismo, algunas conclusiones sistemáticas.

*Y todo empezó en un acto médico...*

En los relatos bíblicos se refiere la creación del hombre, en ellos observamos algunos ejemplos de acto médico.

Así se refiere que Adán es *polvo insuflado de vida* y el **Pantocrátor**, es decir, el **Todopoderoso** otorgó al primer hombre el soplo divino.

Pero hay otros citables, es en la Biblia donde se hace famosa a la costilla de Adán; fue extraída para dar origen a una nueva vida. La anterior es, igualmente, una estampa del derecho sanitario, se trataría de una especie de ejercicio del derecho a la disposición del cuerpo humano. Quien esto escribe no podría establecer si se trató de un acto de trasplante, clonación o algo parecido, sin embargo, algo sucedió por ahí.

En el imaginario cristiano, la idea del trasplante está presente en el milagro de los Santos Cosme y Damián, tales santos reemplazan la pierna de un paciente con cáncer por la pierna de una persona fallecida. Es decir, la idea de acto médico ha estado presente desde siempre.

El tema a examen reviste enorme interés práctico y se inscribe en el estudio de la teoría general del derecho y la ley de causalidad jurídica que puede expresarse siguiendo a Fritz Schreier de la siguiente manera: *toda consecuencia jurídica hallase condicionada por determinados supuestos.*

En ese contexto, de la naturaleza jurídica del acto médico dependerá su tratamiento en la legislación positiva y, en consecuencia, la atribución de derechos y obligaciones a los elementos personales de la relación jurídica médico – paciente.

Debemos recordar: el derecho opera mediante ficciones, es decir, *construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos.*

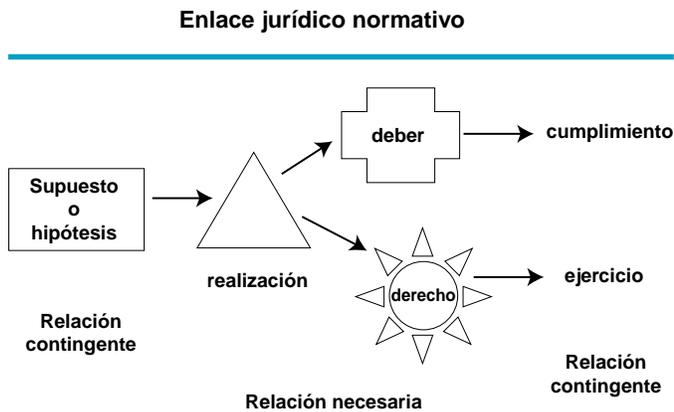
Es decir, la ficción es un supuesto del que parte el legislador para atribuir derechos y obligaciones.

Siguiendo a Federico Jorge Gaxiola Moraila, podemos señalar que la ficción en derecho tiene los siguientes propósitos:

- Servir a las instituciones establecidas.
- Introducir instituciones nuevas.
- Salvar el espíritu y forma de la norma.

- Favorecer la brevedad.
- Facilitar la atribución de consecuencias jurídicas.

Lo anterior se ilustra en el siguiente diagrama:



En esos términos es que se habla de un enlace jurídico normativo; esto es, primero, existe un supuesto o hipótesis y al momento de actualizarse, se da lugar a deberes. Es en esta hipótesis que se podrá hablar del cumplimiento forzado o de un derecho que, a su vez, supone su ejercicio. Es decir, *todo en lo jurídico se reduce a derechos y obligaciones*.

Merced a lo anterior, los hechos jurídicos pueden dar lugar a la creación, modificación o extinción de deberes y facultades y entonces existen distintas clasificaciones de los hechos jurídicos.

En particular es sugerente la teoría italiana, especialmente en términos de la magistral exposición de Francesco Carnelutti; si bien el derecho positivo mexicano ha empleado la clasificación francesa.

### Clasificación de Carnelutti

- Naturales o casuales
- Humanos o voluntarios
- Actos jurídicos

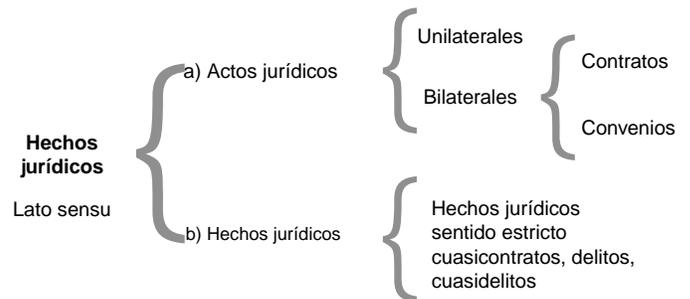
### Hechos jurídicos

- Lícitos.
- Actos jurídicos en sentido estricto.
- Actos ilícitos

Así, dentro de la clasificación establecida por Francesco Carnelutti, dentro del hecho jurídico se observan hechos naturales o casuales, dentro de ellos se encuentran: nacer, morir, y traen aparejadas consecuencias de derecho.

Así también, existen hechos humanos o voluntarios y entre ellos el acto jurídico que a su vez incluye los actos lícitos, al acto jurídico en sentido estricto, y los actos ilícitos.

### Clasificación Francesa



La clasificación francesa, a la que podría calificarse de *apretada*, habla del hecho jurídico en sentido amplio y el acto jurídico que a su vez, puede ser unilateral o bilateral; los contratos y los convenios estarían dentro de los actos jurídicos bilaterales.

Aquí es necesario señalar: *el acto médico es un acto jurídico*, sin embargo, gracias a la interpretación decimonónica se lo ha pretendido encerrar en la apretada camisa de fuerza del contrato.

Se observa un error recurrente, se olvida la existencia de los actos unilaterales; nuestra codificación civil tiene una serie de *remiendos*; ello ha generando reiterados problemas interpretativos en cuanto al acto médico.

No es de extrañar que los temas del derecho sanitario abordados por antonomasia: *contratación, consentimiento y responsabilidad*, hayan sido tratados en el horizonte limitado de las reglas civilistas clásicas, las cuales hace mucho tiempo han sido desbordadas por la realidad médica y, por ende, en el ámbito derecho sanitario.

Incluso la misma evolución de la doctrina, nos va llevando de la mano a la historia del problema interpretativo general.

Por su parte, la definición de acto médico podría catalogarse más bien de tardía y no tiene su origen en una connotación del derecho sanitario, es de origen penalístico. Quizá la definición clásica de tratamiento médico se debe a Carlos Stoss (1898), célebre penalista que posteriormente abordó los temas del derecho sanitario; a su entender el *tratamiento médico* se define en los términos siguientes: *La acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo*.

Habrà de observarse que el autor de mérito y en general, los tratadistas que enseguida citaré, hablan de tratamiento y no de acto médico, ello tiene su origen en las limitadas necesidades advertidas en el pasado; es decir, solamente en la actividad sancionadora del Estado respecto de los delitos contra la vida e integridad física.

Así otro de los clásicos, Filippo Grispigni, define al tratamiento médico-quirúrgico en los términos siguientes: *Aquella modificación del organismo ejecutada según las normas*

indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física y psíquica de la persona o la belleza de la misma.

Esta definición tiene el mérito de intercalar dentro del acto médico, los actos inherentes a la presencia estética, criterio aceptado hasta nuestros días en el derecho sanitario mexicano.

Para Alberto Crespi, el tratamiento médico-quirúrgico es *propriadamente una acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional dirigida a favorecer las condiciones de vida un ser humano vivo.*

Otro de los clásicos, Luis Jiménez de Asúa, expresa la *actividad curativa: Es toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de una persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.*

Carlos María Romeo Casabona, por su parte, al referirse al tratamiento médico-quirúrgico se refiere a la *actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar –directa o indirectamente- la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona.*

Recientemente Juan Antonio Gisbert Calabuig expresa: *acto médico es cualquier actividad de investigación, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación de la salud y/o de la enfermedad de la persona.*

José Caballero, quien igualmente se aproximó al tema se refiere al acto médico a título de *un 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 realizado por otro tipo de profesional de la salud llámese odontólogo, obstetra, enfermera, técnico, etc.*

Habrà de observarse que si bien habla de *objeto*, en puridad debió hablar de la finalidad del acto; en efecto, es de explorado conocimiento que la medicina es una ciencia rigurosa, pero no exacta y merced a ello no siempre es posible curar.

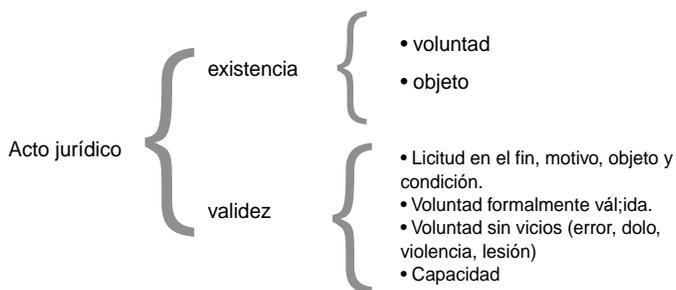
Otros de los autores que a últimas fechas se han referido al tema, Fernando Guzmán Mora y Eduardo Franco Delgadillo, nos dicen que el acto médico *es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como «objeto» la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un «sujeto de derechos»; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.*

En consonancia, la definición clásica de *acto jurídico*, la que priva en nuestro medio, es original de Rafael Rojina Villegas quien señala: *es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.*

Podrá observarse que ninguna de las definiciones anteriores pugna con lo anterior, dicho en otros términos, el acto médico queda inscrito dentro del acto jurídico.

No hemos de abordar pormenorizadamente, dado el espacio reservado a esta presentación, los elementos del acto jurídico; sin embargo, valga señalar que esto supone un sinnúmero de problemas especiales en cuanto se refiere al acto médico se refiere. En esos términos y de manera general, podemos decir que en todo acto médico lícito deberá existir una voluntad y un objeto reconocidos por el derecho, en tanto elementos de existencia y así también, en tanto elementos de validez, será necesaria la licitud en el objeto, motivo o fin; será imprescindible la voluntad formalmente válida, que exista una voluntad sin vicios del consentimiento y así también capacidad en el autor del acto.

### Elementos del acto jurídico



Señala Enrique Varsi Rospigliosi: *La teoría del acto médico, tiene todo un planteamiento orgánico en el derecho comparado, es desarrollada en el sentido que el acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica, entendiéndose por tales actos el diagnóstico, la terapéutica y el pronóstico que realiza el médico.*

Sin duda la referencia jurídica general, para explicar el acto médico, en tanto acto jurídico, está inmersa en la teoría general del negocio jurídico, especialmente para la contratación de servicios y para el consentimiento bajo información, sin embargo, no será ocioso insistir, no es lo mismo el acto médico *in genere* que la contratación de servicios médicos (rubro éste que ha sido ampliamente abordado por el derecho civil y que sólo tangencialmente es del derecho sanitario).

Ataz López, por su parte, uno de los tratadistas más calificados en el derecho sanitario refiere que la actividad médica es *«el conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales».*

«Aprecia que «acto médico» en sentido estricto es aquel que sólo puede legítimamente ser realizado por el profesional con título adecuado para ello, y que tales actos... son aquellos que recaen sobre el cuerpo humano vivo o muerto, y que tienen una finalidad curativa que puede ser directa o indirecta».

El acto médico tradicionalmente y por antonomasia, está ligado a la calidad del profesional que lo realiza (en esos términos, apunta el principio de *idoneidad del profesional de la salud*).

El autor aborda, así mismo, un aspecto importante: si el acto de necropsia es un acto médico. Para el autor citado, la excepción al requisito de la finalidad curativa podría ser el supuesto de necropsia, la cual es ampliamente compartida por quien les habla, al tenor de la legislación nacional.

La delicada y necesaria caracterización jurídica del acto médico, debió ser abordada por el derecho positivo mexicano; en esos términos, en el anteproyecto del reglamento general de atención médica de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció la siguiente definición:

*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.*

En la siguiente parte, habremos de abordar la clasificación jurídica del acto médico y el delicado problema de su naturaleza y así también, habremos de referirnos a su necesaria diferenciación con el acto mercantil y el acto administrativo (que han sido motivo de confusión no sólo en México, sino en la legislación comparada.)

## Clasificación del acto médico

- ✓ Directo
- ✓ Documental
- ✓ Acto médico pericial
- ✓ Acto médico epidemiológico (sanitario en sentido estricto)

Es imprescindible caracterizar los tipos enunciados, en efecto, gracias a la confusión prevalente en nuestro medio, es que se ha supuesto al acto médico violatorio de derechos humanos.

En esos términos, solamente habría tal posibilidad en el acto médico epidemiológico, pues si bien lo es del derecho sanitario, también entraña (según observamos) un acto administrativo; supone el ejercicio de poder, supone, así mismo, el ejercicio de atribuciones, de control y vigilancia sanitarios y sólo ahí podría haber una serie de hipótesis inexistentes en el acto médico directo o en el acto médico documental.

Merced a lo anterior, al tratarse por ejemplo, de un acto de negativa de servicios básicos dentro de un programa público, sí podría hablarse de trasgresión a los derechos de humanidad en razón de discriminación; sin embargo, esto no sucede con el acto médico directo o cuando se trata del acto documental.

En el acto médico directo, mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Los actos médicos directos, a su vez, pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

El acto médico documental, por su parte, es en realidad complementario del anterior y su importancia legal estriba en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso.

El acto médico pericial es, en rigor, *un acto médico procesal a virtud del cual el profesional de la salud o las instituciones especializadas (CONAMED, entre ellas), ilustran mediante su opinión sustentada, a los órganos administrativos o judiciales respecto de uno o varios aspectos de la medicina*. Entraña una función médico forense y entre ellos se incluye a la necropsia.

El acto médico epidemiológico o sanitario en sentido estricto, es el realizado por el personal de salud en apoyo a la acción del Estado para proteger la salud pública, especialmente en asuntos materia de salubridad general de la República e incluye los actos de política pública sanitaria, el acto epidemiológico en sentido estricto (vacunación, etc.); los actos de policía sanitaria (regulación, control y vigilancia sanitarios); la imposición de medidas de seguridad y de igual suerte, la imposición de sanciones administrativas.

## Características principales del acto médico:

- La profesionalidad
- La ejecución típica estandarizada
- El tener por finalidad la protección de la salud
- La Licitud
- La no formalidad

En cuanto a la no formalidad, esta característica es de especial en la contratación de servicios; sin embargo, dado el tiempo asignado a esta presentación no hemos de abordar el tema *in extenso*; empero, en razón de su importancia, las glosamos, a título de referencia necesaria, en el cuadro que ilustramos, siguiendo a Gisbert Calabug.

### Características del contrato de atención médica

- ✓ Bilateral
- ✓ Consensuado
- ✓ Oneroso
- ✓ Conmutativo
- ✓ Personal
- ✓ Continuo
- ✓ Informal
- ✓ Contrato de medios

Juan Antonio Gisbert Calabug

Alejandro Aguinaga Recuenco, por su parte, ha señalado que las características del acto médico son las siguientes:

- Idoneidad
- Competencias exigibles
- Acuerdo entre actores sociales (supone la anuencia del paciente y la voluntad del médico)
- Está sujeta a estándares
- Su actuación es formalizada (en términos de protocolos, algoritmos y guías clínicas)
- Está sujeta a formalidad intangible (en efecto, no todas las reglas de *lex artis ad hoc*, están señaladas por escrito, sin embargo, son parte del uso y costumbre médicos generalmente aceptados).

Los anteriores referentes, nos llevan a la necesidad de abordar la *lex artis ad hoc*, la cual podría ser definida como sigue:

*Aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos - estado o 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.*

Se habla de estándares y los mismos se encuentran en la *lex artis ad hoc*; en tal sentido el acto médico en general, es un acto estandarizado, es un acto reglado, es un acto que se refiere a la buena fe y para esto hablamos de una autorregulación que es facultad del personal médico, en general.

Sobre el particular resulta de interés recordar un célebre pronunciamiento de la Organización Médica Colegial Española, emitido en Madrid, durante octubre de 1987, y que establece a la letra: *«paralelamente al derecho a la autonomía profesional, la profesión médica tiene una responsabilidad permanente de autorregulación y no obstante la existencia de otros reglamentos aplicables a los médicos, la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales del médico.»*

El acto médico está sujeto a una serie de **modalidades**, que son las siguientes:

- Fines específicos.
- Necesidad del paciente (se ha dicho que es la gran legitimadora de la actuación profesional.)
- Tiempo del acto médico.
- Referencias de modo.
- Referencias de Lugar.

Las anteriores modalidades, en cada atención médica, orientan las llamadas *“marcas de contexto”* más importantes en la relación jurídica médico-paciente y de hecho esto caracteriza el régimen jurídico especialísimo. Es decir, el régimen jurídico del acto médico estará caracterizado para cada caso en lo particular; así se ha dicho *no hay enfermedades, sino enfermos*.

En efecto, los distintos algoritmos y protocolos de atención habrán de ser referenciados a cada atención en lo particular.

Estas *marcas de contexto* son las que delimitan no solamente al acto médico en general, sino al régimen jurídico, en lo particular. Empero, el acto médico se está volviendo muy complejo y entonces hablamos de que intervienen una serie de actores, un gran escenario donde está comprendido además del profesional de la medicina, el equipo, las HMO, las administraciones sanitarias, etc.

### Complejidad del acto médico

Por actos de un profesional.  
Por actos de pluriparticipación

Puede darse en distinta forma:

- Participación conjunta o común.
- Participación concurrente o acumulativa.
- Participación disyunta o alternativa.

Lo anterior orienta la necesidad de resolver, invariablemente problemas de tráfico.

## Complejidad del acto médico

Actos del profesional.  
Actos del responsable.  
Actos del jefe del equipo.  
Actos de establecimiento.  
Actos de empresas o contratantes.

Lo anterior orienta la necesidad de resolver, invariablemente, problemas de tráfico.

puede darse en distinta forma:

- Participación conjunta o común.
- Participación concurrente o acumulativa.
- Participación disyunta o alternativa.

Los llamados problemas de tráfico, se refieren a elucidar las obligaciones y, en su caso, responsabilidades de cada uno de los elementos del equipo de salud, y de igual suerte, las atribuibles a los establecimientos, instituciones, responsables y encargados de estos últimos.

Otro de los grandes rubros inherentes al acto médico, se refiere al origen de la relación jurídica médico paciente, en esos términos, siguiendo a Guzmán Mora, se puede generar por:

- 1.- Decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
- 2.- Acción unilateral del médico, en caso de urgencia.
- 3.- Solicitud de terceras personas.
- 4.- Haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

La caracterización prevalente en nuestros días ha sido atinadamente glosada por Enrique Varsi: *entre médico-paciente, hay una relación jurídica contractual o hay una relación jurídica extracontractual.*

Según podrá observarse, aun priva el criterio decimonónico el cual, según hemos señalado en el presente trabajo, ha sido originado por la teoría francesa del acto jurídico prevalente en el derecho latinoamericano. (Que si bien a juicio de quien esto escribe no es la que mejor puede explicar el acto jurídico es la que el común de las legislaciones ha adoptado y el promedio de los juristas refiere.)

Por su parte, Lain Entralgo señala: *"el acto médico está inserto en un escenario social plagado de peligros; es así que al aumentar la complejidad de la ciencia, irá aumentando la responsabilidad del médico".*

En esos términos y según hemos insistido, cada día el acto médico es más complejo y por ende, las relaciones jurídicas que de él surgen son de mayor dificultad para el abordaje jurídico positivo; de lo anterior se sigue que resulta simplista (por no decir una negación) insistir en la vetusta clasificación de actos contractuales y extracontractuales que, en rigor, es un trasunto civilista y por tanto, no alcanza a definir en su real complejidad el acto médico que, en su mayoría es un acto unilateral (por más fuente contractual que se aduzca), en tanto es el profesional quien está a car-

go del paciente y depende de su pericia, diligencia y, en suma, del cumplimiento de su deber general de cuidado.

Merced a lo expuesto, la teoría general del contrato resulta reduccionista y sería arbitraria su extrapolación indiscriminada a la profunda realidad y dramatismo que supone resolver los dilemas bioéticos (anteriormente llamados casos de conciencia); pues siempre cabe el peligro de exigir, indiscriminadamente al profesional obligaciones de resultados, en detrimento de las obligaciones de medios que son el marco general de la atención médica. (Tal es la orientación que infortunadamente se ha pretendido instaurar en los últimos años.)

Merced a lo anterior es necesario, al caracterizar el acto médico, puntualizar que se trata de un acto complejo en razón de:

- ser un acto ético
- ser un acto técnico- científico.
- ser un acto jurídico

En igual sentido, los principios bioéticos en la toma de decisiones médicas inciden en lo jurídico y representan problemas especiales que no pueden ser explicados solamente a la luz de la teoría del contrato; tales principios han sido ampliamente referidos por la literatura médica (si bien no se ha ponderado debidamente su asimilación a los jurídicos) y son:

1. La beneficencia y no- maleficencia
2. La autonomía
3. La justicia (que por sí misma representa un reto por cuanto a su abordaje es uno de los rubros asignados a la filosofía del derecho).

Acto seguido, presentamos una glosa de los principales deberes y obligaciones del médico (a título de referencia, pues de otra suerte no cumpliríamos los objetivos generales planteados para el presente estudio que no es otro de presentar una visión general, inicial si se quiere, del acto médico a la luz del derecho sanitario).

## Obligaciones y deberes del médico

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

- 1.- Secreto Profesional
- 2.- Información adecuada y consentimiento
- 3.- Obligación de conocimiento
- 4.- Obligación de diligencia y técnica
- 5.- Continuidad en el tratamiento
- 6.- Asistencia y consejo
- 7.- Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado.

Expuesto lo anterior, procedemos a diferenciar el acto médico, del acto administrativo.

El acto administrativo, ha sido definido por la autorizada pluma del maestro Miguel Acosta Romero, en los siguientes términos: *Es una manifestación unilateral de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.*

Merced a lo anterior, el acto médico, en estricto sentido, no puede ser entendido como acto administrativo, sólo puede serlo, insistimos, cuando se trata del acto epidemiológico.

Supone una decisión unilateral del órgano de la administración pública.

En efecto, el acto administrativo, supone una serie de características que de ninguna suerte observamos en el acto médico; al efecto el propio Acosta Romero señala como inherentes al acto administrativo, las siguientes:

- La expresión de la decisión se realiza unilateralmente
- Se actúa en términos de una potestad pública
- Es generalmente ejecutivo
- Persigue el interés general.

En el acto administrativo, se observan una serie de elementos que, tampoco se observan en el acto médico y son los siguientes:

### Elementos del acto administrativo

- Sujeto (la Administración Pública)
- La manifestación externa de voluntad
- Objeto, y
- La forma
- Finalidad y motivo\*\*
- La oportunidad \*\*
- El mérito\*\*

Miguel Acosta Romero

\*\* El autor citado niega estos últimos como inherentes al acto administrativo.

Sobre el particular es necesario señalar que el motivo esencial de la confusión se refiere a que los actos médicos se realizan en algunos casos por dependencias o entidades del Ejecutivo. Sin embargo, esto no puede ser el argumento eficaz; en efecto, si bien tangencialmente el acto médico podría provenir del ente público, ni el objeto ni la forma corresponden al acto administrativo. Así tenemos que el objeto no es la protección de un ramo administrativo (hemos expuesto que esto sólo se observa en el acto

epidemiológico) y en cuanto a su forma, el acto médico en general (excepción hecha del epidemiológico) no está sujeto a formalidad alguna.

A mayor abundamiento, el propio texto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo tercero autoriza la posibilidad de tener por comprendido al acto médico, en general, dentro del acto administrativo.

Al efecto, en el numeral referido, se enuncia cuáles son los elementos del acto administrativo, siendo éstos:

- I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
- II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;
- III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
- IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;
- V. Estar fundado y motivado;
- VI. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;
- VII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;
- VIII. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;
- IX. Mencionar el órgano del cual emana;
- X. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- XI. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
- XII. Tratándose de actos administrativos (sic) deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
- XIII. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y
- XIV. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Como podrá observarse, los elementos distintivos del acto administrativo, no son los del acto médico y los que tangencialmente hayan de ser tenidos por comunes (de los aquí enunciados, verbigracia los enunciados en los números VII, VIII y X) son inherentes a todo acto jurídico.

La última parte de esta exposición, está destinada a diferenciar el acto médico del acto mercantil; Cesare Vivante en su *Trattato* señala que *la ciencia, en relación a la posibilidad de definir el acto de comercio, debe reconocer su impotencia para dar un concepto unitario de éste.*

Merced a lo anterior, se han establecido una serie de criterios normativos, todos ellos ampliamente discutidos:

- En el primero, se ha aludido a la *naturaleza del acto*: es decir, a la *intermediación y especulación*.
- El segundo, se ha apelado a la *naturaleza del agente*: y al efecto se ha mencionado la *subjetividad y objetividad* de quien realiza los actos.
- En el tercero y vista la amplia refutación de los anteriores, se ha recurrido a la *enunciación legal* de los actos. (Este es el criterio empleado en la legislación nacional)

Giuseppe Ferri, al referirse a la intermediación y especulación, ha sostenido que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes, con la intención de obtener un provecho, esto es, un lucro.

Según podrá observarse este elemento, no es observable en el acto médico, pues el ánimo no es el obtener un lucro; la finalidad del acto médico es proteger la salud.

Al efecto, y siguiendo a la autorizada pluma de Genaro Góngora Pimentel, podemos decir, que el lucro:

- Es el resultado de una actividad prevista en la ley como mercantil.
- Comprende al interés mercantil (lucro cesante por falta de disponibilidad de capital).

Ninguna de las citadas es inherente al acto médico.

Por su parte expresa Oscar Vásquez del Mercado: *La calificación de mercantil un acto, ya sea porque interviene un comerciante en su ejecución, o bien porque el acto tiene ese carácter, independientemente de la participación de un comerciante, es el llamado criterio subjetivo y objetivo del acto de comercio. Este criterio no fue aceptado por insuficiente....*

El criterio del derecho positivo mexicano (artículo 75 del Código de Comercio, y Ley de Aeropuertos) refiere que son actos mercantiles, los siguientes:

1. Actos de compraventa de inmuebles con fines de especulación comercial.
2. Contratos relativos a las obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.
3. Actos de empresa.
4. Comisión mercantil y mediación de negocios mercantiles.
5. Operaciones de Actos de compraventa y arrendamiento con propósito de especulación comercial.
6. Actos de los bancos.
7. Actos marítimos.
8. Contrato de seguro.
9. Depósito mercantil.

10. Depósitos y operaciones en almacenes generales.
11. Títulos de crédito.
12. Obligaciones de los comerciantes.
13. Los contratos y obligaciones de los auxiliares mercantiles.
14. Actos de agricultor y ganadero.
15. Contrato de fianza mercantil.
16. Acto constitutivo de la sociedad mercantil.
17. Prestación de servicios aeroportuarios.

Merced a lo expuesto, los prestadores de servicios médicos sólo realizan actos de comercio en las siguientes hipótesis:

- cuando expenden o arriendan insumos para la salud en ánimo de lucro.
- cuando se trata de comerciantes de la medicina; es decir, cuando se trata de empresas de servicios médicos.
- cuando se trata de seguros, y
- al negociar títulos de crédito.

Luego entonces, el acto médico, sólo por excepción podrá ser catalogado de mercantil y lo sería solamente en las hipótesis mencionadas.

Si bien el acto médico constituye, en algunos esquemas de pago por prestación de servicios profesionales, la unidad de referencia para determinar la retribución económica como honorarios o como incentivos; en términos de lo expuesto, **no por ello puede de catalogarse de mercantil.**

La regla general ha sido motivo de un pronunciamiento en el Código Internacional de Ética Médica que reza en los siguientes términos: *el profesional médico debe ser considerado distinto de los servicios comerciales y mercancías porque además está sujeto a normas éticas específicas que incluyen la dedicación para prestar una atención médica competente.*

## PANEL 2: La contratación de servicios médicos en el derecho mexicano.

Coordina: Lic. Octavio Casa Madrid Mata

### La Contratación de servicios médicos en el Derecho Civil

Dr. en D. Otón Pérez Fernández del Castillo

*Es Licenciado en Derecho por la U.N.A.M., Especialista en Derecho Privado, con Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho, con mención honorífica por la U.N.A.M. Fue Profesor de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. a*