

¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados

Fernando Silva García*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Interpretación y aplicación directa de los derechos humanos para efectos del juicio de amparo*. III. *Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: Su silenciosa presencia en la jurisprudencia de la SCJN*. IV. *Ponderación de los derechos fundamentales en conflicto: Derecho a la salud del paciente vs. Debido proceso de los médicos*. V. *El derecho fundamental a la salud debe respetarse por hospitales privados y su personal médico*. VI. *Fundamentación y motivación de los laudos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico: La utilización de las Guías de Práctica Clínica para la protección efectiva del derecho fundamental a la salud*. VII. *El perfeccionamiento de la sentencia por la Primera Sala de la SCJN*. VIII. *Conclusiones*

I. Introducción

La reforma constitucional de 2011 incorpora y constitucionaliza el discurso argumentativo derivado de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, la cual ha sido muy clara en reconocer que los derechos humanos tienen eficacia en las relaciones entre particulares, lo que se refleja actualmente en forma visible en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

En la sentencia dictada en el juicio de amparo 501/2011 el 22 de noviembre de 2011, en el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región;

* Juez de Distrito.

que posteriormente fue confirmada (R.A. 117/2012) por la Primera Sala de la SCJN el 28 de noviembre de 2012, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y el proyecto de Javier Mijangos y González, es posible apreciar la forma en que a través del juicio de amparo es posible que sean eficaces los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Los hechos relevantes son los siguientes: Dos médicos reclamaron el laudo arbitral de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico que determinó que incurrieron en mala práctica por negligencia médica al considerar que realizaron un procedimiento quirúrgico sin acreditar su necesidad y debido sustento, así como por atención médica inadecuada a la paciente en la fase postoperatoria. Concretamente, los quejosos (médicos) realizaron un procedimiento quirúrgico a la paciente (tercero perjudicada) a través del cual le quitaron parte de su intestino grueso; de manera que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico resolvió que dicha cirugía resultaba innecesaria e injustificada. Los quejosos (médicos) plantearon que el acto reclamado violentaba los derechos a la debida fundamentación y motivación; asimismo, los quejosos consideraron que los criterios sustentados por la Comisión no se apegaron a los de la medicina moderna y que aquélla realizó una indebida valoración de pruebas.

Creemos que es interesante exponer la sentencia de amparo dictada en dicho asunto ya que, de un lado, contribuye a poner de manifiesto el camino procesal y argumentativo a través del cual es posible que el juicio de amparo sirva para la defensa de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, de otro lado, porque contiene algunas consideraciones relevantes en torno a las relaciones entre paciente, médicos y hospitales privados alrededor de la definición de los alcances del derecho a la salud.

II. Interpretación y aplicación directa de los derechos humanos para efectos del juicio de amparo

Los jueces constitucionales estamos directamente condicionados por los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como por los reconocidos en los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano. Al respecto, el artículo 1o de la Constitución dispone lo siguiente:

Art. 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

El artículo 1o de la Norma Suprema, al establecer que los derechos humanos de fuente nacional se interpretarán de conformidad con los derechos humanos de fuente internacional, constituye una norma constitucional de apertura, cuyo efecto central consiste en otorgar eficacia constitucional a los tratados internacionales de la materia de los que México es parte y, en consecuencia, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para ejercer jurisdicción con respecto al Estado mexicano; en tanto que la jurisprudencia internacional proyecta el contenido concreto de las normas convencionales contenidas en tales instrumentos de producción externa. En ese sentido, desde cierta perspectiva, los jueces debemos resolver los juicios de amparo a la luz de los derechos que nos vinculan directamente, hayan sido o no invocados por las partes; en virtud de que lo contrario generaría el riesgo de que las sentencias inobservaran disposiciones jurídicas que resultan constitucionalmente obligatorias para todos los poderes públicos.

III. Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: Su silenciosa presencia en la jurisprudencia de la SCJN¹

Se ha reconocido que las últimas décadas del siglo XX han correspondido a un paulatino desmantelamiento del tamaño del Estado. De manera paralela a ese empequeñecimiento del Estado, se ha fortalecido el Estado intangible, entendido como los entes

¹ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, 2007, 314. Véase también Silva Meza, Juan; Silva García, Fernando. *Derechos fundamentales*. México, Porrúa, 2009.

de derecho privado que influyen directamente en las funciones de naturaleza pública.² Coloquialmente, se ha afirmado que hoy los individuos se encuentran expuestos a fuego doble: el del Estado y el de particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido. En ese orden de ideas, la doctrina sustenta que la afectación de derechos fundamentales por parte de particulares es atribuible, en última instancia, al Estado, por no haber prevenido adecuadamente esa posibilidad. Por ende, la defensa de los derechos ante otros particulares es también una forma de defensa ante el Estado por su imprevisión o su incapacidad para evitar el daño.³

Es verdad que, en nuestro país, el mecanismo central de protección de derechos fundamentales (juicio de amparo) no es procedente *directamente* en contra de actos emitidos por particulares. Así lo ha establecido la SCJN en diversos precedentes:

AMPARO IMPROCEDENTE (CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES). Si los conceptos de violación se enderezan exclusivamente a sostener la existencia de ciertos derechos provenientes de pactos contractuales entre particulares, su desconocimiento por una de las partes, no es un acto decisivo, ni da lugar a ejercitar, en forma directa, el juicio de amparo, sin que previamente se decida en controversia ante las autoridades competentes, sobre dichos derechos. (No. Registro: 321,865. Tesis aislada. Materia(s): Común. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: LXXXIX. Tesis: Página: 3156. Amparo administrativo en revisión 5892/46. Camioneros de Celestún, S. C. L. 26 de septiembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfonso Francisco Ramírez. La publicación no menciona el nombre del ponente).

Sin embargo, México no ha sido ajeno al problema relativo a la *eficacia horizontal de los derechos humanos*. La garantía de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares tiene lugar en los procesos jurisdiccionales ordinarios, cuyas sentencias, al final del día, son impugnables (por razón de inconstitucionalidad), a través del juicio de amparo, en sus respectivos casos. Es por ello que en México, como sucede en otros países, puede hablarse de la existencia de una *eficacia horizontal indirecta* de los derechos fundamentales. Este tipo de eficacia se genera cuando el agraviado por el

² La cifra de negocios de General Motors es más elevada que el Producto Nacional Bruto (PNB) de Dinamarca, el de FORD es más importante PNB de África del Sur, y el de Toyota sobrepasa el PNB de Noruega. "Regímenes 'globalitarios'". Número 15-enero, 1997. *Le Monde Diplomatique. Los 100 Editoriales*. Edición Española. Noviembre de 1995.

³ Valadés, Diego. *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*. 10 años de la Novena Época. Cursos. México: SCJN, 2005.

acto de un particular, atentatorio de derechos constitucionales, demanda (o denuncia) a éste, en la vía ordinaria correspondiente (penal, civil, mercantil, familiar, laboral, por ejemplo), conforme a las causales de ilegalidad o nulidad referentes de la ley de la materia, invocando como sustento, paralelamente, el derecho fundamental que estima lesionado. El juez u órgano del conocimiento, como poder público, está sometido a la Constitución, por lo que debe apegar toda su actuación (aplicación e interpretación de la ley aplicable) a la norma suprema, de tal manera que su decisión final no produzca un resultado inconstitucional, contrario al derecho fundamental en juego. En contra de la sentencia o decisión última del juez u órgano ordinario del conocimiento procederá, en su caso, amparo indirecto o directo, a través del cual es posible invocar violación a los artículos 14 y 16 constitucionales (inexacta aplicación de la ley), en relación con la indebida, restringida y/o inexacta interpretación y alcance del derecho fundamental concretamente aplicable. De esa manera se genera la eficacia horizontal indirecta de los derechos humanos, porque, por un lado, lo que se considera atentatorio del numeral constitucional es la sentencia o decisión final de tipo ordinario; por otro lado, porque sólo a través de la decisión jurisdiccional es posible tutelar el derecho fundamental respectivo, que ha sido transgredido desde que tuvo verificación la relación de derecho privado. Un ejemplo de ese camino impugnativo lo constituye, entre otros, el siguiente criterio:

SALARIO. COMPRENDE LAS GRATIFICACIONES ANUALES. Aunque en el contrato de trabajo no se estipule el pago de una gratificación, si la empresa acostumbra darla anualmente a sus trabajadores, teniendo en cuenta que el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo establece que la costumbre es fuente formal del derecho del trabajo, que de acuerdo con el artículo 86 del mismo ordenamiento, el salario comprende las gratificaciones, y que los emolumentos del trabajador comprenden las prestaciones que con posterioridad al contrato se le otorguen, resulta que la aludida gratificación forma parte del salario. Por tanto, cuando la Junta no lo considera así, viola los preceptos antes citados y la garantía de la exacta aplicación de la ley consagrada en los artículos 14 y 16 constitucionales. (No. Registro: 273,680. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Sexta Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Parte, LXXXVIII. Tesis: Página: 27. Amparo directo 8474/62. Javier Soria Rivas. 30 de octubre de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmoirán de Tamayo).

Además, la SCJN ha reconocido expresamente que los derechos fundamentales tienen la capacidad de condicionar las relaciones entre particulares. Pueden citarse como ejemplo, los siguientes criterios:

LIBERTAD DE TRABAJO. El artículo 5o. constitucional, al disponer que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, define una garantía individual y establece, por tanto una limitación a la actividad de los órganos del Estado; pero el “*principio*” que contiene es válido en todos los lugares de la República, como disciplina de las relaciones entre particulares. No cabe cuestionar seriamente si puede una persona de derecho privado, obligar a otra a prestar su trabajo sin la justa retribución, o si debe prevalecer, ante la estimación de un tribunal, el pacto en que se estableciere lo contrario. (No. Registro: 370,703. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: XCV. Tesis: Página: 1639. Amparo civil directo 7860/40. Salinas Francisco A., sucesión de. 4 de marzo de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Vicente Santos Guajardo. Relator: Emilio Pardo Aspe).

ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEBE SER RESPETADO NO SÓLO POR LAS AUTORIDADES, SINO TAMBIÉN POR LOS PARTICULARES. FERROCARRILES. El artículo 14 de la Constitución Federal, debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares u organizaciones privadas de toda índole, toda vez que si conforme a dicha garantía individual, para la aplicación de toda sanción o la privación de un derecho, mediante acto de autoridad, es menester que la persona afectada fuere previamente oída y vencida en juicio, en el cual se satisfagan los requisitos esenciales del procedimiento, con más razón cuando la sanción la va a aplicar una organización de carácter privado como lo es el Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, el cual no puede privar a sus agremiados, aun cuando para ello le autorizaren sus estatutos, de esa garantía constitucional que confiere el derecho de ser oído en defensa, de donde se infiere que para que un trabajador pueda ser expulsado del sindicato a que pertenece mediante la aplicación de la correspondiente cláusula de exclusión, es menester que el trabajador afectado haya sido citado para concurrir al juicio sindical respectivo, en el cual sea debidamente oído en defensa, dándosele la oportunidad de aportar las pruebas que estimare pertinentes, tendientes a desvirtuar los cargos en los que se pretende apoyar la expulsión, pues de no llenarse tales requisitos, es evidente que se priva al afectado de la

garantía constitucional a que se ha venido haciendo mérito; si la Junta responsable no lo consideró así, puesto que estimó inoperante la acción de nulidad que ejercitó el demandante y hoy quejoso del procedimiento relativo a la aplicación en su perjuicio de la cláusula de exclusión, apoyando su fallo absolutorio en el inciso “c” adicionado al artículo 171 de los Estatutos que rigen la vida interna del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, no obstante que el procedimiento que señala ese inciso está en pugna con el texto del artículo 14 constitucional, puesto que priva a los miembros del sindicato de la garantía de audiencia que consigna dicha disposición constitucional, es de concluirse forzosamente que la Junta responsable al estimar inoperante las acciones ejercitadas en el juicio laboral y absolver a la parte demandada de tales prestaciones incurrió en las violaciones que se comentan. (No. Registro: 274,288. Tesis aislada. Materia(s): Común. Sexta Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Parte, LXIX. Tesis: Página: 10. Amparo directo 3855/62. Manuel Martínez Carrasco. 7 de marzo de 1963. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo).

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL*. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en

los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. (No. Registro: 190,652. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: 2a. CLX/2000. Página: 428. Amparo en revisión 2/2000. Norma Angélica Medrano Saavedra. 11 de octubre del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Elena Rosas López).

POSESIÓN. DIMENSIONES DE SU TUTELA CONSTITUCIONAL. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la posesión entre particulares (dimensión horizontal) y entre éstos y los poderes públicos (dimensión vertical)*, al reconocer en su artículo 14, segundo párrafo, que: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos”, sino bajo las condiciones que éste prevé, exigiendo de los particulares un deber de no afectación, garantizado a través de la obligación positiva de los poderes públicos de impedir la violación injustificada del derecho de posesión de otros, si se toma en cuenta que el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal señala que: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. En tal virtud, existe el deber de los poderes públicos de proteger la posesión y los derechos que de ella deriven frente a intromisiones injustificadas, a fin de que adquiera eficacia jurídica dicha garantía individual en ambas dimensiones. (No. Registro: 178,950. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXI, marzo de 2005. Tesis: 2a. XXVII/2005. Página: 359. Contradicción de tesis 131/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero del Décimo Octavo Circuito y Tercero del Sexto Circuito, en contra del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 21 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, pues no se refiere al tema de fondo que se resolvió).

Todos esos antecedentes cobran actualidad a través de la siguiente tesis emitida por la Primera Sala de la SCJN:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de

cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad. [Décima Época. Registro: 159936. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.). Página: 798. Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Facultad de atracción 261/2011. Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 22 de febrero de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Amparo directo en revisión 2934/2011. Inmobiliaria Eduardo, S.A. de C.V. 13 de junio de 2012. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez. Amparo directo 8/2012. Arrendadora Ocean Mexicana, S.A. de C.V. y otros. 4 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González].

IV. Ponderación de los derechos fundamentales en conflicto: Derecho a la salud del paciente vs. Debido proceso de los médicos

En la especie, el derecho que asiste a los quejosos al debido proceso ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, así como el derecho a la fundamentación y motivación de sus resoluciones, debe ponderarse en forma equilibrada y adecuada frente al derecho fundamental a la salud de la paciente tercero perjudicada, a fin de que la sentencia respete todos y no solamente algunos de los derechos humanos implicados en el juicio de amparo; máxime que en el caso el Estado se encuentra obligado a emitir medidas necesarias y razonables de protección a los sujetos vulnerables, como lo es el caso de la paciente (tercero perjudicada), quien resulta ser el sujeto más vulnerable en la relación médico-paciente, al depositar en el médico sus bienes más preciados como son: la vida, la salud y la integridad personal.

No debe olvidarse que los jueces debemos examinar la *litis* de los juicios de amparo a la luz de los derechos humanos de fuente constitucional complementando su sentido con los reconocidos por la jurisprudencia internacional de la Corte Inte-

americana de Derechos Humanos; particularmente ponderar de manera equilibrada los derechos fundamentales en juego tanto de la paciente (tercero perjudicada) como sujeto vulnerable y de los médicos (quejosos). Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que tratándose de sujetos vulnerables, el Estado debe emitir medidas necesarias y razonables de protección. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad⁴ y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación.⁵

V. El derecho fundamental a la salud debe respetarse por hospitales privados y su personal médico

El derecho a la salud se ubica, en la actualidad, como una de las exigencias vitales del hombre frente al Estado, por ser un presupuesto lógico para la supervivencia, para la integridad personal y para el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la igualdad y de la libertad.⁶

El derecho a la salud se encuentra reconocido como derecho humano fundamental en numerosos instrumentos y tratados internacionales⁷ y en las constituciones de países de todo el mundo.⁸ En ese contexto, tal como lo ponen de manifiesto muchas

⁴ Caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213 y Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

⁵ Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

⁶ La manifestación más concreta de este tipo de derechos podría entenderse como el derecho a la renta básica, que es definida como un ingreso pagado por el estado, a modo de derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva. Pisarello, Gerardo; De Cabo, Antonio (eds), *El derecho a la renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid: Trotta, 2006.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Carta Social Europea, 1961. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1988. El Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dice que, entre las medidas que se deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, figurarán las necesarias para la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento de la higiene del trabajo y del 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 condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de salud.

⁸ El artículo 4o de la Constitución mexicana establece: Art. 4o. (...) 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. (...) Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral (...).

sentencias dictadas en diversas latitudes, el derecho a la salud impone deberes complejos a todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los propios tribunales; pero también a los particulares,⁹ tales como médicos, hospitales privados, empleadores, administradores de fondos de pensiones y jubilaciones.¹⁰

Como muchos otros derechos fundamentales, el derecho a la salud presenta una faceta poliédrica, que implica, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles; desde obligaciones negativas de respeto hasta obligaciones positivas de promoción y satisfacción, a lo cual se suman los deberes de progresividad y no regresividad:¹¹ *una vez regulado legalmente o constitucionalmente, el derecho a la salud introduce un núcleo esencial, intangible, de necesidades básicas que el legislador no puede modificar arbitrariamente en un sentido regresivo; sobre todo si con ello vulnera el debido proceso o si frustra, bien la confianza generada en sus titulares, bien una expectativa legítima.*¹²

Desde esa perspectiva, el derecho a la salud integra el núcleo intangible definido como *mínimo vital*, por encontrarse dentro de aquellas medidas imprescindibles para evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano;¹³ de allí

⁹ Para la Corte constitucional colombiana, en la sentencia T-251 de 1993, la protección contra particulares tiene lógica cuando éstos, valiéndose de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneran los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad; la idea que inspira la tutela –para la corte– no es otra que el control del abuso de poder.

¹⁰ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

¹¹ Courtis, Christian. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006. Véase Silva García, Fernando; Rosales Guerrero, Emmanuel. “Derechos sociales y prohibición de regresividad: el caso ISSSTE y su voto de minoría”. *Cuestiones Constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, número 20, 2009.

¹² El tema de la irreversibilidad de los derechos sociales fue tratado de manera temprana por Luis López Guerra en “Un Estado social”, en J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español I*, Barcelona, 1980.

¹³ Ver Torres Ávila, Jheison. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cigep-Diakonia, 2002. Por México, véase la tesis: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona -centro del ordenamiento jurídico- no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. (No. Registro: 172, 545. Tese aislada. Matéria(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta. XXV, Mayo de 2007. Tesis: 1a. XCVII/2007. Página: 793. Amparo en revisión 1780/2006. Lempira Omar Sánchez Vigueta. 31 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo)”.

que su interpretación judicial ha llegado a implicar *deberes positivos* para el Estado dirigidos a generar condiciones de acceso al agua potable, servicios sanitarios adecuados, suministro apropiado de alimentos sanos, vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y en el medio ambiente, acceso efectivo a la educación e información, incluida la salud sexual y reproductiva, lo que debe propiciar un marco de colaboración institucional para su debida garantía entre jueces, legislador y administración, a la luz del principio de división de poderes.¹⁴

Al respecto, nuestro más Alto Tribunal ha establecido que el derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, de manera que para garantizar la calidad en los servicios de salud el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una de estas acciones puede ser el desarrollo de políticas públicas y otra, el establecimiento de controles legales. Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado.¹⁵

Apoya lo anterior, la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD. El derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiéndose calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas. De lo anterior se desprende que para garantizar el derecho a la salud, es menester que se proporcionen con calidad los servicios de salud, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos. Esto es, para garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger el derecho a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una de estas acciones puede ser el desarrollo de políticas públicas y otra, el establecimiento de controles legales.

¹⁴ Véase Silva García, Fernando (coord.). *Derecho a la Salud. Garantismo Judicial*, México: Porrúa, 2010.

¹⁵ Tesis aislada 1a. LXIII/2008, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, julio de 2008, página: 456, de rubro: "DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD". Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, tal como dispone el legislador ordinario en el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud. (Novena Época, Registro: 167530, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Tesis: 1a./J. 50/2009, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIX, Abril de 2009, Materia(s): Administrativa, Página: 164).

Así como la tesis aislada del Pleno de la SCJN:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica,

que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos. (Novena Época, Registro: 192160, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, P. XIX/2000, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, marzo de 2000, Materia(s): Constitucional, Página: 112).

En suma, en la sentencia en comento quedó subrayado que el derecho a la salud debe ser respetado por hospitales privados y su personal médico, así como por los hospitales públicos y, desde luego, por todas las autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales dentro del Estado mexicano.

Al respecto, en la sentencia también se apuntó que el juicio de amparo procede exclusivamente contra actos de los poderes públicos; sin embargo, ello no implica que los actos de particulares que los afectan (intervención quirúrgica y mutilación parcial de órganos innecesarias en perjuicio de la paciente) sean ajenos al control del juez constitucional. El hecho de que el juicio de amparo sea improcedente en contra de actos de particulares, no conduce a determinar que los derechos, las libertades y los bienes jurídicamente protegidos por la Constitución sean vulnerables en las relaciones entre particulares, puesto que tales intereses se salvaguardan a través de los procesos ordinarios (penales, civiles, laborales, familiares, arbitraje médico, etcétera), cuyas resoluciones y/o sentencias, al final del día, además, son impugnables a través del juicio de amparo indirecto o directo; momento en el cual es posible que las partes (quejoso y tercero perjudicado) también hagan valer los derechos humanos implicados, en caso de que la autoridad responsable haya inobservado indebidamente o realizado un equilibrio inadecuado, en el ejercicio del control de legalidad e interpretación del derecho ordinario que tiene encomendado, entre alguno de los derechos humanos aplicables a la relación entre particulares que dio lugar al conflicto.

Se consideró relevante puntualizar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil* ha señalado que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su

jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. Así mismo señaló que la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos, de manera que consideró que la obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.¹⁶

Con base en dichas premisas, se encontró que toda práctica en los hospitales privados dirigida a privilegiar directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial y/o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos, a la integridad personal y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios e inclusive, en su caso, una conducta delictuosa.

De manera que los hospitales privados y su personal médico deben pagar daños y perjuicios a los pacientes ante cirugías e intervenciones innecesarias; lo cual deriva que los médicos deban estar cubiertos mediante un seguro de responsabilidad civil profesional a fin de que sea viable y se encuentre garantizada la posición vulnerable de los pacientes en una situación de esa naturaleza, todo ello como exigencia del derecho fundamental a la salud; máxime que, desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados constitucional e internacionalmente resulta insostenible e inclusive tendría que tipificarse o considerarse penalizado que mediante cualquier mecanismo organizativo y operativo de los hospitales privados se privilegie el lucro empresarial sobre la integridad personal y la salud del paciente.

Entre otras consideraciones, es por lo anteriormente expuesto que se consideró que la Comisión ajustada a derecho determinó que, en el caso, se actualizaba la mala práctica por negligencia médica de los quejosos.

¹⁶ Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006.V Serie C No. 149.

VI. Fundamentación y motivación de los laudos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico: La utilización de las Guías de Práctica Clínica para la protección efectiva del derecho fundamental a la salud

En aras de proteger y hacer efectivo el derecho a la salud, el Estado mexicano en el Plan de Desarrollo Nacional 2007-2012 planteó como objetivo brindar servicios de salud eficientes, con calidad, calidez y seguridad para el paciente mediante la implantación de un sistema de calidad. En cumplimiento a dicho objetivo, el Programa Sectorial de Salud 2007-2012 y el Plan Nacional de Salud 2007-2012 determinaron, en lo que aquí interesa, la necesidad de impulsar la utilización de las guías de práctica clínica y protocolos de atención médica.

Las guías referidas fueron definidas por la Secretaría de Salud como “un conjunto de recomendaciones desarrolladas de forma sistemática para ayudar a los profesionales y a los pacientes en la toma de decisiones sobre la atención sanitaria más apropiada, seleccionando las opciones diagnósticas y/o terapéuticas más adecuadas en el abordaje de un problema de salud o una condición clínica específica”.¹⁷

Lo que se buscó con la creación de dichas guías fue evitar que los profesionales de la salud en el desempeño de sus labores habituales, frente a un mismo problema de salud eligieran abordajes diferentes derivados de diversas causas como pudieran ser: incertidumbre,¹⁸ ignorancia,¹⁹ presiones externas,²⁰ recursos limitados²¹ o preferencias del paciente.²²

De manera que las guías de práctica clínica estandarizan los procesos de atención médica, con lo cual, el juicio o el criterio médico deja de ser la base central en la toma de decisiones médicas como anteriormente se realizaba, complementándose ahora por métodos científicos estandarizados, consensuados y evaluados, que ofrecen la mejor evidencia científica y, en consecuencia, el máximo beneficio con el mínimo riesgo a los usuarios, promoviendo mejoras sustanciales en el proceso de atención médica que impactan en la evolución de un padecimiento o la calidad de vida del paciente tute-

¹⁷ Dicha definición fue plasmada en el documento “*Metodología para la implementación de Guías de Práctica Clínica*” emitido por el Centro Nacional de Excelencia dependiente de la Subsecretaría de Innovación de la Secretaría de Salud (p. 17).

¹⁸ No existe evidencia científica que defina el valor de los posibles métodos diagnósticos o tratamientos.

¹⁹ Existe evidencia científica, pero el clínico la desconoce o no la actualiza.

²⁰ El profesional conoce el valor de las pruebas o tratamientos, pero el contexto obliga al uso de otros abordajes.

²¹ No se dispone de la técnica diagnóstica o del tratamiento recomendado, por lo que se utiliza una alternativa.

²² Bajo el concepto de conocimiento informado, en la mayoría de los casos la decisión última la tiene el paciente o su familia, por lo que su escala de valores define sus preferencias.

lando de manera efectiva el ejercicio del derecho a la salud previsto en el artículo 4o de nuestra Norma Fundamental.

Desde el año 2008 hasta la fecha la Secretaría de Salud ha desarrollado 378 Guías de Práctica Clínica oficiales, cuyo objetivo principal, como ya quedó asentado, es proporcionar información basada en la mejor evidencia científica disponible sobre los principales problemas de salud del país, para orientar en la toma de decisiones clínicas y gerenciales, a fin de contribuir en la mejora de la efectividad, seguridad y eficiencia en la atención médica.

De ahí que la Secretaría de Salud a través de la Dirección Adjunta de Calidad en Salud emitiera la Instrucción 283/2011 a través de la cual se informa a todas las instituciones de salud el acuerdo celebrado por el Consejo Nacional de Salud el 9 de diciembre de 2010 en el que se determinó que las instituciones del sector y los servicios estatales de salud a través de los responsables de calidad conducirían la implementación de las guías de práctica clínica en las instituciones del sector y en los servicios de salud, así mismo se determinó como objetivo que las guías se constituyan en un referente habitual en la práctica profesional de la atención de la salud; igualmente se determinó incorporar a las guías como referente para los procedimientos de resolución de quejas sobre la atención médica por el Comité o Comités correspondientes.

Sin que además deba dejar de mencionarse que el uso de las guías de práctica clínica son un elemento que ya se toma en cuenta para efectos de acreditar a todas las instituciones de salud de primer nivel de atención, lo anterior se ve materializado en la Instrucción 328/2011 emitida por la Secretaría de Salud a través de la Dirección Adjunta de Calidad en Salud que determina que para la aprobación de la cédula de acreditación se calificará la difusión, capacitación e implantación de las guías de práctica clínica.

En ese orden de ideas, en la sentencia se aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, que señala que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado,²³ de lo cual deriva que la Secretaría de Salud sea responsable de vigilar y garantizar que los hospitales privados y su personal médico realicen la prestación del servicio de salud sin que se privilegie, bajo ningún esquema operativo y organizacional el lucro empresarial y/o personal de los médicos sobre los derechos humanos a la integridad y salud de los pacientes.

²³ Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006.V Serie C No. 149.

Por lo anteriormente expuesto, se estimó que dada la relevancia de las Guías de Práctica Clínica, éstas deben utilizarse como referente básico por todos los servidores del sector salud, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y/o comisiones estatales; así como por todas aquellas autoridades jurisdiccionales que conozcan de una controversia de responsabilidad médica con la finalidad de que la prestación del derecho a la salud sea eficaz y segura tanto en hospitales públicos como en hospitales privados; especialmente porque la falta de utilización de las Guías de Práctica Clínica es susceptible de generar actos y resoluciones contrarias al derecho fundamental a la salud.

En el caso de mérito, las consideraciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el acto reclamado encontraban fundamento en la manifestación relativa a que la literatura especializada apoya su criterio, siendo que al final del laudo reclamado la Comisión citó bibliografía diversa, lo que se consideró una fundamentación y motivación suficiente del acto reclamado, máxime que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico constituye una autoridad especializada en la materia. En la sentencia se estimó que la Comisión bien pudo acudir en su resolución a las Guías de Práctica Clínica emitidas por la Secretaría de Salud; máxime que en el caso la atención médica controvertida está relacionada con un padecimiento respecto del cual ya existe una Guía aplicable denominada “Diagnóstico y tratamiento diverticular del colón” misma que ya se había publicado al momento de emitir el laudo reclamado y que su consulta es pública dentro de la página de internet de la Secretaría de Salud registrada con el número SSA-219-09. A ese respecto, en la sentencia se destacó que lo resuelto en el laudo reclamado coincide en su totalidad con la Guía de Práctica Clínica emitida por la Secretaría de Salud, aplicable al caso.

La autoridad responsable consideró que los quejosos incurrieron en mala práctica por negligencia médica toda vez que realizaron un procedimiento quirúrgico sin acreditar su necesidad y debido sustento al considerar que la enfermedad diverticular de su paciente no ameritaba intervención quirúrgica. Al igual que el laudo reclamado, la guía aplicable señala que la enfermedad que padecía la tercero perjudicada “*Enfermedad divertículo no complicada*” no ameritaba tratamiento quirúrgico, sino sólo tratamiento conservador a través de medicamentos o, en su caso, a través de un drenaje percutáneo. La Guía de Práctica Clínica “*Diagnóstico y tratamiento de la enfermedad diverticular de colón*” al respecto señala que:

- El tratamiento conservador de la diverticulitis no complicada tiene un éxito de resolución del 70 al 100% en los pacientes que la presentan.
- El tratamiento ambulatorio de la diverticulitis no complicada es factible siempre y cuando el paciente se encuentre sin vómito, fiebre, peritonitis marcada y

pueda citarse para seguimiento; debe tolerar la dieta líquida y antibióticos vía oral.

- Si el paciente no cumple con los criterios para el tratamiento ambulatorio o no hay mejoría, deberá hospitalizarse. Iniciar antibióticos intravenosos dirigidos contra gran-negativos y anaerobios y modificar su dieta.
- Los antibióticos utilizados son dirigidos para gran-negativos y anaerobios. Se puede combinar ciprofloxacino o ceftriaxona y metronidazol. La monoterapia con imipenem o moropenem es válida.
- El tiempo necesario de tratamiento antibiótico no ha sido definido con evidencia.
- Parece razonable emplear antibióticos por 5 a 7 días o determinar la suspensión de los mismos de acuerdo a la evolución clínica: ausencia de fiebre, leucocitos normales y ausencia de dolor abdominal.
- La prevalencia de un absceso pericolónico o intramesentérico en pacientes con diverticulitis aguda es de 15%. Deben ser tratados dentro de un hospital con antibióticos intravenosos.
- Los abscesos menores de 2 cm habitualmente no requieren tratamiento intervencionista.
- Se ha identificado que los pacientes con un absceso mayor de 6.5 cm y fiebre de 38.3 °C requieren la mayoría de las veces drenaje percutáneo.
- El drenaje percutáneo guiado por radiología es un procedimiento recomendado para pacientes con un absceso diverticular grande.

En tales condiciones, en la sentencia quedó establecido que la Comisión actuó apegada a la Constitución aun cuando haya prescindido acudir a las Guías de Práctica Clínica emitidas por la Secretaría de Salud, dado que su fallo coincidía integralmente con el contenido de la guía de práctica clínica oficial, aplicable al caso. Por tanto, se desestimó el argumento de los quejosos (médicos), toda vez que el laudo reclamado contiene fundamentos y motivos congruentes con la guía aplicable cuyo contenido pone de manifiesto que la cirugía y mutilación parcial de órganos efectuada a la paciente resultaba innecesaria. Máxime que el concepto de violación también resultaba inoperante, tomando en cuenta que una concesión de amparo para el efecto exclusivo de que la responsable citara en el laudo reclamado la Guía de Práctica Clínica, aplicable al caso, resultaba infructuosa y hubiera retardado injustificadamente el derecho que le asiste a la tercero perjudicada, que sufrió una intervención quirúrgica innecesaria y que debe ser compensada económicamente de inmediato; a fin de evitar que la afectación sufrida quede impune ante un retardo injustificado de la impartición de

justicia prohibido por el artículo 17 constitucional y el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

VII. El perfeccionamiento de la sentencia por la Primera Sala de la SCJN

Como se ha dicho, la sentencia dictada en el juicio de amparo 501/2011 en el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región; fue posteriormente confirmada (R.A. 117/2012) por la Primera Sala de la SCJN el 28 de noviembre de 2012, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y el proyecto de Javier Mijangos y González. Desde luego que la decisión de la Primera Sala de la SCJN vino no sólo a confirmar lo dicho en el Juzgado de Distrito sino a perfeccionarlo.

En sus agravios, los médicos señalaron que la sentencia del juzgador no respetó su juicio clínico y libertad prescriptiva. Al respecto, la Sala recordó que en el amparo directo en revisión 2357/2010, se pronunció por primera vez respecto al derecho a la libertad prescriptiva, como parte integrante al derecho al trabajo de los médicos. En dicha sentencia se definió la libertad prescriptiva como un principio científico y ético, que tiene como finalidad orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar, siempre y cuando este actuar sea en beneficio del paciente y tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso. Así las cosas, la libertad prescriptiva otorga a los médicos discrecionalidad en su actuar, sin embargo, bajo ninguna circunstancia debe equipararse la discrecionalidad con la arbitrariedad, pues el actuar del personal médico debe encaminarse en todo momento al beneficio del paciente, tomando en consideración la circunstancia de cada caso concreto. En este orden de ideas, la libertad prescriptiva del médico, como criterio orientador de la práctica de la profesión médica, constituye una parte esencial de la libertad de trabajo. Por ello, el juez constitucional al analizar las restricciones impuestas a la libertad de trabajo y a la libertad prescriptiva, para determinar si éstas son constitucionalmente válidas, debe comprobar que éstas satisfagan los tres requisitos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, c) que sean proporcionales. Consecuentemente, si alguno de estos requisitos no se cumple, cualquier limitación a la libertad de trabajo no será constitucionalmente válida.

Por otra parte, la Sala consideró que los requisitos legales para el ejercicio de la profesión médica deben considerarse de apreciación estricta, situación que se encuentra justificada, ya que el ejercicio de la medicina es relevante para salvaguardar el derecho a la salud de la población. El Título Cuarto de la Ley General de la Salud,

denominado “Recursos Humanos para los Servicios de Salud”, establece los requisitos para la práctica de la ciencia médica. Asimismo, es importante resaltar el contenido del artículo 79 del mismo ordenamiento legal, el cual dispone que para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.

Dicho lo anterior, la Primera Sala calificó este agravio como infundado debido a que el caso no versa sobre la limitación de la libertad prescriptiva como parte integradora del derecho al trabajo, por el derecho de un tercero, como sería en el caso concreto el derecho a la salud de la paciente. Para la Sala, el Juez de distrito en la sentencia reclamada nunca ponderó la libertad prescriptiva de los médicos quejosos con el derecho a la salud de la paciente, en primer lugar, porque la libertad prescriptiva no fue alegada en la demanda de amparo y, en segundo lugar, porque en realidad nunca se encontró en juego este derecho. La Sala estimó que en el amparo directo en revisión 2357/2010, esta Sala se enfrentó a un problema diverso al que se le presenta en este asunto. En dicho caso se determinó la inconstitucionalidad de una norma oficial mexicana por considerarla violatoria de la libertad prescriptiva. Se trataba de una norma general que obligaba a los médicos a seguir un tratamiento inmodificable para el tratamiento de la obesidad mórbida. Esta situación normativa sí lesionaba en abstracto la libertad prescriptiva del personal médico, pues prácticamente hacía nugatorio su juicio clínico. El presente asunto, indicó la Sala, es muy distinto porque el tema que subyace es la mala práctica médica por la actuación negligente de los médicos tratantes. Como se desprende de los antecedentes del presente asunto, los médicos no fueron consistentes en su método para arribar a un diagnóstico, por lo que a lo largo del acto médico en ocasiones aparece que la paciente padece de enfermedades diversas, que si bien similares a algunos aspectos, al fin de cuentas diferenciables y tratables de manera distinta. A pesar de no contar con un diagnóstico congruente, los quejosos decidieron que el tratamiento indicado era la intervención quirúrgica. Como era de esperarse, la paciente no mejoró, pues de acuerdo al estado de la ciencia médica, el tratamiento indicado no era la intervención quirúrgica. Posteriormente, a raíz de la queja presentada por la paciente ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se emitió un laudo en el que se condenó a los médicos al pago de una cantidad monetaria por haber configurado en su actuar mala práctica médica, debido a que no sustentaron la necesidad de practicar una intervención quirúrgica a la paciente. Por lo anterior, el criterio de esta Primera Sala, se señaló, es que los médicos no fueron limitados en su derecho a la libertad prescriptiva por el laudo reclamado, toda vez que el laudo se circunscribió a determinar si existió mala práctica médica por parte de los quejosos.

En pocas palabras y como bien lo señaló el juez de Distrito, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico únicamente verificó el actuar de los médicos en el caso concreto, más en ningún momento limitó sus derechos profesionales, tan es así que los médicos contaron con toda la libertad para ordenar la práctica de estudios, para emitir un diagnóstico –aunque este haya sido inconsciente- y para determinar que a su juicio era necesaria una intervención quirúrgica.

Adicionalmente, consideró la Sala, no puede aceptarse la concepción consistente en que los hospitales privados y su personal médico son regidos únicamente bajo figuras de derecho privado, en especial cuando estos sujetos obran en aras de la protección de la salud de las personas. En efecto, en virtud de la complejidad de los sistemas jurídicos en la actualidad, y de la estrecha relación entre sus componentes normativos, es claro que existen numerosos ámbitos en los cuales no se puede hacer una división clara y tajante entre derecho público y privado. Así, tomando en consideración que uno de los bienes jurídicos protegidos mediante la atención médico privada es el derecho a la salud, y en virtud de que el mismo constituye un valor tutelado tanto en la Constitución así como en tratados internacionales, es que no se puede restringir al ámbito normativo del derecho privado.

Tomando en consideración lo anterior, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina, al igual que lo hizo el Juez de Distrito, que el derecho fundamental a la salud debe respetarse por hospitales privados y su personal médico. Este Alto Tribunal considera que el simple hecho de que los médicos hayan expuesto a la paciente y ahora tercero perjudicada a un riesgo innecesario, como lo es la práctica de cualquier procedimiento quirúrgico, haciéndole perder por su negligencia la oportunidad de evitar un daño, es suficiente para determinar la mala praxis médica. En conclusión esta Primera Sala coincide con el juzgador de amparo, en el sentido de que el derecho a la salud debe ser respetado por hospitales privados y su personal médico y que toda práctica en los centros de salud privados dirigida a privilegiar, directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios.

VIII. Conclusiones

El juicio de amparo procede exclusivamente contra actos de los poderes públicos; sin embargo, ello no implica que los actos de particulares que los afectan sean ajenos al control del juez constitucional. El hecho de que el juicio de amparo sea improcedente en contra de actos de particulares, no conduce a determinar que los derechos, las libertades y los bienes jurídicamente protegidos por la Constitución sean vulnerables en las relaciones entre particulares, puesto que tales intereses se salvaguardan a través de los procesos ordinarios (penales, civiles, laborales, familiares, arbitraje médico, etcétera), cuyas resoluciones y/o sentencias, al final del día, además, son impugnables a través del juicio de amparo indirecto o directo; momento en el cual es posible que las partes (quejoso y tercero perjudicado) también hagan valer los derechos humanos implicados, en caso de que la autoridad responsable haya inobservado indebidamente o realizado un equilibrio inadecuado, en el ejercicio del control e interpretación del derecho ordinario que tiene encomendado, entre alguno de los derechos humanos aplicables a la relación entre particulares que dio lugar al conflicto.

Con respecto al tema de mala praxis médica, el derecho que asiste a los quejosos médicos al debido proceso y a la libertad de trabajo ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, así como el derecho a la fundamentación y motivación de sus resoluciones, debe ponderarse en forma equilibrada y adecuada frente al derecho fundamental a la salud de la paciente (tercero perjudicado), a fin de respetar todos y no solamente algunos de los derechos humanos implicados en el juicio de amparo; máxime que en el caso el Estado se encuentra obligado a emitir medidas necesarias y razonables de protección a los sujetos vulnerables, como lo es el caso de la tercero perjudicada, quien resulta ser el sujeto más vulnerable en la relación médico-paciente, al depositar en el médico sus bienes más preciados como son: la vida, la salud y la integridad personal.

Desde cierta perspectiva, es posible establecer que toda práctica en los hospitales privados dirigida a privilegiar directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial y/o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios e inclusive, en su caso, una conducta delictuosa.