

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS
SUSCRITOS POR LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS
CENTROS DE ASISTENCIA MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS**



ROSA PRICILA RODAS CAMAS

GUATEMALA, MARZO DE 2007

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SUSCRITOS POR
LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS CENTROS DE ASISTENCIA
MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ROSA PRICILA RODAS CAMAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis"
(Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala)

Guatemala, 29 de mayo de 2006.

Señor Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Señor Decano:

En atención a la honrosa distinción que oportunamente me hizo, para revisar y asesorar, como consejero, a la Bachiller **ROSA PRICILA RODAS CAMAS** en la investigación y preparación de su trabajo de tesis sobre el tema titulado **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SUSCRITOS POR LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS CENTROS DE ASISTENCIA MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS**, respetuosamente me permito informarle que he cumplido con dicho cargo, anotando a continuación mi dictamen sobre el mismo en los siguientes términos:

La Bachiller **RODAS CAMAS**, parte de lo general para llegar a lo particular, de esta forma en el capítulo I presenta un marco de definiciones doctrinarias, necesarias de conocer para abordar el tema objeto de estudio. Es interesante, en esta parte del trabajo, la clasificación que hace respecto de la culpa diferenciándola claramente del dolo y dentro de ella la denominada culpa profesional, dentro de la cual incluye la culpa médica.

En el capítulo II se analiza, con profundidad, lo relativo a la responsabilidad civil proveniente de actos y hechos ilícitos. Llama la atención en esta parte el planteamiento que hace del denominado "daño reflejo", lo cual significa, desde ya, un valioso aporte; igual mención merece el análisis que hace de la responsabilidad civil de centros hospitalarios, aspecto sobre el cual aporta valiosos conocimientos, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como en el de la responsabilidad civil, con especial análisis de nuestra legislación; concluyendo este capítulo con la responsabilidad civil proveniente de la **mala práctica médica**.

En los capítulos III y IV, la sustentante trata dos aspectos importantes, a saber: la responsabilidad y la práctica médica. Principia con el análisis general de la **responsabilidad médica** para luego referirse a la **mala práctica médica**. En esta segunda parte de su trabajo presenta valiosos aportes, a saber: a) la definición clara y precisa de lo que se entiende por mala práctica médica; b) la referencia de dicha mala práctica en el caso concreto de nuestro país; y, c) sobre la carga de la prueba en las acciones civiles provenientes de dicha mala práctica.

El capítulo V se refiere a la cuestión civil de la acción resarcitoria. El tema es tratado desde el ámbito doctrinario general para luego analizar la legislación vigente guatemalteca.

El capítulo VI trata del contrato de servicios profesionales médicos, abordando el concepto general de este tipo de contratos para la luego referirse, de manera concreta, a los contratos de servicios médicos.

El capítulo VII se refiere a la **responsabilidad médica** y a la **culpa médica**, trata en esta parte lo relativo a los actos que constituyen falta de responsabilidad en esta rama de la ciencia, tales como: defectuoso examen del paciente, errores groseros de diagnóstico y tratamiento, daños causados por uso indebido o en mal estado de objetos (aparatos e instrumental) y medicamentos; y omisión de pautas esenciales para el diagnóstico de una enfermedad; abordando lo relativo a los elementos de esta clase de responsabilidad y sus tipos.


Y en los capítulos VIII y IX la Bachiller Rodas Camas aborda la parte medular de su tema. En este orden en el capítulo VIII investigó sobre el **conocimiento informado**, que consiste en el derecho que le asiste al enfermo de estar informado acerca de su padecimiento, sobre la propuesta de tratamiento y terapias alternativas, riesgos y probabilidad de resultados adversos, que le servirán a él y sus parientes para tomar una decisión definitiva. Es importante advertir que la sustentante conceptúa el conocimiento informado como una especie de consentimiento de las obligaciones civiles en nuestra legislación, anotando sus características; para luego tratar en el capítulo final de su trabajo lo relativo al contrato de atención médica, estableciendo su naturaleza jurídica, su concepto y las diversas teorías doctrinarias que refieren a dicha naturaleza jurídica, para terminar con las consecuencias jurídicas que emanan del mismo.

Por todo lo anterior soy de la opinión que:

1. La Bachiller **ROSA PRICILA RODAS CAMAS** ha realizado satisfactoriamente la investigación del tema, lo que le permite presentar como informe final su tesis en el grado de licenciatura.
2. El trabajo aporta valiosos conocimientos para: los juristas que deseen profundizar en esta temática, los abogados litigantes que se encuentren frente a casos de este tipo en su práctica profesional y en cuanto a los médicos para que tomen conciencia de su responsabilidad profesional.
3. El uso del lenguaje médico y del lenguaje y terminología jurídica es adecuado.
4. El universo de la investigación ha sido cubierto.
5. Los aportes del trabajo de tesis son interesantes y encomiables.

En tal virtud considero que el trabajo es satisfactorio y llena, sobradamente, los requisitos de una tesis de licenciatura y que, por lo tanto, debe ser aprobado y ordenarse su publicación conforme al Reglamento respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted respetuosamente,


Licenciado Marco Aurelio Alveño Ovando

Marco Aurelio Alveño Ovando
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, quince de junio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) MALVINA BEATRIZ ARMAS ESPAÑA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ROSA PRICILA RODAS CAMAS**, Intitulado: **"NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SUSCRITOS POR LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS CENTROS DE ASISTENCIA MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

*Licenciada Malvina Beatriz Armas España
Abogada y Notaria*



Ciudad de Guatemala, 12 de septiembre de 2006.

Señor Jefe
De la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Atendiendo a la designación que hiciera de mi persona para revisar el trabajo de tesis presentado por la Bachiller **ROSA PRICILA RODAS CAMAS** intitulado "**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SUSCRITOS POR LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS CENTROS DE ASISTENCIA MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS**", respetuosamente me permito comunicarle que he realizado la labor que se me encomendó y, por lo mismo, procedo a informarle lo siguiente:

- I. El trabajo de tesis presentado por la Bachiller **RODAS CAMAS**, cumple con los requisitos de forma y de fondo exigido por la normativa vigente, por lo mismo, comparto los planteamientos que se presentan en dicho trabajo y considero, también, que el título se adecua a su contenido.
- II. Como resultado de la revisión hecha al trabajo comprobé que el mismo cumple con los requerimientos metodológicos para este tipo de investigación, en este orden considero que las hipótesis planteadas fueron comprobadas y que las técnicas aplicadas son apropiadas al caso.
- III. En conclusión: el trabajo de tesis a que hago referencia llena los requisitos contemplados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de esta Facultad y, por consiguiente, es procedente su aprobación y publicación.

Esperando haber cumplido con la designación que honrosamente se me hiciera, me suscribo de usted respetuosamente,

MÁLVINA BEATRIZ ARMAS ESPAÑA
ABOGADA Y NOTARIA
Col. 2242

*Avenida La Reforma, 7-62, zona 9, edificio Artistas Reforma, 9º. Nivel, oficina
907, Ciudad de Guatemala,
Teléfono: 2385-0905 y telefax 2385-0907*



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Guatemala, veintiséis de febrero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ROSA PRICILA RODAS CAMAS, Intitulado "NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SUSCRITOS POR LOS PACIENTES O SUS FAMILIARES CON LOS CENTROS DE ASISTENCIA MÉDICA Y HOSPITALARIOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/elth



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS NUESTRO SEÑOR: Por permitirme llegar a este momento y poder compartirlo al lado de las personas que aprecio.
- A MIS PADRES: Miguel Ángel Rodas Soto y Rosa Isabel Camas de Rodas
Mi triunfo es su triunfo. Por lo tanto misión cumplida.
- A MIS HIJAS: Lourdes, Hilda y Andrea.
Para que mi triunfo sirva de ejemplo en su vida, y lleguen a superarme.
- A MIS HERMANOS: Victor, Ogden, Alba y Esperanza.
Por compartir siempre los momentos felices y adversos de mi vida, extensivo a sus familias.
- A MIS SOBRINOS: Que la culminación de mi carrera universitaria le sirva de estímulo para finalizar la de ellos.
- A LOS PACIENTES: Por ser fuente de inspiración y la misión diaria en mi vida.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el templo de saber, que me formo en la carrera del derecho, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. Definiciones doctrinarias.....	1
1.1 Hechos jurídicos.....	1
1.2 Acto jurídico.....	2
1.3 Actos ilícitos.....	3
1.4 Salud.....	4
1.5 Derecho	5
1.6 Derecho penal.....	5
1.7 Derecho civil.....	6
1.8 Autonomía.....	6
1.9 El dolo.....	7
1.10 La culpa.....	7
1.11 Obligaciones.....	9
1.11.1 Definición de delitos.....	10
1.12 Diferencia entre delito doloso y delito culposo.....	12

CAPÍTULO II

2. Qué es responsabilidad civil.....	15
2.1 Responsabilidad civil.....	15
2.2 Responsabilidad civil proveniente de ilícitos penales.....	17
2.3 Daño reflejo.....	19
2.4 Iure proprio.....	19
2.5 Iure hereditatis.....	20
2.6 Responsabilidad civil de centros hospitalarios.....	21
2.6.1 La responsabilidad civil en la legislación guatemalteca.....	26
2.6.2 La responsabilidad civil aplicada al caso de mala práctica médica.....	27
2.6.3 El principio de la responsabilidad.....	29
2.6.4 El principio de la responsabilidad de los profesionales de la medicina.....	31
2.7 Formas de culpa médica.....	32
2.7.1 Impericia.....	32
2.8 Inobservancia de normas y procedimientos.....	39

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La responsabilidad médica.....	43
3.1 Consideraciones generales.....	43
3.2 Niveles de responsabilidad.....	45
3.3 La responsabilidad político - administrativa.....	45
3.4 La responsabilidad institucional.....	46
3.5 La responsabilidad del médico.....	46
3.6 Los factores de atribución de responsabilidad.....	49

CAPÍTULO IV

4. Qué es la mala práctica médica.....	55
4.1 Mala práctica médica.....	55
4.2 Antecedentes.....	59
4.3 La mala práctica médica a través de la historia.....	61
4.4 Responsabilidad penal proveniente del tratamiento médico.....	64
4.5 La responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión.....	67
4.6 Salud, derechos humanos y mala práctica.....	68
4.7 La prueba de la culpa médica.....	70
4.7.1 La prueba de presunciones.....	72
4.7.2 Cargas probatorias.....	73
4.8 Mala práctica.....	75
4.9 Carga de la prueba en la responsabilidad profesional.....	75
4.10 Relación de causalidad en la responsabilidad profesional.....	77
4.11 Mala práctica en el ejercicio de la profesión médica.....	78
4.12 Cirugía curativa o reparadora y cirugía estética.....	80

CAPÍTULO V

5. Qué es la acción resarcitoria.....	81
5.1 La acción resarcitoria.....	81
5.2 Indemnización.....	82
5.3 El daño psíquico, sus diferencias con el daño moral.....	84
5.4 Reflexiones del ponente al respecto de este capítulo.....	86
5.5 Mala práctica: Aspectos legales en la relación médico - enfermo	87

CAPÍTULO VI

	Pág.
6. Qué es el contrato de servicios profesionales.....	93
6.1 El contrato de servicios profesionales.....	93
6.2 Contrato de servicios profesionales.....	94
6.2.1 Profesional.....	94
6.2.2 Profesional liberal.....	96
6.2.3 Técnico.....	96
6.2.4 Legal.....	96
6.2.5 Contrato de prestaciones de servicios profesionales.....	97
6.2.6 Contrato de servicios técnicos.....	97
6.3 Características.....	97
6.3.1 Elementos personales.....	98
6.3.2 Elementos reales.....	98
6.3.3 Elemento formal.....	99
6.3.4 Modalidades.....	99
6.4 Diferencias con el contrato laboral.....	100
6.5 Sujetos contractuales.....	101
6.6 Clases de contratos.....	102
6.7 Regulación legal.....	102
6.7.1 Faccionamiento.....	104
6.8 Con particulares y sociedades.....	105
6.9 Con el estado.....	105
6.10 Contrato de servicios profesionales.....	105

CAPÍTULO VII

7. Responsabilidad médica.....	107
7.1 Ejercicio de la medicina.....	107
7.2 Definición de responsabilidad.....	110
7.3 Elementos de responsabilidad.....	111
7.4 Responsabilidad profesional.....	112
7.5 Responsabilidad jurídica.....	112
7.6 Tipos de responsabilidad médica.....	112
7.7 Culpa médica.....	115
7.7.1 Delimitación.....	115
7.8 Deber profesional.....	117

CAPÍTULO VIII

	Pág.
8. El consentimiento.....	119
8.1 Consentimiento informado.....	119
8.2 Procedimientos.....	126
8.3 Consecuencias seguras.....	131
8.4 Riesgos típicos.....	131
8.5 Riesgos personalizados.....	132
8.6 Legibilidad del documento.....	132
8.7 Presentación del documento.....	132
8.8 Excepciones.....	133

CAPÍTULO IX

9. El contrato de atención médica.....	137
9.1 Naturaleza jurídica.....	137
9.2 Concepto de contrato de atención médica.....	139
9.3 Teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de atención médica.....	142
9.3.1 Teoría acontractualista.....	144
9.3.2 Variante de la tesis acontractualista.....	146
9.3.3 Teoría del contrato de mandato.....	148
9.3.4 Tesis del arrendamiento de servicios.....	155
9.3.5 Tesis de la prestación de servicios profesionales.....	160
9.3.6 Teoría del arrendamiento (locación) de obra.....	165
9.3.7 Tesis del contrato de trabajo.....	171
9.3.8 Tesis del contrato innominado.....	174
9.3.9 Hipótesis del contrato sui generis.....	176
9.3.10 Teoría del contrato atípico.....	177
9.3.11 Tesis del contrato mixto.....	178
9.3.12 Teoría del contrato multiforme o proteiforme.....	179
CONCLUSIONES.....	185
RECOMENDACIONES.....	187
BIBLIOGRAFÍA.....	189

INTRODUCCIÓN

En los centros hospitalarios, ya sean privados o públicos, nos encontramos sujetos a ser tratados, analizados o hasta intervenidos por profesionales de la medicina que, en la mayoría de los casos, no son personas de nuestro conocimiento y más aún tenemos que dar consentimiento y firmar un documento que autorice a este profesional desconocido a que realice todo lo que científicamente y tecnológicamente este a su alcance, confiando en esa razón plenamente la confianza mutua, situación que será la materia del presente trabajo. Pues tanto los galenos en la medicina como la población en general desconoce la naturaleza jurídica, y que consecuencias puedan ocasionar éste tipo de documentos que sencillamente es un contrato.

La interrelación vida–medicina–salud, la presencia de los profesionales de la medicina constituyó una cuestión crucial, por su capacitación científica y por su dedicación, a través de los médicos de cabecera o de familia, que los convertía en personas con acceso social al núcleo familiar: eran los invitados obligados y de honor a las reuniones. Esa calificación y especialmente su dedicación personal corroboran el concepto de Fukuyama de confianza subjetiva, como fe irracional y hasta ciega, el contrato médico era una especie de relación con un dios terrenal, incuestionado, a quien se le confería el derecho de disposición del cuerpo. El paciente estaba entregado en cuerpo y alma a su médico como a su sacerdote. La magnitud e intensidad de esta relación impone ciertas apreciaciones: el contrato era prevalente y entonces se daba una situación de confianza en términos subjetivos, en la cual el paciente dejaba todo librado a la voluntad del profesional, de incuestionable conducta científica y humana.

(ii)

Para asumir la toma de una decisión, cualquiera que sea y sobre todo en el supuesto de una relación médico-paciente que involucra una situación traumática, se requiere mucha información, calificada, clasificada y decodificada, para que mediante una actitud reflexiva, se pueda escoger la alternativa correcta. En fin es un acto sumamente complejo, que debería ser tomado tan solemne como un matrimonio o una compraventa, más sin embargo no se lleva a cabo, en la actualidad este momento de la autorización en la mayoría de situaciones las partes en cuestión están ausentes el paciente por enfermedad, y el médico por desconocimiento desvalorizándose dicho momento, y ambas partes reflexionan hasta el momento de producirse un resultado contrario para el que fue contratado.

Aclaro que no se pretende con estas líneas reivindicar una lucha victoriosa contra lo humanamente imposible, o un conocimiento, dominio extraordinario o excepcional de una Ciencia, ni por supuesto es una petición de infalibilidad. No se trata de culpar a nadie, pero si de conocer y asumir el principio de que “todo profesional responde por el indebido o inadecuado servicio frente a un particular”, y que dicha responsabilidad puede ser exigida por los particulares.

Menciono lo anterior, porqué, la hipótesis planteada, era saber si los documentos privados, suscritos entre los pacientes y/o sus familiares con los centros de asistencia médica y hospitalarios, eximían de responsabilidad penal y civil, a dichos centros y a los profesionales y/o técnicos en medicina, pude comprobar y analizar a lo largo de este trabajo que, se tiene un respaldo aparentemente legal que los ampara ante las posibles demandas a los que se puedan ver sujetos, por el ejercicio de su profesión, pero al acaecer un siniestro (llámese error, negligencia, etc.), y/o daño

(iii)

causado al paciente y/o enfermo, al no haber tipificación como delito la Mala Práctica y Negligencia Médica en la legislación correspondiente de nuestro país, ambas partes tienen el mismo derecho a defenderse y a solicitar indemnización por el daño que se le cause (médicos y pacientes respectivamente), independiente del documento que se haya firmado.

Para la organización y desarrollo del tema considero oportuno hacer una división de nueve capítulos, partiendo en el primer capítulo de las definiciones doctrinarias que nos permiten tener un panorama amplio del mismo, para luego en el segundo capítulo enfocar la responsabilidad civil general, y las formas de culpa médica. Analizando la regulación actual de la legislación guatemalteca. En la secuencia del trabajo se desarrolla en el tercer capítulo en forma más amplia la responsabilidad médica, contemplando las consideraciones generales y sus diversos niveles, tales como la político administrativa, institucional y dentro de la misma elementos como el autor, el acto, el elemento subjetivo, objetivo y la relación causal.

En el capítulo cuarto se define la mala práctica, antecedentes y su responsabilidad penal, tomando en cuenta su deber jurídico, imputabilidad, el hecho realizado, la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión además de considerar la salud, y los derechos humanos y se menciona el tema de la prueba en las acciones civiles provenientes de la misma.

El capítulo cinco se limita a la cuestión civil de la acción resarcitoria tanto doctrinario como analizado desde la legislación guatemalteca. El capítulo seis desarrolla el contrato de servicios profesionales generales para luego referirse de manera concreta a los contratos de servicios médicos.

(iv)

En el capítulo siete se mencionan algunos de los actos de la responsabilidad y culpa médica, que constituyen presencia de la misma tales como defectuoso examen del paciente, errores de diagnóstico y tratamiento. Abordando los elementos de esta clase de responsabilidad y sus tipos.

En este orden el capítulo ocho y nueve se aborda la parte medular del tema tratándose el consentimiento informado que es la denominación que recibe el documento que existe y se firma actualmente, este mismo consiste en el derecho que le asiste al enfermo de estar informado acerca de su padecimiento, propuestas y consecuencias de tratamiento, sus riesgos típicos y personalizados, las características idóneas para redacción del documento y el momento de presentación y sus excepciones.

Y finalmente el capítulo nueve establece la naturaleza jurídica, definición y teorías doctrinarias del contrato de atención médica, para terminar con las consecuencias jurídicas civiles y penales que emanan del mismo.

Espero que el presente trabajo aporte información para los que deseen profundizar en la temática y abrigo la esperanza que tanto médicos como pacientes, lo vean desde el aspecto positivo que el mismo conlleva.

CAPÍTULO I

1. Definiciones doctrinarias

1.1 Hechos jurídicos

Todas las modificaciones jurídicas se desenvuelven en el tiempo y en el espacio, por lo que van necesitando de ciertos requisitos de hecho a los que va ligada, como consecuencia, la producción de un efecto jurídico. “Al conjunto de estos requisitos, se les denomina en la doctrina moderna supuesto de hecho o elemento de hecho de un efecto jurídico. Algunos de dichos factores constituyen un verdadero efecto jurídico, y a éstos es a los que se les da la denominación de hechos jurídicos”.¹

El autor Espín Canovas los define como: “aquellos que por sí o junto con otros producen un efecto jurídico, o sea la adquisición, modificación o pérdida de un derecho”. Según Ruggiero el hecho jurídico es “todo suceso que determina el nacimiento, modificación o extinción de un derecho”. Por su lado Castán Tobeñas lo conceptúa como “todo suceso al que el ordenamiento jurídico atribuye la virtud de producir por sí o en unión de otros un efecto jurídico, es decir, la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho”.²

El tratadista Oertmann, dice que los hechos jurídicos están constituidos por un doble elemento, a saber: a) Un hecho, es decir, un acontecimiento positivo o negativo de cualquier clase; y b) Una declaración del ordenamiento jurídico que liga con aquél hecho

¹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 452

² Ibidem

determinado efecto jurídico. Ambos elementos son igualmente necesarios para el nacimiento de ese efecto. La norma es la premisa mayor a que se ha de agregar el requisito del hecho concreto, como una premisa menor el sentido lógico, como una causa próxima para que se produzca la conclusión jurídica. El elemento de hecho puede consistir en un solo hecho jurídico o en varios; en éste último supuesto, el efecto de derecho no se produce mientras el hecho no esté completo.

Cada nuevo elemento de hecho que va incorporándose al hecho complejo origina una situación jurídica que no es, sin embargo, el efecto jurídico mismo, sino un mero efecto anterior y provisional, que origina un estado de incertidumbre, puesto que el hecho complejo puede no llegar a completarse y no llegar, por consiguiente, a producirse el derecho perfecto.

“Pero si el hecho complementario que faltaba llega a producirse, puede tener efectos retroactivos, puesto que este último elemento determinante del derecho tiene un carácter declarativo que borra la incertidumbre del derecho”.³

1.2 Acto jurídico

Según el diccionario de la real academia española de la lengua, acto jurídico: “es el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho, conforme a éste”.

El autor Puig Bratau indica que, “el acto jurídico responde a muy concretas circunstancias de tiempo y lugar en la evolución doctrinal y así, aún cuando hoy suele

³ Ibidem, pág. 453

entenderse el acto jurídico en el sentido que le imprimió la pandectística alemana y que recoge la definición de Enneccerus, que conceptúa el acto jurídico como la realización querida o al menos previsible de un resultado exterior”.⁵

En el derecho español, Castán Tobeñas, define a los actos jurídicos, diciendo que “son los actos humanos voluntarios exteriores y que producen efectos jurídicos. El tratadista Castro define el acto jurídico como la situación en la que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida. Por su lado, Espín Canovas, sostiene que, son los actos humanos producidos por voluntad consciente, a los que el ordenamiento jurídico anuda determinadas consecuencias. Por último, el autor Pedro Entenza de Escobar, define el acto jurídico como la expresión de normas jurídicas concretas que, dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad, elaboran, mediante manifestación de sus intenciones, las personas individuales o colectivas, para regular sus relaciones”.⁶

1.3 Actos ilícitos

Ya se ha visto anteriormente, qué son los actos jurídicos, de una forma más bien resumida. En este sentido, cuando dichos actos jurídicos violan el orden establecido por el derecho, por medio de la ley, el acto jurídico se transforma en ilícito y entra en escena la parte sancionadora del derecho porque se crea un vínculo entre el agresor y la víctima.

El diccionario de la real academia española de la lengua, define al acto ilícito como: “el acto prohibido por el derecho”.

⁵ Puig Peña, Ob. Cit., pág. 455

⁶ Ibidem, pág. 456

“Según el eminente tratadista Lehmann, el acto ilícito es la vulneración culposa de una regla general de conducta (norma absoluta de conducta), en virtud de la cual, como consecuencia jurídica, fundamenta el perjudicado una pretensión de indemnización independiente. Merkel, por su lado, menciona que los actos ilícitos se contraponen en un doble sentido, en cuanto persiguen fines del agente contrarios al derecho y en cuanto conducen a efectos contrarios a sus fines. Menciona, por ejemplo, el robo, con el cual se pretende realizar los fines del agente, que son contrarios al derecho, teniendo los efectos jurídicos que de dicho delito nacen, a cumplir los fines del derecho, que son contrarios a los propósitos del culpable del robo”.⁸

En síntesis, y de una manera general, se puede definir al acto jurídico como la violación de un orden determinado de derecho, realizado por un acto del hombre positivo o negativo, y que produce la reacción correspondiente para restaurar el equilibrio perturbado o roto por aquel acto.

1.4 Salud

Es un estado dinámico de un organismo que resulta de la interacción de factores internos y ambientales operantes en un espacio-tiempo determinado, dentro de un contexto ecológico; estado de bienestar óptimo físico, mental, social y cultural.

⁸ Puig Peña, Ob. Cit., pág. 461.

1.5 Derecho

Conjunto de normas imperativo-atributivas, es decir, que nos imponen obligaciones y nos confieren derechos o facultades. Este es un concepto científico, si así se quiere llamarle, ahora bien, hay un grupo de juristas que lo definen desde un punto de vista material, de la siguiente manera: “conjunto de los artículos contenidos en los distintos cuerpos legales de un país y que tienen como fin reglamentar la vida social, política y económica de la sociedad. El vocablo derecho tiene muchas acepciones y clasificaciones para nuestro tema en mención en el presente trabajo describe el derecho penal y derecho civil perteneciendo uno a la rama pública y el segundo a la rama privada respectivamente.⁹

1.6 Derecho penal

El concepto casi universalmente admitido, es el dado por Cuello Calón, quien lo define así “El que determina los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad para la prevención de la criminalidad”. Nuestro Código Penal consta de dos partes: la general y la especial: La primera regula conceptos como que es delito, quien es cómplice, quién comete delito, etc. Y en la segunda se tipifican los delitos: secuestro, asesinato, etc. También están reguladas las medidas de seguridad y las “faltas”, tales como falta contra el orden pública, falta contra las personas, etc.

⁹ **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Tomo XIV, págs. 402, 403

1.7 Derecho civil

Esta rama del derecho lo definimos como “las normas jurídicas que regulan las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana y la situación del ser humano en relación a sus semejantes, o en relación con las cosas”. Este derecho está contenido en el Código Civil, el que regula el matrimonio, nacimiento, nombre, estado civil, modos de adquirir la propiedad, etc.

1.8 Autonomía

En 1,789 la declaración de derechos del hombre entendía el principio de autonomía como la libertad para realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. A través de la reflexión llega el concepto de imperativo categórico, el cual sostiene que la persona tiene capacidad de autolegislar.

Goza de autonomía quien tiene la capacidad indiscutible para determinar el curso de la propia existencia, el que puede elegir por sí mismo, el que define sin intervención de otro un proyecto de vida. El principio de autonomía presupone reconocer la capacidad de libre elección del individuo y la no interferencia por parte del estado o de terceros en esa elección.

La autonomía colisiona con cualquier paternalismo, sea político o médico, porque cuando un gobernante o un médico pretende hacer feliz al pueblo o al paciente, respectivamente, actuando según su propio concepto, se cae en el paternalismo.

1.9 El dolo

El dolo, según el diccionario de la real academia española de la lengua: “es un engaño, fraude, simulación. En los actos jurídicos, es la voluntad maliciosa de engañar a otro o de incumplir la obligación contraída. El dolo se puede definir como la voluntad encaminada a producir una transgresión jurídica, teniendo por característica, la conciencia y la voluntad de cometer un acto ilícito. Por eso es necesario recalcar que no hay dolo cuando no se tiene la conciencia de la violación del Derecho, aunque esta ignorancia se origine del error en cuanto a los hechos o al orden jurídico. Por el contrario, hay dolo cuando haya conciencia de la violación del derecho, aunque se ignore que la acción es punible en determinada forma”.

En cuanto al dolo, el tratadista Enneccerus “lo define como el querer un resultado contrario a derecho, con la conciencia de infringir el derecho o un deber. En síntesis, el dolo se puede definir como la intención de cometer un delito de manera deliberada y consciente”.¹⁰

1.10 La culpa

Según el diccionario de la real academia española de la lengua, la culpa es: “aquella falta que da motivo para exigir legalmente alguna responsabilidad”.

La transgresión jurídica puede ser realizada también por omisión de las diligencias necesarias. En el derecho romano se afianzó la figura de la culpa en base a la

¹⁰ Puig Peña, Ob. Cit, pág. 623

previsibilidad. Según los postglosadores, la culpa era la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio.

Entonces nos encontramos con que culpa es imprevisión, falta de diligencia. Por otro lado, la doctrina moderna también ha estudiado lo que se ha llamado como “culpa con previsión”, la cual tiene lugar cuando el autor ha previsto como posibles las consecuencias dañosas de su actividad, pero espera, confiado, en que no se han de producirse. “Como puede observarse, esta culpa se asemeja mucho a lo que ya hemos visto anteriormente como dolo, debido a la conciencia que tiene el autor del daño o transgresión no tuvo la intención de producirlo”.¹¹

También podemos mencionar que la culpabilidad no requiere que la acción u omisión que se estima culposa, se realice buscando un daño como estímulo o causa de la misma, sino que es suficiente para que la culpa se dé, con que se haya infringido una norma jurídica, de un estado de derecho anterior, por un acto voluntario, reputándose como tal el que se realiza por iniciativa o decisión propia del agente, sin que medie error o violencia, que excluya el discernimiento y libertad con que se debe obrar para ser responsable de los propios actos, y que esa infracción determine un daño o perjuicio.

Por otro lado, se puede decir que la culpa en el derecho civil es la infracción de la ley, cometida libremente y sin malicia, por alguna causa que se puede y debe evitar. En materia penal, la culpabilidad encierra un doble concepto: patológico y normativo, con los que se sostiene que la culpabilidad no supone tan sólo un enlace psíquico entre autor y el acto, sino que exige, además, un juicio valorativo sobre el contenido de dicho acto, que

¹¹ Ibidem, pág. 471

da lugar a la imputabilidad del agente. Agregando lo anterior, el autor Lehmann piensa que hay que distinguir en cuanto a la culpa entre negligencia consciente e inconsciente.

“En la negligencia consciente el autor conoce la posibilidad de que se produzca el resultado, pero confía, en virtud de erróneas reflexiones, en que no se producirá. En cuanto a la negligencia inconsciente, el autor desconoce la posibilidad de que se produzca el resultado, a pesar de que, si hubiera observado, la diligencia exigible en el tráfico, hubiera debido saberlo y evitarlo”.¹²

1.11 Obligaciones

De acuerdo al diccionario de la real academia española de la lengua, “obligación es el vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos”.

“El derecho de obligaciones se puede definir desde dos puntos de vista, el punto de vista objetivo, el cual dice que es la rama del derecho integrada por el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones derivadas de los denominados derechos de crédito; y el punto de vista subjetivo, el cual manifiesta que son las atribuciones y deberes que se originan de las relaciones jurídicas nacidas de los derechos de crédito”.¹³

Tan importante es el derecho de obligaciones, que el mismo puede contemplarse desde varios puntos de vista, como:

¹² Ibidem, pág. 472

¹³ Ibidem, pág. 14

Importancia social y económica: el derecho de obligaciones actúa como complemento social, ya que debido a su existencia se hace posible la vida en sociedad. Al mismo tiempo, contiene una importancia económica, ya que si no existiera el derecho de obligaciones, no podría existir la circulación de la riqueza, sino quedaría únicamente dentro del propio individuo, sin poder proyectar sus beneficios sobre otras personas y sin que él pueda disfrutar de las ventajas derivadas de bienes que otros poseen, ya que no podría darse el intercambio de servicios y valores que dan lugar al normal comercio en que se desenvuelve el ser humano.

Importancia Moral: no hay otra rama del derecho en el que se dé más de un fondo moral que en el derecho de obligaciones. Debido al derecho de obligaciones, un individuo conoce la fuerza obligatoria de la palabra empeñada. También, gracias a esta rama del derecho, la parte fuerte de la relación, sabe que no puede atropellar a la parte débil, sino que debe de comportarse de manera justa. En la misma forma, por este derecho se sabe que debe existir equilibrio justo entre las prestaciones y que si un individuo no cumple lo prometido, tampoco puede exigir que los demás le cumplan a él.

1.11.1 Definición de delitos

Es una manifestación de la conducta humana consciente (voluntaria) o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante una omisión) y que está prevista en la ley. El delito puede ser doloso o culposos.

Dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala, en el Código Penal, en el Artículo número 11: “El delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto”. Hay intención deliberada, es decir, cuando la previsión del resultado como seguro, no detiene al autor. Por ejemplo: aborto, certificado falso, Aquí la responsabilidad es plena.

En el mismo cuerpo legal, en el Artículo 12, se define como: “El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia”. Falta necesariamente la intención de dañar, pero hay una negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia, que produce perjuicio a otro o que frustra el incumplimiento de una obligación, y debe ser imputada a quien la causa.

Hay diversos tipos de culpa, a saber

- Culpa Inconsciente: Es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al actuar (ha obrado con negligencia o imprudencia pero no imaginándose el resultado delictuoso de su acción).

- Culpa Consciente: Es la previsión de un resultado típicamente antijurídico pero que se confía evitar, obrando en consecuencia (es decir, prevee el resultado de su acto pero confía en que no ha de producirse; la esperanza de que el hecho no ocurrirá, he aquí diferencia del dolo).

- Culpa Profesional: Es cuando se han contravenido las reglas propias de una actividad, o sea hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia.
- Culpa Médica: Es una especie de culpa profesional.

La imprudencia se entiende como: “Un obrar activo, dinámico, en el cual el sujeto activo realiza una actividad sin observar las reglas de la prudencia (actúa imprudentemente), y como consecuencia produce un resultado dañoso castigado por la ley”.¹⁴

La negligencia: “Es un obrar pasivo, estático, en el cual el sujeto activo no realiza una actividad que debería de realizar según lo aconsejan las reglas de la experiencia y como consecuencia de su inactividad, de su despreocupación o de su indiferencia, produce un resultado dañoso, sancionado por la ley”.¹⁵

La impericia: “consiste en que el sujeto activo realiza una actividad sin la necesaria destreza, aptitud o experiencia que ella requiere y como consecuencia se produce un resultado dañoso que la ley prevé y sanciona. En la imprudencia, la negligencia y la impericia, el sujeto activo no actúa con mala fe, con propósito deliberado para causar el resultado dañoso”.¹⁶

1.12 Diferencia entre delito doloso y delito culposo

En el delito doloso, el sujeto activo obra con mala fe, con propósito deliberado de causar daño; mientras que en el delito culposo no existe mala fe, ni propósito deliberado

¹⁴ De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal, **Derecho penal**, pág. 174

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ibidem

de causar daño, es mas, la acción u omisión inicial es lícita y el resultado dañoso se produce por negligencia, imprudencia o impericia.

Al hablar de mala práctica, inmediatamente nos ubicamos exclusivamente en delitos o lesiones culposas, ocasionadas por profesionales en su ejercicio debido a negligencia, imprudencia o impericia; es decir, son errores cometidos por estos cuando realizan alguna actividad relacionada con su área y que se pueda encuadrar dentro de cualquiera de los tres elementos antes mencionados, los que independientemente, pueden ser objeto de procesos penales o procesos civiles, en donde ponen en riesgo su libertad y sus bienes.

Por esto, es tan importante que los profesionales, especialmente los de la salud, estén correctamente asesorados a escala legal y cubiertos con un seguro de responsabilidad civil, saber hacer prevención de riesgos, actualizarse, saber redactar los documentos necesarios previos a la intervención, tales como consentimientos informados, dado que si bien muchas veces no se puede evitar el error o el reclamo del ex paciente, ya que de hecho el error se comete y es reclamable, al menos, contar con las mejores armas para defenderse y/o negociar y/o hacer frente al mismo.

Así las cosas, el paciente deberá evaluar por medio de abogado especializado, e ínter consulta médica o bien con informe de médico forense, la viabilidad de su reclamo al profesional. Llegado este punto, lo ideal, entonces, es buscar la mediación que brinda la ley, e intentar este medio antes que un juicio, ámbito que permite conciliar el 60% de los casos.

CAPÍTULO II

2. Qué es responsabilidad civil:

2.1 Responsabilidad civil

La responsabilidad civil constituye sin lugar a discusión uno de los temas más interesantes del derecho privado. Sin embargo, su importancia trasciende el ámbito del derecho civil, ya que es un tema que compete al estado, a la sociedad en general y al ciudadano, en particular, que afronta problemas que deben ser solucionados. En este sentido, resulta necesario determinar, como ejemplo la responsabilidad de quien causa daños con un vehículo o la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, o la responsabilidad de quien realiza la detención arbitraria de una persona.

Si bien en el ámbito del derecho civil las normas que regulan el problema de la responsabilidad datan en gran parte del siglo antepasado, lo cierto es que las mismas requieren de una permanente adaptación a nuevos fenómenos sociales, a la evolución científica y tecnológica que determinan la presencia de un bienestar para el ser humano pero así mismo de nuevos peligros para su integridad física y moral. La dinámica del derecho de la responsabilidad implica una doctrina y una jurisprudencia flexibles y capaces de adecuarse a los hechos nuevos.

La delimitación de la responsabilidad contractual, de la responsabilidad extracontractual, la posibilidad de considerar a la responsabilidad precontractual como una categoría jurídica con autonomía, la pertenencia de construir un régimen de

responsabilidad objetiva, los criterios para indemnizar perjuicios o la posibilidad de indemnizar el daño moral, para solo citar algunos casos, se constituyen en verdaderos problemas a dilucidar cuando se aborda el tema de la responsabilidad. La responsabilidad médica, el nuevo concepto de seguridad social, contrato de transporte o el contrato de seguro se constituyen en temas especialmente atractivos e importantes no solo en el ámbito del derecho nacional, sino también del derecho comparado.

“Resulta necesario, entonces, presentar una definición de la responsabilidad civil, que consistiría en el conjunto de principios que pretenden responder al problema de los daños causados por terceros, intentando satisfacer a la víctima lo más ampliamente posible, con el fin de reparar el daño sufrido patrimonial o extra patrimonialmente”.¹⁷

De la definición mencionada, cabe resaltar los siguientes aspectos

- La referencia a un conjunto de principios del derecho positivo, tomando entonces el nombre de sistema normativo;
- La indicación que se trata de reparar el daño causado por terceros. Dentro de la responsabilidad civil privada es necesario que los daños no se deriven de hechos propios, caso contrario sería imposible desplazar las consecuencias de la reparación;
- La precisión que se trata de cumplir con el objetivo fundamental de la institución: reparar todas las consecuencias del daño;

¹⁷ Puig Peña, Ob. Cit., pág. 171

- La convicción que se trata de reparar tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial. Vale decir, en su aspecto puramente económico como personal. Aunque esto último pueda revestir muchas dificultades.

2.2 Responsabilidad civil proveniente de ilícitos penales

El derecho civil no se encarga de sancionar ni castigar sino de regular los derechos y obligaciones entre personas privadas. La sanción de las conductas socialmente inaceptables corresponde básicamente al derecho penal y en parte al derecho administrativo.

En consecuencia, en el campo de la responsabilidad, el derecho civil no tiene como función principal sancionar a un culpable sino reparar a la víctima. En un accidente de tránsito, el derecho administrativo se encargará de aplicarle multas al chofer que conducía demasiado rápido; y eventualmente el derecho penal lo condenará por las lesiones causadas. Pero el derecho civil piensa en la víctima a quien se le han privado de cierto derecho, es decir, se le ha producido un daño, sin que existiera razón legal para que esto sucediera. Por consiguiente, alguien tiene que reponerle su derecho, tiene que liberarla del daño; en otras palabras, alguien tiene que dejarla indemne, como si no hubiera tenido daño: tiene que indemnizarla.

Ahora bien, una vez que se ha establecido que la víctima debe ser reparada, surge el problema de determinar quien paga la reparación. Se necesitan criterios para identificar al responsable, entendido éste no como el culpable sino como el responsable de indemnizar a la víctima, sea o no culpable. Evidentemente, no se puede cargar a

cualquiera con el peso económico del daño porque al trasladarlo de aquél que lo sufrió a aquél que lo paga, estaríamos creando una segunda víctima. Tiene que haber entonces una razón para que una persona determinada indemnice a una víctima determinada. En algunos casos, la atribución de la responsabilidad de reparar es muy clara y no crea mayores dificultades.

Si una persona daña dolosamente a otra, no hay duda de que es ella misma la que debe reparar. Si una persona causó daño a otra por una negligencia gravísima, imperdonable, no cabe duda también de que es ella la que debe soportar el peso del daño. Pero se muestran otros daños donde no se ve que haya culpa y muchas veces ni siquiera se puede determinar a un causante; éste es el campo de los accidentes propiamente dichos.

Una de las cosas interesantes de esta perspectiva es que permite descubrir un nuevo concepto jurídico: el accidente, que es una categoría jurídica independiente, con consecuencias jurídicas propias, distinta de la responsabilidad por acto ilícito y de la responsabilidad contractual. El accidente es, entonces, un campo que antes se encontraba incluido entre los niveles inferiores de la culpa y parte de lo considerado como caso fortuito.

“En términos generales, se puede decir que es una situación dañina que se produce en un nivel de culpa distinto al establecido en la legislación, ya que la culpa en el accidente, es de naturaleza tal, que presupone que cualquier persona o todas las personas hubieren incurrido en ella”.¹⁸

¹⁸ Palacios Morales, Carlos Gustavo, **Daños derivados de la mala práctica médica**, pág. 21

2.3 Daño reflejo

Hay una fuerte tendencia doctrinaria de reconocer un derecho al resarcimiento por lo que se denomina: daño reflejo, tanto en el dominio del daño material como en el del moral. Ese derecho, sin embargo, se pone en operación por diferentes mecanismos, ya que en algunas hipótesis se reconoce a la víctima refleja un derecho propio, mientras que en otros casos lo que se le acuerda es un derecho por causa de herencia.

En otras palabras, la doctrina resalta el hecho que el derecho de una persona al resarcimiento por daños sufridos por un tercero, puede ser ejercitado por la misma víctima del daño, o bien por sus herederos, quienes ejercitarán los derechos cuando la víctima de los daños hubiere fallecido. Por esta razón, el daño reflejo consta de los siguientes supuestos:

2.4 Iure propio

El daño, entendido como una noción de puro hecho, es tomado en consideración para acordar su reparación, como queda dicho, cuando es directo, cierto y personal. La teoría del daño reflejo se ha simplificado, para determinar que los titulares de la acción de reparación la tienen a título propio.

Se ha llegado a esa conclusión con los argumentos de que "la indemnización por accidente que causa la muerte de una persona no puede estimarse como un derecho incorporado al patrimonio de la misma, por la simultaneidad del nacimiento de tal derecho y el óbito de quien no puede ya ostentar personalidad jurídica para asumirlo: de

aquí que la legitimación activa no implique la demostración de ser heredero del damnificado sino la del perjuicio directo sufrido por una persona distinta a causa del daño que genera la culpa...”¹⁹

Se reafirma que la legitimación de los sujetos lesionados por daño directo a un pariente cercano para reclamar su indemnización, respecto al daño no patrimonial tiene carácter autónomo, por lo que puede hablarse de una legitimación para obrar iure proprio fundada en los vínculos de afecto con la víctima directa y no en calidad hereditaria alguna. El principio general es, en consecuencia, que toda persona que pruebe haber sufrido un daño personal derivado del daño directo que se ha causado a la víctima inicial, puede obtener reparación.

2.5 Iure hereditatis

El otro mecanismo que se ha utilizado para reconocer el derecho de los sujetos dañados por reflejo, es acordarles una acción derivada de la que tenía su causante (dentro de la hipótesis de que la víctima inmediata haya fallecido a causa del hecho dañoso). De esa manera, aún modernamente, se invoca con frecuencia una "transmisión" del derecho de la víctima a favor de sus herederos, para poder acordar la reparación del daño. Pero debe distinguirse netamente que esa situación se presenta sólo cuando ha fallecido la víctima inmediata, y el derecho que se hereda es el que había entrado en el patrimonio de tal víctima con motivo de su muerte, lo cual resulta contradictorio, puesto que ningún derecho podría haberse constituido en el patrimonio del causante. “La acción de daños y perjuicios correspondiente aparece como una de esas acciones vindictam aspirantes que

¹⁹ Palacios Morales, *Obra Cit*, pág. 23

se extinguen con la muerte de su titular. También manifiesta la doctrina moderna que un derecho hereditario a participar en la reparación de un daño moral, sólo podría concebirse en el caso de que la víctima inmediata hubiera incorporado ese derecho a su patrimonio, que plantea un problema referente a las condiciones y al momento de la consolidación del derecho de pedir indemnización por daño moral y que, posteriormente, lo hubiera transmitido por la apertura de su sucesión”.²⁰

2.6 Responsabilidad civil de centros hospitalarios

Cuando un paciente es atendido en un establecimiento público o privado de asistencia médica, la cuestión de la determinación de responsabilidades de la entidad y del médico ha sido muy controvertida, siendo cuestión de un estudio concreto del caso específico. Este doble juego de relaciones que se suscita entre el estipulante (entidad asistencial), el promitente (médico) y el tercero beneficiario (paciente), no sólo permite determinar el carácter contractual de la responsabilidad del médico, sino que servirá también para desentrañar el fundamento de la responsabilidad de la entidad frente al tercero beneficiario.

Algunos autores, tales como Aurelio Luna, Agustí Jausás, Gherzi y Pedro Arbiol Camps afirman que la responsabilidad del médico es delictual considerando que la relación contractual se ha establecido entre el médico y la institución de que se trate.

Como consecuencia de esta responsabilidad delictual se afirma que la dirección del establecimiento con el cual contrató el paciente responderá de los daños causados por

²⁰ Palacios Morales, Ob. Cit, pág. 23

sus auxiliares y dependientes, y también podrían figurar los médicos independientes cuando el paciente no contrató con ellos. Sin embargo, parece más razonable admitir que tanto la entidad hospitalaria como el médico que presta sus servicios en la misma, se establece un verdadero contrato a favor de tercero: el eventual hospitalizado. Entonces, la responsabilidad del médico es contractual tanto en relación al hospital como con respecto al paciente. Y es que, independientemente de la responsabilidad directa del médico frente a su paciente por las culpas en que incurra en su intervención profesional, existe también una responsabilidad directa de la entidad asistencial que se ha obligado a dar asistencia médica al paciente ya sea onerosa, mediante el pago de servicio, o de una cuota en el caso de seguros de salud u obras sociales públicas o privadas, ya sea gratuita en establecimientos hospitalarios.

Esa obligación de prestar asistencia médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato.

“En consecuencia si la entidad asistencial se ha obligado a proporcionar asistencia médica por medio de profesionales de su cuerpo médico (sea pública o privada la institución), no solamente es responsable de que el servicio se preste, sino también que, en cuanto a la intervención del profesional, que aquél no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida. Ahora bien, en cuanto al ejercicio profesional de médicos que laboran en relación de independencia, la institución hospitalaria será responsable, únicamente de que el servicio se preste, a menos que, como se ha mencionado

anteriormente, el médico independiente no haya sido contratado por el paciente y haya ejercido por instrucciones del centro hospitalario”.²¹

Es exigible, dice Carrasco Gómez, “a la institución que el médico que pone a servicio del paciente y con el cual, éste no contrata directamente, disponga de los conocimientos y pericia suficientes, que tenga diligencia profesional y que pueda disponer de los medios necesarios, diagnósticos y terapéuticos, para realizar su cometido profesional. La responsabilidad institucional también se pone de manifiesto, a través de la prestación de los servicios diversos de los entes hospitalarios, así como por ejemplo el de cama y alimentación, del buen funcionamiento del equipo tecnológico médico, etcétera. A su vez, la defectuosa organización de botiquines, el escaso control de fugas, la falta de vigilancia, etcétera, pueden dar lugar a faltas achacables a la institución. En Francia, en relación a la actuación de los médicos y de los hospitales, y a la mala práctica, ha distinguido entre:

- La falta de servicio no achacable al profesional, que conlleva la responsabilidad pecuniaria de la administración;
- La falta personal derivada de la función o actuación médica, que conlleva la sola responsabilidad civil del autor;
- La falta personal, pero no desprovista del todo con el servicio, que hace a la administración responsable civilmente”.²²

²¹ Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique, **Responsabilidad en el ejercicio profesional**, <http://www.accu.es/index.htm>, pág. 2

²² Ibidem, pág. 3

“El tribunal supremo de España (sala de lo civil), emitió la sentencia número 951/2001, con fecha 18 de octubre de 2001. El hecho que originó dicho fallo fue por una demanda iniciada por una persona en contra de un médico y un hospital por los daños y perjuicios que le originaron debido a la mala práctica médica ocasionada por el médico, solicitando que se procediese a condenar solidariamente a los demandados a que indemnizasen al actor”.²³

Se entrará a conocer lo que se resolvió en cuanto al hospital demandado, por ser el tema tratado, y en este sentido, tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales desestimaron la demanda interpuesta en contra de la entidad agrupación médica Balear, por lo que absolvieron a dicha institución médica de las pretensiones del actor.

El actor presentó recurso de casación por los motivos siguientes: la entidad médica agrupación médica Balear, S. A., hace residir su responsabilidad en que la intervención quirúrgica se produjo en dependencias de la clínica de la citada entidad; que la misma facturó al recurrente por el uso de sus instalaciones y servicios, que el cirujano demandado utiliza frecuentemente las dependencias y servicios de la policlínica para llevar a cabo sus intervenciones quirúrgicas; que la agrupación médica Balear obtiene con las intervenciones del cirujano demandado, beneficios al utilizar sus instalaciones.

En este sentido, la sala civil manifestó que: “la parte actora plantea una cuestión nueva en casación, lo que ésta sala tiene vedado con reiteración para no quebrantar los principios de contradicción y audiencia de parte. En casación sólo pueden reproducirse las

²³ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, **Sentencia 951/2001**, <http://www.negligencias.com> pág.1 agosto 2005

cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas en la instancia donde pueden ser objeto de amplio debate y prueba. En la demanda, la responsabilidad de la agrupación la basaba el actor, hoy recurrente, en el defectuoso tratamiento y atención que recibió en el post-operatorio. La sentencia recurrida sienta, como la de primera instancia que acoge, que no existía culpa o negligencia imputable a la asociación”.²⁴

Ahora, en la casación, se abandona esta postura, y se le exige una responsabilidad directa por razón de los beneficios que percibe del uso por el cirujano demandado de sus instalaciones. “El motivo se desestima porque no está en absoluto probado, ni el recurrente afirma aquí lo contrario, que el cirujano codemandado con la agrupación estuviese unido a ella por una relación jurídica de la que procediese su dependencia e integración en el personal de la clínica que aquél la utilizara el ejercicio privado de su profesión en virtud de acuerdos con la titular de la susodicha clínica no equivale obviamente a una relación de dependencia o subordinación con la asociación que obligase a ésta a responder por los actos dañosos del mismo, como esta sala exige (sentencias de 21 de septiembre de 1987, 28 de octubre de 1994 y 20 de diciembre de 1996, y las que se citan en ellas). Mucho menos fundamento posee la alegación del recurrente de que la clínica le facturó a él gastos de utilización y estancia, pues forman parte del contrato de asistencia hospitalaria, cuyo incumplimiento por la asociación debió probarse y no se ha hecho, y por ello la absuelve la instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, Fallamos.– Que debemos declarar y declaramos No haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don [...] representado por el Procurador de los Tribunales Don I.

²⁴ Ibidem

– 4 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 17 de abril de 1. 996. Con condena de las costas causadas en este recurso a la parte recurrente y a la pérdida del depósito constituida. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió. Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.²⁵

2.6.1 La responsabilidad civil en la legislación guatemalteca

El Artículo 1,645 del Código Civil presupone la idea de la culpa en la producción del daño, al referir la intencionalidad, el descuido o la imprudencia como medios causales del mismo, sin embargo en la exposición de motivos del mismo, su autor expone: “Todo daño debe repararse, y tanto daño origina el que intencionalmente lo produce como el que uno sin intención, también lo causa por omisión, descuido o imprudencia”. Juicio que complementa el Artículo 1,648 del mismo cuerpo legal, al establecer una presunción de culpa del responsable, que deberá desvirtuar mediante la prueba de que obró con la diligencia debida, pues el perjudicado solo está obligado a probar el daño o perjuicio causado.

El Artículo 1,655 del Código Civil nos da la fórmula para la determinación y pago de los daños causados objeto de indemnización y lo establece de la siguiente forma: Lesiones corporales: si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios a que resulten de

²⁵ Ibidem

su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias; 1°. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada; 2°. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley; 3°. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada. En caso de muerte los herederos de la víctima, o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar la indemnización que será fijada de conformidad con las disposiciones anteriores. Dicho postulado nos envía a revisar lo establecido en nuestro Código Penal que en su articulado contempla:

En el Artículo 112, del Código Penal de Guatemala, se lee textualmente que: "Personas responsables. Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente".

Así también en el Artículo 115, del mismo cuerpo legal, se lee: " La responsabilidad civil derivada de delito o falta, se transmite a los herederos del responsable, igualmente se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva".

2.6.2 La responsabilidad civil aplicada al caso de mala práctica médica

La responsabilidad civil trae aparejada la sanción penal, es por ello que nuestra ley civil como antes quedó establecido, que el cumplimiento de una no exime de cumplir con la otra ya que el concepto descansa en la concepción de que quien causa un daño debe repararlo, aunque no haya mediado culpa, ya que se es responsable, no porque se haya obrado incorrectamente, no porque se haya hecho lo que se sabía no debía hacerse y no evitado lo evitable, sino solamente por el hecho material de haber causado un daño.

Tomando en cuenta que el daño que se causa no será reparable conque el culpable cumpla una larga condena en una cárcel, tendríamos que ponernos a pensar en la familia de la víctima, es por ello que el espíritu de la ley es tratar de que en cierta forma, al establecer las responsabilidades civiles se ayude a los herederos, cónyuge o familiar económicamente, en este sentido en cuanto a la legislación no hay tanto problema porque los daños causados siempre serán objeto de resarcimiento al establecerse las responsabilidades civiles posterior a un juicio penal, ya que la responsabilidad extracontractual se deriva de la propia ley.

Nuestro tema en particular posee los elementos siguientes: Como sujeto activo la víctima, es decir la persona que recibe el daño, el sujeto pasivo es el responsable de la acción, el ilícito civil, la conducta de la cual se deriva un daño, que debe ser resarcido de acuerdo a nuestra legislación, el daño que produce la acción ya mencionada del responsable, la culpa ya que aquí se excluye el dolo totalmente, la relación de causalidad, ya que para ser responsable debe existir una relación de causa y efecto con el daño producido.

La importancia que se deriva de este tema es porque se actúa contra bienes jurídicos tutelados dignos de protección, como es la vida, el honor, la integridad física de las personas y el patrimonio. Ahora ¿por qué vincular a un tercero?, simplemente por que será solidariamente responsable en este caso por prestar sus instalaciones y porque en muchos casos estos lugares no cuentan con el personal, ni las instalaciones adecuadas o bien el equipo esta en mal estado. Estos comportamientos son reprimidos por una pena por parte del estado, pero tales comportamientos punibles deben ser calificados como

delitos o faltas, expresamente por la ley como la mala práctica médica aún no tipificada en nuestro país.

2.6.3 El principio de la responsabilidad

Según el diccionario de la real academia española de la lengua, “la responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer alguna cosa, por sí o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”. Por otro lado, se puede definir como la indemnización que debe abonar el condenado por cometer un delito para reparar los daños ocasionados a la víctima del mismo.

Cuando una obligación se incumple, se da una situación antijurídica o contraria al derecho en virtud que se ha violado el mismo. La violación puede ser por actos contrarios a las disposiciones contenidas en la ley o por actos contrarios a las disposiciones contenidas en la obligación incumplida.

En el mismo sentido, cuando se da el incumplimiento de la obligación, el derecho ejerce un proceso de valoración, a petición del perjudicado por el incumplimiento, encaminada a comprobar la culpabilidad. Al quedar demostrada ésta y la antijuricidad del que incumplió la obligación, el derecho declara la responsabilidad del obligado, siempre que no exista una causa, determinada por el mismo derecho, que elimine dicha responsabilidad.

Los eminentes tratadistas Roca Sastre y Puig Bratau, “mencionan que la responsabilidad no es un elemento constitutivo de la obligación, sino únicamente una sanción del incumplimiento y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor”.²⁶

Ahora bien, para que exista responsabilidad se deben dar ciertos supuestos lógicos, a saber:

- “Que la persona que ha incumplido se encuentre vinculada hacia la otra persona por obligación preexistente, en el sentido, si no hay obligación no hay responsabilidad por incumplimiento

- Que la persona que ha incumplido realice una actividad libre contraria a la obligación, en el sentido que si el incumplimiento se da en virtud de una fuerza irresistible de un tercero que impide la realización del cumplimiento, no puede decirse que el sujeto pasivo es quien ha incumplido

- Que la persona que ha incumplido realice una actividad imputable a él mismo, por la cual se dé el incumplimiento, en el sentido que si no existe imputabilidad, no puede haber culpabilidad y tampoco responsabilidad

- Que la persona que ha incumplido realice una actividad que viole el orden jurídico plasmado en la obligación, en el sentido que si por determinadas causas no se quebranta el orden jurídico, no se da la responsabilidad del deudor”.²⁷

²⁶ Puig Peña, Ob. Cit., pág. 185

²⁷ Ibidem, pág. 186

2.6.4 El principio de la responsabilidad de los profesionales de la medicina

En cuanto a la responsabilidad de los profesionales de la medicina, según la doctrina moderna, seguida por la legislación española, para que pueda existir responsabilidad de dichos profesionales, es necesario que concurren los dos elementos siguientes:²⁸

- “Un hecho con resultado que, caso de haber dolo, la ley castigaría como delito doloso, elemento que constituye el presupuesto necesario para que pueda existir alguna modalidad de delito o falta de imprudencia; y,
- Que el resultado se haya producido no intencionalmente, sino como consecuencia de la omisión de un deber de cuidado exigible al acusado teniendo en cuenta la situación concreta en que éste se encontraba”²⁹

Como fácilmente puede comprenderse, la dificultad radica en determinar la medida de exigibilidad que siempre ha de fijarse teniendo en consideración una forma de comportamiento en relación con las cualidades concretas del sujeto a quien tal infracción se imputa y las particulares circunstancias en que éste se encontraba cuando el hecho se produjo.

Y esto es lo que ha de hacerse cuando de actuaciones médicas se trata, examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición

²⁸ Rodríguez Meléndez, Ob. Cit., pág. 1

²⁹ Ibidem

para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que ésta se realizó, el personal con que contó y los suministros médicos que le fueron proporcionados, todo ello con el objeto de verificar el comportamiento del caso concreto con lo que ordinariamente observaría la clase médica en las mismas o similares circunstancias, para afirmar que hubo imprudencia del médico acusado, en virtud de haber obrado sin ajustarse a las reglas establecidas en la medicina.

2.7 Formas de culpa médica

2.7.1 Impericia

Del latín in: privativo, sin; y peritia: pericia. Es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Es decir, es la carencia de conocimientos mínimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión médica.

Con lo anteriormente expuesto podemos hacer una relación de la responsabilidad médica, veamos:

Impericia y terapéuticas peligrosas.

El uso de terapéuticas peligrosas en algunas afecciones, requiere la adecuada preparación del profesional.

Impericia y cirugía.

La muerte del paciente o la existencia de secuelas de diversos tipos son causa de responsabilidad médica. Son elementos de valoración:

- El riesgo operatorio y la oportunidad de realización;

- Diagnóstico pre-operatorio;

- Técnica usada, sin perjuicio del carácter personal de acuerdo con la experiencia propia del cirujano;

- Los recaudos previos a la operación: hospitalización, exámenes pre-operatorios (Tiempo de coagulación y sangría, VDRL, HIV, etc.), existencia de otras afecciones, posibilidad de anomalías anatómicas, alergias, antisepsia, etc;

- Cuidados post-operatorios.

Impericia y anestesiología.

Puede ocasionar desde parálisis o paresias hasta la muerte del paciente. La mayoría de problemas se presentan con las anestesis raquídeas (intra o epidurales).

Veamos cuales son los elementos de valoración:

- Conocimiento anatómico correcto;

- Correcto conocimiento de las envolturas medulares y anexos;

- Modo de acción de los anestésicos y lugar en que bloqueará los impulsos sensitivos;
- Factores que regulan la anestesia: lugar, volumen, posición del paciente, rapidez de aplicación, disminución de la presión arterial, influencia sobre los músculos respiratorios, etc., conocimiento de posibles complicaciones: punción de vasos sanguíneos, hipertensión grave, reacción tóxica, parálisis.

Impericia y error.

Puede surgir de errores de diagnóstico debido a:

- Ignorancia;
- Errores groseros de apreciación;
- Examen insuficiente del enfermo;
- Equivocaciones inexcusables.

No hay responsabilidad por un error diagnóstico, en los siguientes casos:

- Ante un caso científicamente dudoso;
- Por guiarse opiniones de especialistas;
- Cuando no se demuestra ignorancia en la materia.

Pueden darse errores de tratamiento, como los siguientes:

- Administración de un producto que no es de elección; y,
- Dosis o vías inadecuadas o indebidas.

Muy relacionado con lo anterior, esta incriminación la cual consiste en la previsibilidad del resultado. Aquí se castiga, no la incapacidad genérica del autor, sino el hecho de emprender acciones para las cuales el médico "se sabía incapaz" (imprudencia) o "se debía saber incapaz" (negligencia)".

La imprudencia consiste en la realización de un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones; es decir, es la carencia de templanza o moderación. O también, la conducta contraria a la que el buen sentido aconseja, emprender actos inusitados fuera de lo corriente, hacer más de lo debido; es o implica una conducta peligrosa. Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio.

En el sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto médico (experiencia, comprensión del caso y claridad), como por ejemplo:

- Transfundir sangre sin establecer el grupo sanguíneo, HIV, VDRL, hepatitis, etc.

- Dejar gasa o instrumental en la cavidad abdominal;

- Realizar un acto innecesario (histerectomía abdominal con apendicectomía profiláctica);

- Transmitir enfermedades contagiosas, por el médico o el instrumental (TB, sífilis, SIDA);

- Hacer operaciones o amputaciones con diagnóstico de cáncer con sólo el examen clínico.

Del latín IN: Privativo, sin y PRUDENTIA: prudencia. Es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones; es decir, es la carencia de templanza o moderación. O también, la conducta contraria a la que el buen sentido aconseja, emprender actos inusitados fuera de lo corriente, hacer más de lo debido; es o implica una conducta peligrosa. “Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio. En el sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto médico (experiencia, comprensión del caso y claridad)”.³⁰

En cuanto a la negligencia, esta se entiende como: el descuido, omisión o falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio médico. Puede configurar un defecto o una omisión o un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es no guardar la precaución

³⁰ **Derecho médico legal.** <http://www.unslgderechomedlegal.americas.tripod.com>; agosto 2005

necesaria o tener indiferencia por el acto que se realiza. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la forma pasiva de la imprudencia y comprende el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observación hubiera prevenido el daño.

Ejemplos:

- No sujetar al paciente a la mesa de operaciones o camilla;
- Examen médico insuficiente, en ingesta de sustancias tóxicas;
- Falta de protección en la aplicación de radioterapia;
- No controlar al paciente en el post-operatorio;
- No advertir efectos colaterales de un determinado tratamiento;
- No informar al paciente o familiares sobre su enfermedad o pronóstico;
- En transplantes, no informar al donante y receptor sobre los riesgos, secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes;
- Abandonar al enfermo (guardia, emergencia o huelga);
- No controlar con regularidad y a cortos intervalos, la temperatura de la incubadora, el respirador artificial, etc;

- Dar de alta a un paciente con fractura, sin ordenar una radiografía de control;
- No ordenar la biopsia ante una sospecha de cáncer;
- Negarse a atender a un paciente en caso de emergencia;
- Atender un parto sin control del estado del feto;
- Olvidar el retiro de gasas o instrumental en intervenciones quirúrgicas;
- No indicar las pruebas de sensibilidad;
- Omisiones, defectos y falta de evoluciones cronológicas completas;
- No dejar constancia escrita sobre autorizaciones, alergias, interconsultas, exámenes auxiliares solicitados, tratamiento instituido;
- No atender al paciente (huelga);
- No concurrir a un llamado;
- No esperar en casos graves, el relevo por otro médico;
- Falta de aplicación de sueros o vacunas, ulteriores a heridas contaminadas.

La imprudencia y la negligencia suelen ser las dos caras de una misma moneda. Por ejemplo:

- Indicar penicilina (imprudencia) sin haber realizado previamente la prueba de sensibilidad (negligencia);

- Dejar instrumental (imprudencia) y no sacarlos (negligencia);

- Hacer un escobillanaje o legrado uterino (imprudencia) sin vigilar el estado de la paciente, ni dar aviso al familiar o persona responsable (negligencia), y autorizar el alta si "se siente mejor" constituyéndola en juez (médico) de su propio estado (imprudencia).

El fundamento de la incriminación en imprudencia y negligencia es la imprevisión por parte del médico de un resultado previsible. La responsabilidad llega hasta donde alcanza la previsibilidad.

2.8 Inobservancia de normas y procedimientos

El médico debe de observar las normas y procedimientos, al caso tratado, de allí que no hacerlo, es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente. Puede circunscribirse a la esfera administrativa si no ocasiona daño al paciente. Ejemplos:

- Omisión o defecto en la confección de la historia clínica;

- Realizar el interno o residente actos no autorizados o sin la debida supervisión;

- Recetar productos milagrosos o no autorizados;

- Abandonar el centro laboral sin autorización;

- Abandono de guardia;

- No obtener la autorización del paciente o familiares en casos quirúrgicos;

- No fiscalizar las tareas del personal auxiliar, que debe cumplir con las indicaciones dadas por el médico;

- Abandonar sin dejar sustituto, incubadoras o pacientes graves.

El profesional de la medicina puede ser incriminado de sus actos. Para ser incriminado judicialmente debe existir una relación causa - efecto, que debe ser directa, próxima y principal del resultado. "El médico no quiere la consecuencia dañosa pero si quiere obrar imprudentemente o con negligencia". Ejemplos:

- Realizar actos positivos o negativos que provoquen daño;

- Omisión o no aplicación del tratamiento adecuado que priva al enfermo de su posibilidad de curación;
- Falta de rapidez en una intervención quirúrgica o médica (hemorragia o infección); no operar por no haber hecho el depósito de la garantía estipulada en el reglamento.

Se considera también los riesgos que provienen, unas veces de su propio ejercicio, riesgos conscientemente asumidos por quienes se someten a ellos, y otras veces, de reacciones anormales e imprevistas del propio paciente que, en el estado actual de la ciencia, aunque pudieran preverse son difícilmente evitables. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y en pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos.

No hay delito si el daño o la muerte se producen por culpa de la propia víctima o de terceros. Donde se han adoptado todas las precauciones, no se puede reprochar penalmente negligencia, no obstante el resultado dañoso.

Para mayor comprensión del tema tratado además del caudal de conceptos a que ya nos hemos referido, es conveniente mencionar brevemente a la iatrogenia, se entiende por tal al daño en el cuerpo o en la salud del paciente, causado por el médico a través de sus acciones profesionales, conductas o medios diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos, psicoterapéuticos, etc., y que éste daño o resultado indeseado no le es imputable jurídicamente. Es decir, la iatrogenia (Síndrome no punible, caracterizado como un daño inculpable en el cuerpo o la salud, consecuente con una aplicación terapéutica, exento de

responsabilidad profesional),³¹ es el resultado nocivo que no deriva de la voluntad o culpa del médico en la producción del daño, sino es producto de un hecho imprevisto (o mejor imprevisible) que escapa a toda posibilidad de ser evitado por los medios habituales o normales de cuidado individual o colectivo. Ejemplos:

- Daño por un medicamento considerado inofensivo;

- Úlcera duodenal aguda generada por la administración de dosis altas de corticoides, siendo este el tratamiento indicado;

- Incompetencia cervical uterina en los casos de colonización;

- Secuela de biopsias, que determinan abortos a repetición en mujeres jóvenes.

³¹ Albanese, Susana, **Casos médicos**, pág. 77

CAPÍTULO III

3. La responsabilidad médica

3.1 Consideraciones generales

Decían en la antigüedad que "Artifex spondet perítiam artis", es decir, que el artesano responde de su arte, principio recogido en la legislación positiva y reflejado en nuestro Código Civil cuando dice que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; es, además, base y fundamento de la moderna legislación de protección a los consumidores en todos los países.

Lacassagne, define la responsabilidad médica como "la obligación de los médicos de asumir las consecuencias de algunos hechos por ellos cometidos en el ejercicio de su arte, hechos que puede acarrear una doble acción, civil y penal".³²

Nadie puede discutir que el médico, como cualquier otro profesional, ha de ser responsable de sus negligencias; además, se deben habilitar mecanismos para que puedan probarse y para que el responsable no se ampare en un hermetismo de clase que haga imposible que el afectado obtenga los medios de prueba que le sean precisos.

³² Rodríguez Meléndez, Ob. Cit., pág. 4

Pero, por otra parte, los jueces deben ser ponderados a la hora de aplicar la ley. La criminalización de la profesión médica no es buena, ni socialmente deseable. Muchos médicos en Estados Unidos de Norteamérica, se ven imposibilitados de ejercer al no poder soportar las importantes primas de las pólizas de seguros y, todos ellos, con el fin de defenderse de eventuales reclamaciones. En muchos casos, se practican múltiples pruebas, muchas veces innecesarias, que únicamente dan como resultado un mayor costo para el paciente, y pérdida de tiempo que, en algunas ocasiones, es vital.

La situación legal, tanto civil como penal, es absolutamente razonable y adecuada para nuestro país, como también la aplicación de la ley por los tribunales de justicia, en la gran mayoría de sus sentencias. Sin embargo, actualmente se ha visto un incremento de personas que, como nunca antes, trasladan a otros (en su mayoría, económicamente más fuertes) su responsabilidad o, incluso, la responsabilidad de una tercera persona. La realidad es que cuando alguien sufre un infortunio piensa de inmediato a quién podría responsabilizarse de ello. En este sentido, se está de acuerdo y es lo lógico, que quien sea responsable de un daño pague por él, pero no se está de acuerdo en que sea un tercero quien deba pagarlo.

En el presente trabajo se ha podido establecer que la presión social va en este sentido, y que la aplicación del principio de responsabilidad de terceros ha ido demasiado lejos, y que, en muchos países alrededor del mundo, los tribunales han traspasado la frontera de la razón para pasar a lo absurdo. El problema en Guatemala puede darse en cuanto a que la internacionalización de la economía a la que asistimos viene acompañada también por la mundialización del derecho. Eso no es malo, siempre que no se acepten

como axiomas aquellos que vienen de un país dominante por el solo hecho de serlo, sino que deben adoptarse en base a criterios objetivos y razonables.

Es necesario que el médico y, los centros hospitalarios sean responsables de sus actividades profesionales en toda su amplitud, pero es también necesario y hasta vital, que la pasión no tenga cabida en la ley, sino que esté fundada exclusivamente en la razón.

3.2 Niveles de responsabilidad

“Las diversas clases de responsabilidad que se genera en el campo de los servicios médicos, están enfocados en un triple enfoque y, por consiguiente, en un triple nivel de responsabilidad, a saber”:³³

3.3 La responsabilidad política – administrativa

Se considera que la administración y las autoridades políticas son las encargadas de la planificación correcta de la asistencia médica y de hacer disponible los medios necesarios para llevarla a efecto sin riesgo. Temas como el control de la calidad de alimentos, el control de las enfermedades infecciosas, del medio ambiente, el exigir el cumplimiento de las normas de acreditación de los facultativos y de la calidad de los servicios, la distribución de camas, las áreas de acción, los servicios extra hospitalarios son fundamentalmente de política sanitaria, en la que prima el cumplimiento del derecho a la salud. Según Gherzi, “una sociedad jurídicamente organizada tiene delegada en el

³³ Ibidem

estado, el fomento y protección de la salud. El mal funcionamiento de un servicio, la falta de funcionamiento o demora en la prestación del mismo, son causas de posibles daños cometidos por el estado. Como puede observarse, esta responsabilidad se da especialmente en el caso de los hospitales públicos”.³⁴

3.4 La responsabilidad institucional

Cuando un enfermo acude a un hospital contrata de forma tácita dos tipos de servicios diferentes: los servicios del médico y del resto de equipo y personal auxiliar, así como los servicios generales del hospital. En estos centros se dan conjuntamente la responsabilidad del médico que actúa individualmente o más frecuentemente en equipo, junto a una probable responsabilidad genérica de la institución o de las personas que la dirigen o representan.

3.5 La responsabilidad del médico

La responsabilidad en el ejercicio profesional puede abarcar una gran variedad de formas: responsabilidad civil (indemnizaciones), responsabilidad penal (delitos), responsabilidad administrativa (referida a la que es impuesta por agrupaciones de médicos como el Colegio de médicos y cirujanos de Guatemala).

“Para la configuración de esta responsabilidad en el ejercicio profesional la doctrina ha establecido como elementos esenciales”:³⁵

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem, pág. 5

- El autor: todos los profesionales vinculados al arte de curar;

- El acto: debe tratarse de una acción efectuada en su carácter profesional. Así por ejemplo, en el caso de un anestesista, en la aplicación adecuada de los métodos anestésicos.

- El elemento subjetivo: consiste en la demostración de la existencia de "culpa" del agente. Aquí se toma en consideración el principio denominado como "falta de deber de cuidado" o "falta de previsión", respecto de las consecuencias del acto de una persona con capacidad para realizarlo, siendo las consecuencias previsibles dentro, de las condiciones corrientes en su situación. Este deber de cuidado resulta difícil de establecer y precisar cuando se trata del comportamiento médico, pues en el desarrollo de esta profesión no existen principios inmutables, debido al constante avance de la medicina y a las condiciones de cada enfermo en concreto, que impiden sentar tales principios. Esto quiere decir que debe determinarse si, dentro de lo razonable, en el caso concreto, se puede presumir que el inculpado haya dejado de prestar el cuidado y la diligencia que cualquier médico guardaría según las circunstancias personales, y de tiempo, modo y lugar.

- El elemento objetivo: consiste en la necesaria concurrencia de un daño objetivo que haya sido producido. En otras palabras, es el perjuicio causado a la víctima por el acto profesional del médico.

- La relación causal: para que haya responsabilidad debe quedar bien demostrado que el daño existente es la consecuencia directa del acto profesional, es decir, que la impericia, la imprudencia o la negligencia de médico, sea la causa del perjuicio sufrido.

A pesar de lo manifestado, las categorías de responsabilidad médica, mencionadas anteriormente, siempre se han encontrado sujetas a distintas objeciones. Una objeción en cuanto a la responsabilidad del médico, consiste en el hecho que la medicina no es una ciencia exacta y por lo tanto, un médico puede cometer errores o fallas debido a la carencia de normas absolutas en los diagnósticos, tratamientos y procedimientos curativos. Otra objeción utilizada es que el médico, al ser autorizado a ejercer la profesión, por su graduación universitaria y su colegiación profesional, se encontraba acreditado por el sistema educativo y profesional, como una persona competente para ejercer la medicina.

Por último, también surge la objeción consistente en que dentro de una sociedad en que prima el principio de libertad de contratación, un individuo puede buscar al médico que considere más adecuado, al que le tenga confianza, sujetándose así a los riesgos en que podría incurrir éste por el ejercicio de su profesión, es decir, la aceptación que en el proceso curativo a que será objeto, existen riesgos.

Es la vida social es frecuente que la conducta de una de las personas proyecte sus efectos sobre los intereses ajenos. A veces esa repercusión se manifiesta en la producción de pérdidas, de manera que la acción de una, causa daños a otros, estos actos perjudiciales lesivos son los que turban en mayor grado la armonía y la paz de la

sociedad. La víctima de una acción perjudicial desea y espera que el causante le indemnice sus pérdidas, pues es el responsable quien debe de pagar los daños y perjuicios causados. En la antigüedad ya se consideraba al delito como fuente de obligaciones, la fuente humana ilícita y dañosa, prevista por una ley especial y dotada de una acción imponía a su autor la obligación de reparar el daño; como lo indica Clemente de Diego: “La prevaricación del juez, arrojar o derramar alguna cosa sobre la vía pública, el robo o daño cometido en una nave o en una fonda, etc, no poseían una acción particular, pero eran sancionados a través de una acción general y generaban obligaciones, como nacidas de un delito”.³⁶

Es así como surgió la noción del cuasidelito adoptada después por los Códigos Civiles, francés y español. Tal denominación tiende a desaparecer en el derecho moderno donde se suele designar tanto las obligaciones delictuales como a las cuasidelictuales bajo la común denominación de obligaciones procedentes de la culpa o negligencia o de obligaciones generadas por los hechos ilícitos.

3.6 Los factores de atribución de responsabilidad

Una de las diferencias advertidas en el Código Civil guatemalteco, tiene que ver con los factores de atribución de responsabilidad. Mientras que en materia de responsabilidad contractual la culpa es el único factor de atribución previsto y aceptado por el legislador, en sede Aquiliana existen otros factores de atribución.

³⁶ **Los principios generales del derecho**, pág. 67

Estos son, por lo demás, las razones por las cuales debe hacerse cargar con el deber de la reparación de un daño. Los factores de atribución solo entran en juego cuando se ha establecido el nexo causal entre el hecho del dañador y el daño injustamente sufrido. Si el agente pretende liberarse de la autoría debe probar una causa extraña.

La actividad del demandado no aparece sino como un simple instrumento de causas anteriores y la causa extraña es independiente de la culpa; solo está referida a la causalidad que debe existir entre el hecho del agente y el daño producido. Si existe causa extraña, habrá exoneración total de responsabilidad. Para alegar la causa extraña por lo demás, debe probarse que el demandado causó el daño, si bien a su vez, éste deberá demostrar que su comportamiento fue determinado por una causa que no pudo controlar.

Si demuestra que no tuvo participación en el hecho dañoso, nada le es imputable; pero si tuvo presencia física en el daño, le quedará acreditar que tuvo causalidad física mas no jurídica, es decir, probar una causa extraña, o bien probar sobre todo en las hipótesis de responsabilidad contractual, que pese a su diligencia el daño no pudo ser evitado (por esto, como es obvio es ya un evento distinto al de una causa extraña). Si el dañador no pudo probar la causa extraña o bien en el terreno de las obligaciones contractuales, o de los deberes impuestos por el arte o la profesión no pudo demostrar su actuar diligente, establecido el nexo de causalidad adecuada, corresponde decidir que factor de atribución es aplicable.

Nadie puede negar el valor moral, social y jurídico que tiene la falta o culpa, en sentido lato. Quien causa un daño a otro por su culpa, por su deliberado propósito a por

su falta de cuidado, debe repararlo. No se puede rebatir el contenido moral de dicha regla. Y tampoco se puede postular su supresión, en aras de establecer que la mera causación materia de lugar al deber de resarcimiento. Sin embargo, no podemos tapar el sol con un dedo. Muchas y crecientes, actividades cotidianas sobre las cuales recae un nada despreciable número de contratos son potencialmente fuente de daños, precisamente por el uso de bienes riesgosos o por la actividad en sí misma.

Piénsese, por ejemplo, en los accidentes de la circulación (tránsito), en los cuales hay lesiones, algunas graves otras gravísimas, como también daños al patrimonio. Dado que no existe una norma que acoja el riesgo como factor de atribución en la responsabilidad contractual. Sin duda, se responderá que los tribunales no pueden dejar sin reparación un daño injusto; que no basta la prueba de la diligencia cuando se hace uso de bienes riesgosos pues será necesaria la presencia de una causa extraña.

Inclusive, y sin desconocer que en el campo de la responsabilidad profesional rige el principio de la culpa como factor de atribución; nadie niega que el factor riesgo exige aplicación cuando se hace uso de bienes peligrosos o bien, como también se ha señalado por la falta de información o defecto, pese a la diligencia demostrada por un médico en y con la terapia utilizada, causa un daño.

Pero también existen otros factores de atribución de responsabilidad objetiva: así, el cargo o autoridad que se ejerza respecto de otro: tal es el caso del representante legal del incapaz que es responsable solidario o único responsable si el incapaz actuó sin discernimiento; o bien el caso de la responsabilidad vicaria, atendiendo a su condición de dador de trabajo; todos los cuales son el producto de la evolución de la jurisprudencia de

supuestos que en su origen estuvieron regulados sobre la base de la culpa in vigilando o in eligendo. Son además, supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

No debe sorprendernos que también se opte por una responsabilidad objetiva, si la víctima no ha podido obtener indemnización del representante legal del incapaz que, sin discernimiento, causó un daño, el juez puede, en vista de la situación económica de las partes, fijar una indemnización equitativa a cargo del autor directo del daño. Si se analiza el sustento de la norma, el factor por el cual se atribuye responsabilidad al incapaz sin discernimiento, podemos advertir que no es otro que el de la equidad. Si se pondera también los alcances de tal norma, no cabe otra conclusión que adjudicarle el temperamento de una responsabilidad de tipo objetivo.

Era imputable y por lo tanto culpable, el incapaz que actuó sin discernimiento. Sin duda no era imputable. Quizá sea éste el único caso en que el legislador, en materia de responsabilidad Aquiliana atribuye responsabilidad sin culpa a un inimputable, sí bien sobre la base del factor de equidad para no dejar desprotegida a la víctima.

Es cierto que en nuestra doctrina únicamente se hace referencia a dos factores en sede de responsabilidad extracontractual: culpa y riesgo creado. Pero el régimen que finalmente quedó plasmado contiene diversos factores de imputación de responsabilidad sin culpa, más allá del riesgo creado.

Por otro lado, parece ser que el cuidado y atención en las víctimas que se advierte con énfasis en la normativa de la responsabilidad Aquiliana, no se encuentra debidamente compensado en el lado del autor del daño. Si como vemos luego en el caso de la

inejecución de una obligación contractual bastare la prueba de la diligencia para liberarse de toda imputación, en el caso de violación del *naeminem laedere* el presunto responsable deberá acreditar que no obró con culpa o dolo.

O bien cualquiera de las causales, las fracturas, en el caso de la responsabilidad objetivo, la liberación del responsable parece tener menores vías de acceso sin perjuicio de la posibilidad de probar una causa extraña. El único supuesto que presente algún escape concreto, parece ser el del patrono, si acredita que el daño ocasionado por la persona de la que se sirvió ocurrió al margen del encargo o funciones asignadas. En los demás casos, todo indica que no bastará probar que el daño se produjo a pesar de las medidas adoptadas para evitar el perjuicio

CAPÍTULO IV

4. Qué es la mala práctica médica:

4.1 Mala práctica médica

“La negligencia médica es el descuido, omisión y/o falta de diligencia en el tratamiento médico proporcionado a un paciente por parte de profesionales de la salud, que trae como consecuencia daños al paciente por otro lado, también puede definirse como la omisión consciente o por ignorancia culpable (deber de saber) de una comprobación o acción debida. Es éticamente reprobable, independientemente de que produzca o no daños al paciente”.³⁷ “También puede decirse que es una práctica ilegal o inmoral de la medicina, toda práctica contraria a las reglas establecidas, específicamente en cuanto al tratamiento por cirugías realizadas en contradicción con las reglas aceptadas que, en consecuencia, producen resultados desfavorables”.³⁸

La mala práctica se define como la existencia de una conducta negligente, inexperta o imprudente, del profesional médico o de la organización empresarial dedicada al cuidado de la salud de las personas, que podría causar en forma directa o indirecta, desde una lesión, hasta la muerte de un paciente.

Esta simple definición o sentimiento casi popular, no ha tenido en cuenta la existencia del riesgo de complicaciones inherentes a un gran número de los

³⁷ Ibidem, pág. 1

³⁸ Procuraduría para la defensa de los Derecho Humanos, **Manual de calificación de violaciones a derechos humanos**, www.accu.es/index.htm, pág. 4. agosto 2005

procedimientos médicos o quirúrgicos ejecutados diariamente y los consecuentes efectos iatrogénicos (lesiones secundarias) a un tratamiento médico quirúrgico, que provoquen invalidez temporal o permanente producidos sin culpa por el médico o la organización, mal llamados mala práctica médica.

Los médicos, en su mayoría, son personas educadas y experimentadas en la ejecución de procedimientos técnicos y están guiados, en general, por principios éticos: beneficio para la salud de sus pacientes, ausencia de malas intenciones de parte del médico por la autonomía de sus pacientes.

El tortuoso tema de la mala práctica ya es parte de estudios y análisis internacionales. En Brasil, “El tercer foro Interdisciplinario de medicina y de derecho”, ha concluido en que no basta con sentenciar a los médicos con penas personales y pecuniarias, sino que es preciso conocer el origen de los errores, analizando la formación de los profesionales.

En Argentina, los gerentes de riesgos médicos que son contratados por las instituciones prestadoras del cuidado de la salud, para que se dediquen a analizar un litigio ya iniciado por presunta mala práctica, se están volviendo paulatinamente en analistas de seguridad de los pacientes.

En los Estados Unidos, desde los años 60, los casos de mala práctica médica ya estaban causando gastos de responsabilidad civil, por más de 80 millones de dólares, lo cual ha crecido desde entonces a más de 7 billones cobrados por concepto de daños y perjuicios.

En Guatemala, existen antecedentes de casos relacionados con la mala práctica, aunque aún no este tipificado por nuestro articulado penal, esta nota publicada por un matutino en mayo de 2000 (CIMAC/Cerigua), se hace mención del caso de la señora Karen Julissa Blanco, "infectada con el virus causante del SIDA, en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; por la transfusión de sangre cuando dio a luz a su primer y único hijo en 1995". Las personas acusadas por este caso son "los doctores Alejandro Toledo Paz y Reyna Martínez, así como las técnicas del banco de sangre del IGSS, Martha Fermín y Silvia de León". Los abogados defensores de los acusados alegaron que "la mala práctica médica no está considerada en la legislación y que, además, no se cometió delito, ya que no se anotó en los registros del banco de sangre del IGSS que la hemoglobina transferida estaba infectada".

Con relación al caso, la diputada Nineth Montenegro, presidenta de la comisión de la mujer, el menor y la familia del Congreso de la República, aseguró que "la mala práctica médica debe ser castigada toda vez que sea un delito de negligencia profesional establecido en el Código Penal." Montenegro comentó que el caso de la señora Blanco "se puede prever dentro de lesiones gravísimas y enfermedades venéreas establecidas en el Código Penal, por lo que se debe castigar a los médicos y resarcir a la víctima y a su familia".

Además, argumentó que "este caso demuestra que la red hospitalaria nacional está en crisis, ya que no brinda atención humana al ciudadano guatemalteco, y consideró que debe hacerse una investigación profunda de otros casos similares." En Diciembre del 2004, la sala tercera de apelaciones ordenó al IGSS pagar Q 3.5 millones y dar tratamiento de por vida a la paciente agraviada, querellante adhesiva y actora civil. El procedimiento

continúa y se puede decir que hasta ahora los médicos involucrados han tenido muchísima suerte al ser excluidos de la responsabilidad penal, en este caso, ya que esa institución hace a los médicos responsables de sus actos.

La medicina es una actividad falible que maneja dos racionalidades posibles una; la búsqueda del menor error posible y, la otra; el mayor beneficio probable. Estas dos racionalidades están enmarcadas por una relación de costo / beneficio y por otra parte, por la multiplicidad de factores circunstanciales e irracionales que afectan las decisiones.

Para hablar de una mala práctica médica, es necesario definir que es una buena práctica, lo que encierra las decisiones que se ajustan a las reglas o normas dictadas por expertos, las actividades que satisfacen las expectativas de los pacientes, el cumplimiento de las exigencias de ley, el uso de todos los recursos en un momento de necesidad de mayor prioridad, la educación e información a los pacientes, colegas, enfermeros y a todos los que participan en el proceso de salud. Esto es una buena práctica "ideal", y por otra parte tenemos una buena práctica "real", en la que la mayoría de los casos, el mayor beneficio probable ocurre con un médico de mucha experiencia y responsabilidad.

Satisfacer las expectativas de los pacientes es lo más importante, dentro del medio hospitalario y en cualquier ambiente médico. La buena comunicación médico-paciente y médico-familia, en todos los casos, es imprescindible para no crear una situación cuestionable de procedimiento, conducta o habilidad.

En Guatemala podemos decir que la mala práctica como término legal no existe, pero como una idea que puede encerrarse dentro de un caso de delitos y lesiones y como efecto de daños y perjuicios, se puede considerar como imprudencia, negligencia e impericia, y esto si es considerado y castigado por el Código Penal de la República de Guatemala, ejemplo de esto es el Artículo 12, que textualmente se lee: Delito Culposo: El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia”.

Considere por un momento las tendencias alarmantes de nuestros días en el tema de la mala práctica. Títulos de casos publicados en periódicos locales y al rededor del mundo como: “Negligencia en la sala de operaciones” (publicado en Prensa Libre, Guatemala, Lunes, 3 de Enero de 2005).” “Mala práctica. Profesional dejó tijera en vientre de paciente” (publicado en Prensa Libre, Guatemala, Viernes 9 de julio de 2004)”. “La obra titulada "Medical Malpractice on trial" escrita por el profesor de la Harvard Law School, Paul C. Weiler (publicada por University Press, Cambridge, 1991).”³⁹

4.2 Antecedentes

Durante toda la antigüedad, desde Hipócrates hasta mitad del siglo XIX, la medicina era un mercado abierto en el cual, religiosos, magos, milagreros, barberos y vendedores de hierbas practicaban la medicina sobre una base de experiencias empíricas propias y ajenas, libros de hierbas y una buena porción de magia y engaño.

³⁹ Revista Precusora, junio 2005, pág. 8-9

No había control y sus practicantes variaban grandemente en cuanto a conocimientos, teorías y métodos. Generalmente, en cada casa había un botiquín y la sabiduría de la "abuela" era la que más éxito tenía. Al principio cada uno coleccionó sus hierbas en el campo pero más tarde se compraron en las tiendas o droguerías. Todavía se ven en la China mercados donde se compran hierbas medicinales, especias, jabón, etcétera. Es decir, en aquellos tiempos, los pacientes controlaban su propio tratamiento y se veían como iguales a los médicos, que eran profesionales como los carpinteros o los barberos, que combinaban el corte del pelo con las curas de heridas.

En el siglo XVIII aparecieron libros para los profanos acerca de la salud con consejos de qué hacer en caso de enfermedad. Estos "médicos" trataron de diagnosticar la enfermedad por los síntomas, el tipo y juzgar del dolor, la causa aparente, el fallo en la manera de vivir. El análisis de dichos "médicos" se limitaba a una observación de la orina e incluso probarla con la lengua, y sus prácticas consistían en sangrías y enemas de limpieza. Como los ricos comían y fumaban demasiado (lo cual abunda en estos tiempos) tanto la sangría como el "clysmá" tenían excelentes resultados en ausencia de enfermedades verdaderas, pero la práctica de las sangrías y enemas en enfermedades infecciosas graves tenían un resultado nefasto.

El resultado fue una mortalidad alta: la medicina no era capaz de combatir las enfermedades importantes y menos las epidemias que hasta la segunda mitad del siglo XIX diezaban la población. La esperanza de vida era de 45 años, para la mujer menos que para el hombre. Y esta expectativa no era diferente para los ricos (que llamaban a los médicos) y para los pobres que tomaban hierbas según la experiencia de la "abuela" y que no llamaban a los médicos.

Cuando en la segunda mitad del siglo XIX empezó la medicina científica, inmediatamente se notaron las primeras y espectaculares victorias por la higiene, la desinfección, el control del agua, las vacunas y las conducciones para las aguas residuales. Inmediatamente subió la importancia del médico pero, por otro lado, disminuyó el papel del paciente. Poco a poco su relato sobre su malestar se consideró menos importante, ya que las pruebas del laboratorio daban la clave. El paciente era un objeto de estudio. La aparición de los hospitales como centros de curar a los enfermos contribuyó definitivamente a que el paciente se convirtiera en objeto de estudio, más aún cuando en los hospitales se impartían las enseñanzas de la medicina. Durante la edad media hasta el siglo XIX el hospital era un lugar donde los monjes cuidaban a los enfermos pobres, a peregrinos y viajeros. La mortalidad era altísima porque estos hospitales eran un foco de contaminación. En dicho siglo XIX, los nuevos hospitales eran parte de la universidad, de sociedades caritativas como los hospitales civiles, o propiedad de un médico conocido. Al mismo tiempo, el estado, viendo los éxitos de la nueva medicina reguló la enseñanza de la medicina, primero en Francia luego en Inglaterra. De modo que los nuevos profesionales se encontraron muy por encima del enfermo y el punto de vista de éste no era tomado en cuenta.

4.3 La mala práctica a través de la historia

A lo largo de la historia, se encuentra información relacionada, de manera directa o indirecta, con la mala práctica médica. En la biblia se puede encontrar hechos relacionados con la mala práctica médica, como sucede con el Evangelio de San Lucas, quien, necesario es hacer notar, ejercía la profesión de médico. Este evangelista, en el capítulo 8, versículo 43 de su evangelio. manifiesta que "una mujer sufría de flujos de

sangre por 12 años... en médicos había gastado toda su hacienda sin ser curada... " En este pasaje de la biblia, San Lucas da a entender que la enfermedad de la mujer era incurable ya que la misma sanó gracias a Jesucristo.

Los antecedentes históricos con relación a las demandas por mala práctica médica se encuentra en algunos escritos: uno de los primeros códigos en regular la actividad de la sociedad civil con el ánimo de vigilar la actuación profesional médica, por medio del mecanismo sancionador judicial del estado, es el conocido Código de Hammurabí (2000 a. c). Otros códigos o cuerpos legislativos, como el Ta Tsin Leu Lec han incluido normas reguladoras basadas en la necesidad de peritos en la investigación criminal y comprobación de la culpa referida a *lex artis* o *lex médica* en especial, imponiendo sanciones económicas y suspensión del ejercicio profesional.

La Ley Aquiliana y el Digesto, de la época del derecho romano, nos traen los conceptos del hecho ilícito civil, la culpa, el abandono de pacientes, la experimentación en humanos y enfatiza en el elemento impericia dentro del contexto general de la culpa. Las siete partidas incluyen, además, normativas relacionadas con la impericia y el intrusismo.

Un caso muy especial, es el que sucedió con la Reina María de Escocia, "ya que en el mismo se pueden considerar, tanto la verdad médica como la verdad jurídica. La reina mencionada se encontraba visitando a Bothwell en la ciudad de Jedburgh y sufría de malestar estomacal, que se agravaba en condiciones especiales y de mucha tensión. Durante la visita sufrió una crisis tal, que sufrió un shock hemorrágico. El médico usual de cabecera de la reina no se encontraba en esos momentos, por lo que la atendió un médico de apellido Amoult. La verdad médica sugería que, según el criterio de la época, realizara

una "sangría roja". Sin embargo, la verdad jurídica, que fue la seguida por el médico tratante, y la impericia del médico en casos como el de la reina, hizo que simplemente practicara un vendaje de las extremidades logrando, sin quererlo ni saberlo, una redistribución de la sangre hacia órganos vitales como el cerebro, el corazón, los riñones, etcétera, salvando la vida de la Reina María. Lo interesante de este caso es que, si el médico Arnoult hubiere practicado la medicina en forma correcta (según aquella época), la reina hubiera muerto. En cambio, al haber hecho caso omiso a las prácticas recomendadas en esa época, salvó la vida de la reina a pesar de haber realizado una mala práctica médica".⁴⁰

"Las primeras demandas por mala práctica médica, se dan en el derecho anglosajón. En 1,374, el Juez Cavendish determinó, en el caso del cirujano John Swalond que no se puede inculpar al cirujano, si éste emplea toda su diligencia en la curación. En 1,767 se dio el caso de Slater contra Baker y Stapleton, que se fundamentó en la falta de consentimiento, al igual que en el caso de Mary Schoendorff contra la ciudad de Nueva York, en 1,878. Sin embargo, los casos que marcaron una pauta histórica, se originaron con el caso del doctor Haley en 1,825 el cual fue demandado y sentenciado por imprudencia manifiesta al atender un parto, sin intentar maniobras correctivas ni llamar a otro consultante. Otro caso, es el del doctor Thouret Noroy, en 1,832, quien fue condenado por impericia, negligencia, grave inobservancia de reglas al no atender oportunamente una lesión arterial braquial, que él mismo había producido durante la realización de una sangría roja".⁴¹

⁴⁰ Pecasse, León, www.accu.es/index.htm.1999, pág 1, junio 2005

⁴¹ Ibidem, pág 2

4.4 Responsabilidad penal proveniente del tratamiento médico

Cuello Calón, citado por Analía Barbado, afirma: Que es responsable e imputable al que causa de la ejecución de un hecho punible responder de él; por lo que considera que la responsabilidad es “El deber Jurídico que incumbe al individuo a dar cuenta del hecho realizado”⁴²

A nuestro criterio la definición de Cuello Calón sobre la responsabilidad es aceptada en vista que recoge los principales elementos que forman la responsabilidad penal como son:

- El deber jurídico: Que incumbe al individuo a dar cuenta. Lo que viene a ser el esclarecimiento de la obligación de dar cuenta de un acto, no se trata de un simple deber jurídico impuesto por la ley que viene a traducirse en una obligación fatal o imperativa. Es la reclamación del estado a un agente para que responda de un acto.
- La imputabilidad: Que se convierte en el principal antecedente de la responsabilidad sin el cual no puede darse su existencia.
- El hecho realizado: Por último para la existencia de la responsabilidad penal debe producirse un hecho real y concreto que por encontrarse establecido en la ley penal constituye un delito.

⁴² Barbado, Analía R., **Responsabilidad de los profesionales del arte de curar**, pág. 138

En Guatemala, podemos decir que la mala práctica como delito legalmente regulado no existe, (en esta oportunidad únicamente me referiré al campo de la medicina) pero como una idea que puede encerrarse dentro del ámbito penal, en un caso de delito de lesiones graves (Artículo 147 del Código Penal. Lesiones graves: "Quien causare a otro lesión grave, será sancionado con prisión de dos a ocho años. Es lesión grave la que produjere alguno de los resultados siguientes: 1. Debilitación permanente de la función de un órgano, de un miembro principal, o de un sentido; 2. Anormalidad permanente en el uso de la palabra; 3. Incapacidad para el trabajo por más de un mes; 4. Deformación permanente del rostro), lesiones gravísimas (Artículo 146 del Código Penal. Lesiones Gravísimas: Quien causare a otro lesión gravísima será sancionado con prisión de tres a diez años. Es lesión gravísima la que produjere alguno de los resultados siguientes: 1. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable; 2. Inutilidad permanente para el trabajo; 3. Pérdida de un miembro principal o de su uso de la palabra; 4. Pérdida de un órgano o de un sentido; 5. Incapacidad para engendrar o concebir), incluso hasta en un homicidio culposo, se puede considerar "errores médicos" que en términos legales son conocidos como imprudencia, negligencia o impericia, también se puede traducir a daños y perjuicios ocasionados al cliente o paciente, esto quiere decir que el profesional puede, incluso, estar al borde de una demanda del orden civil, que si no cuenta con un seguro contra este siniestro y de una asesoría legal correcta, corre el peligro de quedar en la calle por lo cuantioso que resulta este tipo de demandas.

En distintas oportunidades se ha tocado el tema de la mala práctica en Guatemala, se piensa de inmediato que existe algún tipo de delito que la regule, como ilícito penal, no obstante que se ha tratado de legislar de manera específica sobre el tema. En nuestra legislación únicamente encontramos regulado delitos como: homicidio culposo, aborto,

aborto procurado; aborto con o sin consentimiento, aborto calificado, aborto terapéutico, aborto preterintencional, tentativa y aborto culposo, agravación específica y en cuanto a lesiones se encuentra legislado lesiones leves, graves y gravísimas. Estos delitos están tipificados en el Código Penal, en los Artículos 127 al 138. Para llegar al fondo del origen de este instituto jurídico es menester, primero, definir elementos importantes que todo ciudadano debe saber para poder concluir en las regulaciones o tipos legales al respecto de la mala práctica.

A saber: El derecho penal desde el punto de vista subjetivo (*Ius Puniendi*) es la facultad que tiene el estado de castigar como único ente soberano; es el derecho del Estado de determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.

En otras palabras es la facultad que tiene el estado de regular como delito ciertas acciones u omisiones realizadas por los individuos que conforman una sociedad, señalar a los responsables, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.

Desde el punto de vista objetivo (*Ius Poenale*), es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del estado, determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del estado, a través del principio de legalidad y de defensa.

4.5 La responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión

No es de las sociedades contemporáneas el descubrimiento de la posibilidad de responsabilizar al médico en el ejercicio de su profesión, al contrario los antecedentes u orígenes de la determinación de tal responsabilidad pueden ser hallados desde la antigüedad, tal como se ha establecido anteriormente en este trabajo. Y es que, la actividad del médico tiene por objeto la curación de seres humanos, por lo que es de mucho impacto el que una persona sufra daños físicos o incluso la muerte, por responsabilidad de médicos en cuyas manos se ha puesto la salud y la vida de la persona. Por eso, resulta lógico que las víctimas de los daños sufridos por responsabilidad de los médicos, busquen ser compensados y resarcidos por estos profesionales.

Como en cualquier profesión, la práctica de la medicina, por ser una actividad humana, está expuesta a resultados adversos, que dan lugar a ciertos efectos nocivos de mayor o menor gravedad en sus consecuencias. En este sentido, desde tiempos muy remotos se ha tratado de disminuir dichas consecuencias negativas en el ejercicio de la profesión médica, aplicando medidas legales, estableciéndose inclusive, responsabilidades para el facultativo, cuando las consecuencias sobrepasan el riesgo asumido por el ejercicio normal del médico, en ese tipo de actuaciones.

“No obstante, es totalmente cierto que una de las ramas de la ciencia que se ha desarrollado en mayor medida en los últimos cien años, es la medicina. Esto puede observarse con el gran cúmulo de investigaciones de laboratorio realizadas, que han dado lugar al descubrimiento de nuevas enfermedades, así como nuevos tratamientos, clínicos y quirúrgicos cada vez más delicados y especializados, para curar tanto éstas como otras

enfermedades. Lógicamente los tratamientos indicados conllevan un acrecentamiento de la actividad médica y, por lo mismo, de los riesgos derivados de dicha actividad, con la consiguiente responsabilidad profesional”.⁴³

Por lo mismo, en la actualidad y debido al progreso de la medicina, resulta imprescindible que los tratamientos o actos médicos y la responsabilidad profesional derivada de los mismos, sean analizados, desde el punto de vista jurídico, no sólo por las distintas especialidades, sino también por la necesaria participación plural o colectiva de los profesionales de la medicina tanto en la clínica especializada como en el quirófano.

4.6 Salud, derechos humanos y mala práctica

En la República de El Salvador, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, ha emitido un manual de calificación de violaciones a Derechos Humanos, en el que se estableció que la negligencia médica es el descuido, omisión y/o falta de diligencia en el tratamiento médico proporcionado a un paciente por parte de profesionales de la salud del sector público que trae como consecuencia daños al paciente. De dicha definición, se pueden establecer los siguientes puntos:

- Descuido, omisión y/o falta de diligencia en el tratamiento médico;
- De parte de un profesional de la salud (médicos, auxiliares, técnicos);

⁴³ Ibidem, pág. 3

- Que preste sus servicios en el sector público (hospitales, unidades de salud, etcétera);
- Que produce daños de cualquier tipo al paciente y que no sean consecuencia natural de un tratamiento adecuado.

Es necesario considerar si el indebido ejercicio de una profesión constituye una violación a derechos humanos. En este sentido, el Procurador de los Derechos Humanos salvadoreño, da una respuesta afirmativa, estableciendo que la violación del derecho fundamental es el de la salud. Sin embargo, es necesario analizar debidamente el tema, ya que dentro de la mala práctica médica, pueden vulnerarse derechos más individualizados al caso concreto como la integridad, la vida, etcétera, mientras que la protección a través de ese amplio y difícil de conceptualizar derecho a la salud, puede llevarnos al equívoco de no plantear la cuestión como en la realidad es: la responsabilidad de un individuo por sus actos profesionalmente indebidos frente a otro.

Pero la confusión del concepto del Procurador de Derechos Humanos de El Salvador, se expresa con mayor énfasis en el elemento c) de su definición: que sea un servicio del sector público. Para el funcionario mencionado, en el ámbito privado no se vulneran derechos humanos, por lo que la mala práctica médica sólo existe en el mundo de lo público. En otras palabras, para el procurador indicado "un médico no comete errores, ni puede efectuar actuaciones indebidas o temerarias", si es un médico privado, pero sí los comete cuando se trata de un médico del sector público. Probablemente, el Procurador estime que sólo puede conocer de violaciones a derechos humanos cuando

sean producidas por un agente estatal y que esto lo inhiba de conocer de casos de mala práctica médica en el sector privado.

“En cuanto a lo expresado, es necesario tomar en cuenta el efecto erga omnes de los derechos humanos. Este principio ha sido establecido tanto en el sistema interamericano en diversos fallos y tratados, donde se plasma la idea de que los derechos humanos tienen efecto entre particulares, como en el sistema universal de protección de derechos humanos, en el que el tribunal internacional de justicia, se ha pronunciado a este respecto”.⁴⁴

4.7 La prueba de la culpa médica

Hoy en día, tanto como la jurisprudencia como la doctrina en nuestro país, son conformes en establecer que basta cualquier género de negligencia, para poder fundar la responsabilidad del médico. Por ello no resulta apropiado hablar de una culpa profesional, como algo distinto de la culpa en general.

Pero aún puede resultar difícil para el reclamante, la prueba de la culpa médica, ya que esta dificultad viene promovida por diversos motivos, una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes en dictaminar en contra de intereses de un colega.

⁴⁴ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Ob. Cit, pág. 5.

Por lo general el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas y los estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce el diagnóstico. A esto se suma la práctica masificada de la medicina en nuestro país, la que despersonaliza la relación médico-paciente. Se da así una relación de experto frente a profano, en la cual la balanza de la justicia debe favorecer al último por la situación de debilidad de conocimientos en la que se encuentra. Otro de los problemas al que se enfrenta el paciente es que la mayoría de las pruebas están en manos del profesional y es éste quien las ha confeccionado.

Ni que hablar de lo que ocurre en reductos infranqueables como el quirófano, terapia intensiva o coronarias a las cuales los familiares de los pacientes no tienen acceso, desconociéndose lo que allí sucede. Ante cualquier acontecimiento adverso, ¿Cómo saber cómo acontecieron los hechos?

La dificultad de esta prueba es lo que generalmente lleva, a que, dudándose cuál fue el origen del daño sufrido por el paciente, el médico deba ser absuelto civilmente, puesto que la falta o incertidumbre de esa prueba es un riesgo que pesa sobre la cabeza del reclamante.

“Para evitar este juego de la carga de la prueba es que en doctrina y jurisprudencia se vienen abriendo paso distintas ideas que tienden a aligerar esa difícil carga. Esta tendencia de mayor protección al paciente-víctima se enrola en una corriente más amplia que inunda el derecho de daños. Es el favor victimae del que nos habla Alterini o el pro damnato de Díez-Picazo y Cavanillas Mugica”.⁴⁵

⁴⁵ Terminología médica, <<Diccionarios>>, www.oterin.com/internet/es/respcivi.htm

4.7.1 La prueba de presunciones

Debe aclararse la diferencia entre indicio y presunciones. Alsina define indicio como todo "rastros, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido"⁴⁶ siendo la presunción la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos.

Las presunciones se dividen en legales y del hombre o judiciales. Estas últimas son aquellas que el juez forma un juicio lógico partiendo de los indicios, que son hechos probados o de público conocimiento, a partir de los cuales, mediante una operación lógica deduce la existencia de otro hecho inferido o indicado. A su vez las presunciones legales pueden ser *juris et de jure* o *juris tantum*. Las primeras son absolutas y no admiten prueba en contrario, las segundas admiten prueba en contrario.

En el tema de la responsabilidad del médico no existe una regla genérica que consagre una presunción legal de culpa por parte del profesional. El indicio o hecho indicador debe estar acabadamente probado y debe tener significación probatoria respecto al hecho que se requiere demostrar, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

Debe descartarse la posibilidad de que la conexión entre el indicio y el hecho investigado sea aparente, producto de la casualidad. Debe aparecer clara la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado. De lo dicho queda demostrada la

⁴⁶ Bustamante Alsina, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**, pág. 80

importancia de este medio de prueba en los procesos de daños y perjuicios y fundamentalmente en los casos de mala práctica médica.

Acertadamente ha dicho la jurisprudencia, que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte gravada con la carga de la prueba, de modo que en estos casos adquiere pleno valor la de presunciones, medio que ha sido expresamente admitido por la ley.

4.7.2 Cargas probatorias

Las reglas de la carga de la prueba se tornan importantes en los casos en que no se ha podido recolectar pruebas suficientes como para avalar certeramente las afirmaciones de las partes intervinientes en el proceso. De ahí que cuando existen pruebas concretas sobre la verdad de los hechos alegados por uno de los litigantes, resulta innecesario apelar a las reglas de la carga de la prueba.

En la doctrina se han elaborado ciertas reglas relativas para que el juez cuente con ellas y sepa cual de las partes ha de sufrir las consecuencias negativas que provoca la falta de certidumbre sobre los hechos en debate.

Para la doctrina tradicional la carga de la prueba de la culpa del médico recaía sobre el paciente o sus herederos. Es la famosa prueba diabólica. Estas reglas han sufrido un fuerte golpe con el advenimiento de las cargas probatorias dinámicas, según estas, se

considera regla de distribución el criterio de adjudicarla a la parte que en mejores condiciones este de producirla.

Es difícil la situación del paciente cuando se encuentra en la posición de demostrar la culpa del médico. Desde el lado del médico sucede todo lo contrario. Tratándose de una obligación de medios, el profesional no necesita probar el caso fortuito pues le basta demostrar que no hubo culpa de su parte, y esto no es la demostración de un hecho negativo sino algo distinto, se satisface su prueba con acreditar la no culpa y esta consiste en haber obrado correctamente.

Al respecto en un exhaustivo análisis de la jurisprudencia la jurista Kemelmaier de Carlucci, ha sostenido que "los jueces siguen afirmando que la carga de la prueba de la culpa médica incumbe al actor, pues el profesional solo asume obligaciones de medios"

En conclusión respecto de la carga de la prueba, podemos anotar lo siguiente: En materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales generales de culpa. Esto significa que no existe una inversión general de la carga de la prueba de la culpa de los médicos, y por lo tanto la regla es que al paciente le corresponde cumplir con ese imperativo procesal: probar la culpa.

“Lo que sucede es que ante tal dificultad, cobra fundamental valor la de presunciones. Es el paciente quien debe entonces probar todos los hechos reveladores que luego formarán en el juez la convicción que lleve a tener por probada la culpa galénica. No hay que olvidar que la prueba dinámica es un aporte de nuestra doctrina,

aplicada en muchas ocasiones por los tribunales, pese a que no tiene consagración legislativa”.⁴⁷

4.8 Mala práctica

Para Magliano, citado por Vidal Casero: “La mala práctica implica por definición, el ejercicio idóneo de una actividad y la idoneidad se traduce en lenguaje jurídico en ausencia de diligencias apropiadas de conformidad con la naturaleza de la prestación que forma el contenido de una obligación cualquiera. Importa el obrar desajustado a un deber jurídico que puede sustentarse en una estipulación contractual previa o en el deber general de no dañar que se encuentra implícito en todo ordenamiento jurídico”.⁴⁸

Es por lo tanto un supuesto de antijuridicidad que, al concretarse en un daño en adecuada relación causal con una conducta cargada de culpabilidad, lato sensu, merece el reproche que constituye la esencia de la responsabilidad civil. El vocablo mala práctica, ha quedado en la práctica, identificado con los supuestos de responsabilidad profesional. Esta constituye un capítulo de la responsabilidad civil en general, quizá uno de los más importantes en la actualidad. De allí que reciba, por extensión, el influjo de las normas y principios que gobiernan aquella.

4.9 Carga de la prueba en la responsabilidad profesional

Existen dos cuestiones que no pueden perderse de vista al encarar el tema.

⁴⁷ Ibidem, pág. 109

⁴⁸ Vidal Casero, Mc. **La problemática del consentimiento informado**, pág. 87

“La primera hace a la naturaleza de la obligación y estriba en el hecho de que uno de los sujetos, el acreedor, no solamente no encontró satisfecha su expectativa al cumplimiento, que no podía exigir por la naturaleza particular de la obligación, sino que, además, le sobrevino un daño cuyo derecho a enjugar aparece incuestionable.

La segunda, vinculada íntimamente con el anterior, apunta a no perder de vista que todo cuanto atañe al proceso y a los sujetos que protagonizan, partes y juez, debe encaminarse hacia el dictado de una sentencia idónea para dirimir una contienda con la mayor cantidad de elementos de juicio con los que sea posible contar

Esto de acuerdo con el Artículo 181 del Código Procesal Penal de la República de Guatemala, textualmente indica: “Objetividad: Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este código. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de la prueba ofrecida pro las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley”.

La doctrina actual habla de la vigencia del principio de las cargas probatorias dinámicas en materia de prueba de la culpa profesional. Por ellas si bien no opera una inversión de la carga de la prueba, existiría como una suerte de relajamiento para el actor, quien se encontraría frente a un contradictor, el profesional, que tendría que demostrar su ausencia de culpabilidad en el caso concreto, en un autentico deber de colaboración.

Esta distinción resulta de suma importancia para resolver la cuestión de la carga probatoria sin incurrir en desviaciones que, como una suerte de efecto no querido puede llevar a facilitar la remoción de acciones que solamente encubren maniobras extorsivas para los profesionales. Estos no deben actuar en la impunidad pero tampoco encontrarse expuestos a sufrir demandas de tal corte, como lo estarían si la doctrina de las cargas probatorias dinámicas terminaran por construir una inversión de la carga de la prueba.

El profesional por su lado correrá con la carga de demostrar que obró sin culpa, es decir, de acuerdo con la naturaleza de la obligación y circunstancias de personas, tiempo y lugar. Pero paralelamente, agrega que, si de lo convenido resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, solo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena.

4.10 Relación de causalidad en la responsabilidad profesional

El tema de la relación de causalidad es poco frecuentado al tiempo de efectuar el análisis de la responsabilidad profesional cuando, por su carácter de presupuestos inexorable de la misma, parece difícil poder eludirlo. Precisada la causa del efecto procura también medir la extensión del resarcimiento, vale decir, cuanto es el daño que corresponde indemnizar.

“No basta la relación de causalidad material, sino que se procura una relación de causalidad jurídica. Esta última puede reposar en la proximidad temporal con el evento (teoría de la causa próxima); o del intrínseco poder de causación que puede tener por las virtudes cualitativas o cuantitativas de las que puede gozar (teoría de la causa eficiente o

más preponderante); o bien buscarse en un elemento de carácter humano, como es el juicio de previsibilidad".⁴⁹

4.1.1 Mala práctica en el ejercicio de la profesión médica

La mala práctica implica un ejercicio idóneo de una actividad y que esa idoneidad se traducía, en el ámbito jurídico, en una ausencia de diligencias apropiadas de conformidad con la naturaleza de la prestación que forma el contenido de una obligación cualquiera.

Borda sintetiza, de manera clara, la causa del aumento de los juicios por responsabilidad civil de los médicos en:

- La desaparición del médico de cabecera;
- El elevado costo actual de la medicina; y,
- Un cambio en el criterio jurídico para hacer lugar a una acción de daños

Cabe advertir, en tal sentido, que aún cuando no corresponda imputar el daño al caso fortuito, es posible que el médico no sea culpable pese a que su actuación fue la causa determinante del que terminó produciéndose en el enfermo.

Esto es conocido con el nombre de iatrogenia, palabra que alude a toda alteración o daño en el cuerpo o en la salud del enfermo que ocasiona el médico en su ejercicio

⁴⁹ Paulete Vanrell, Jorge, Conferencia en el " I Simposio Iberoamericano de derecho médico", pág. 4-5

profesional al tratar de curar o mejorar a un paciente aplicando los métodos usuales indicados, a condición de que no medie culpa. La diferencia con el casus estriba en que éste último responde a un hecho ajeno a la persona del deudor y, en aquella, la alteración o enfermedad imprevista e inevitable nace de un acto médico. Sin abusar de la categorización, se trata obviamente de una obligación de medios, lo que implica la imposibilidad de asegurar resultados; no obstante, el paciente espera curar su enfermedad.

Nadie ignora que en la relación médico paciente se perfila con caracteres muy nítido el factor confianza, el cual sigue siendo importante pese a la notoria disminución de la relación médico-familiar. El médico ciertamente se ve claramente afectado por la sola promoción de una demanda de daños y perjuicios, más allá del resultado final de la litis. Puede salir sobreseído penalmente o rechazarse la demanda civil resarcitoria, pero el solo hecho de haber sido demandado le ocasiona un indiscutible perjuicio ya que la demanda en su contra pesa de lleno sobre el elemento confianza. Todo lo cual, como es de imaginarse, es proclive a generar maniobras de claro corte extorsivo y que solo tienen de serio el intento de sacar un injusto provecho económico.

“En primer lugar debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en las demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado. En segundo lugar, el daño causado debe necesariamente originarse en un

acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño de la normativa vigente aplicable. De acuerdo a la normativa del Artículo 902 del Código Civil de la República de Argentina, la calidad de profesional de la salud en el agente involucrado en el daño, agrava cualquiera de las conductas negativas descriptas".⁵⁰

4.12 Cirugía curativa o preparadora y cirugía estética

Cuando el acto médico quirúrgico tiene por objeto la curación de una enfermedad o la reparación de algún accidente del cuerpo humano, se conoce con el nombre de curativa o reparadora, es por tal circunstancia que el consentimiento del paciente adquiere suma importancia al tiempo de encarar un acto quirúrgico, de lo contrario el médico estaría expuesto a la comisión del delito de "lesiones" (Artículo 144 del Código Penal guatemalteco).

El médico, de su lado, no puede considerar exonerada su responsabilidad si el resultado de la operación se limita a no provocar un daño al paciente o a no inferirle un perjuicio mayor al que motiva la intervención quirúrgica. Ciertamente, el resultado final de esta última debe contener un grado, aún cuando pueda considerarse mínimo, de eficacia, ponderándolo de acuerdo a un prototipo ideal.

⁵⁰ Asociación médica Argentina, <<Página Principal>>, http://www.ama-med.org.ar/servicios_profecional2.asp?id=14, junio 2005

CAPÍTULO V

5. Qué es la acción resarcitoria:

5.1 Acción resarcitoria

Lleva como finalidad la reparación del daño causado; y en el orden estrictamente profesional, compete al juez de la causa establecer el quantum indemnizatorio, tomando en consideración los distintos rubros en que se descompone ésta, privilegiando aquellos que hacen al hecho mismo, causante de lesión y origen de la promoción judicial.

La acción resarcitoria es reparación del daño y como tal debe ser constatada rigurosamente, ya que la aplicación de principios rectores puede no ser coincidente con el caso concreto. Debe tratarse de conductas atípicas para que la procedencia indemnizatoria pueden computarse como viable y exigible; de otro modo, la aceptación lisa y llana de toda promisión resarcitoria traería aparejada una inestabilidad institucional que en los hechos no debe suscitarse.

La acción resarcitoria por daños y perjuicios no siempre responde a otro aspecto que no sea el patrimonial; de allí que se urdan actitudes y conductas que no hacen sino colisionar con la pura objetiva realidad.

El contenido de la acción, estrictamente patrimonial, no lleva como finalidad la recurrencia a una sanción por mal desempeño profesional, sino sólo busca una compensación cuya finalidad no puede discutirse.

En este sentido podemos decir que la acción resarcitoria es compensar las pérdidas que se hayan producido por el sujeto activo (llámese médico, en este caso particular), sobre el sujeto pasivo (enfermo, paciente), que requirió los servicios de éste. En otras ramas y/o ámbitos de la vida esta acción se trata de dejar indemne el patrimonio y/o la vida de las personas que sufren algún tipo de menoscabo en sus propiedades, al ser víctima de una lesión y/o pérdida que degrade el valor intrínseco de un bien o limite su movilidad y/o forma de conducirse si lo que se afecta es la integridad física.

5.2 Indemnización

El acicate de un resarcimiento, acompañado de un impulso proporcionado por el profesional patrocinante lleva al inicio o instauración de demandas que solo están inspiradas en las sumas dinerarias susceptibles de ser percibidas por los accionantes, de prosperar aquellas pretensiones, las más veces infundadas, que llevan como propósito originario captar la voluntad del órgano de aplicación de la ley. Cuando en la práctica se concluye que se trata de una maniobra ardidosa, deberá inexcusablemente rechazarse in limine, haciendo pasible –oficiosamente– de las sanciones pertinentes, en forma solidaria, a los que incurrieron en el quehacer irremisiblemente ilícito.

Las valoraciones hechas del daño causado o emergente superan las posibilidades económicas, muchas veces, del médico comprometido en la emergencia, cuya responsabilidad profesional puede ser ninguna, pero por artificios legales del recurrente o por una apreciación subjetiva del órgano de aplicación, puede alcanzar aquélla –la responsabilidad– una gradación que opaca la labor o actividad, que aún ajustada a ciencia

y técnica, es factible de ser distorsionada y llegar esta a su procedencia –de la acción– y valía en el orden judicial.

Para evitar estas acciones que solo persiguen un enriquecimiento indebido, debe ahondarse la investigación hasta sus últimas consecuencias; y en el supuesto de ser la demanda falseada en sus términos, debe generar una responsabilidad solidaria entre quienes, a despecho de toda objetividad, se condujeron con una mendacidad reprochable: primero por ser inmoral el uso de la falacia, y segundo por la temeridad con que conlleva la promoción de acciones que no admiten siquiera la apoyatura de la presunción.

La actividad médica debe ser regida por una reglamentación minuciosa, pero que aquella aparezca protegida, no desguarnecida de derechos, y donde las pretensiones ilegítimas de los demandantes por mala práctica se sancionen también de modo expreso y con la severidad que de las circunstancias se desprenda.

El aspecto indemnizatorio es uno de los rubros que debe destacarse como contrario al ejercicio pleno de la profesión por las razones apuntadas de despertar intereses canalizados a la vía resarcitoria.

La introducción de estas posibilidades, permisivas de una estimación dineraria, como previa a la promoción del juicio, ha hecho, sino angustiante, por lo menos dificultosa la actividad del médico, quién se circunscribirá a aquellas etapas de atención que no signifiquen riesgos, no solo para el ejercicio profesional, sino para el propio patrimonio personal.

Otro de los detalles dignos de ser consignados está dado por la falta de garantías legales que permitan ir en auxilio del médico, cuando se han producido consecuencias que pretenden, muchas veces, haber sido generadas por conducto de la intervención profesional misma, omitiendo la propia ley referirse a las eximentes y/o atenuantes que están dadas por el consentimiento del propio paciente para ser sometido a la intervención o tratamiento respectivo.

La actividad médica aparece condicionada por disposiciones que deben ser valoradas objetivamente, evitando de tal suerte que la letra muerta de la ley se imponga sobre la verdadera interpretación que se hallará muchas veces en el espíritu de la misma; pero ajustarse a pautas que actúan como verdaderos parámetros de valoración, es restringir la actividad médica a los extremos que la disposición señala, circunstancia ésta inconciliable con el propio ejercicio profesional, que debe desarrollarse sin restricciones, cuando tal actividad se encuadra dentro de los límites que la ciencia y técnica establecen y que la interpretación restrictiva concluye por distorsionar.

Existe una zona de riesgo donde paciente y médico deben aunar criterios y lograr consenso para seguir la orientación más aconsejable para la mejora o restablecimiento. El poder atacarse la labor profesional como transgresora de imprudencia e impericia, es causal suficiente para el acuse de responsabilidad culposa.

5.3 El daño psíquico, sus diferencias con el daño moral

El daño psíquico tiene de común con el daño moral, la circunstancia de que ambos acontecen en la psique. Ello podría conducir a un análisis acerca de la denominación de

daño psíquico por cuanto el daño moral no deja de ser psíquico. Pero hay una consagración convencional y los nombres no confunden, en este caso, los conceptos que traducen.

Como primer paso, el daño moral acontece prevalecientemente en el sentimiento, mientras que el daño psíquico afecta con preponderancia el razonamiento. Esto no determina, por supuesto, una suerte de comportamientos estancos, porque, si bien son definibles e idealmente separables, el razonamiento y el sentimiento tienen zonas estrechamente relacionadas y relacionantes y acaecen en la esfera de la psique. El daño psíquico estudiado no significa dolor, aflicción, pesar, conmoción en el equilibrio espiritual de singular envergadura, características determinantes del daño moral.

El sentimiento equivale un tanto a emotividad, a impresión, a vida sensitiva. Por su parte el razonamiento forma ideas, conceptos, juicios para llegar a conclusiones. En muchas circunstancias el límite entre sentimiento y razonamiento se entrelazan, aunque es posible advertir las diferencias anotadas. Cuando se habla de dolor, de padecer, de pena, de lesión al equilibrio espiritual de singular envergadura, hay un acontecer en la psique, pero determinada prevalecientemente en la esfera del sentimiento.

Cuando está conmocionado el sentimiento (dolor, angustia, congoja, aflicción, desconsuelo, alteración de singular envergadura en el equilibrio espiritual), hay un acontecer en la psique, pero, salvo los casos de intensas interdependencias, no está alterado el razonamiento.

Sin duda, en algunas circunstancias, a una persona apenada le cuesta más razonar pero lo puede lograr aunque tenga que vencer esa afección sentimental. En todo esto, no nos salimos de la psique.

Las corrientes humorales coadyuvantes, las conducciones nerviosas, las vías sensitivas, el funcionamiento celular, entre otros tantos acontecimientos, también forman parte de los elementos que influyen la psique.

5.4 Reflexiones del ponente al respecto de este capítulo

- El daño psíquico tiene de común con el daño moral la circunstancia de que ambos se configuran en la psique;
- El daño moral acontece prevalementemente en el sentimiento, mientras que el daño psíquico afecta con preponderancia el razonamiento;
- En el daño moral (es aquel que se causa al pudor y la integridad), están conmovidos algunos sentimientos positivos (como la alegría, el equilibrio, la tranquilidad, la confianza) por otros sentimientos negativos (como el dolor, la aflicción, la pena).

Se debe contar sin duda, con todos los elementos fácticos y compulsas científicas para aceptar la existencia de un daño psíquico, sobre todo al tener en cuenta que acontece en la esfera mental, plena de complejidades y de comprobaciones multiplicables.

5.5 Mala práctica: Aspectos legales en la relación médico–enfermo

Desde la época en que se escribió el Código de Hammurabi, se han planteado la disyuntiva de determinar cuales son los deberes y obligaciones derivados del acto médico, es decir su responsabilidad.

Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mala práctica. Este término se refiere a aquellas circunstancias en la que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes a los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias.

Existen 2 factores que inciden en el creciente numero de querellas contra profesionales:

- La escasa información que reciben enfermo y familiares sobre las posibles consecuencias derivadas del acto médico, sobre todo en aquellas actuaciones cuya finalidad no es curar, fundamentalmente, sino mejorar la estética de la persona, y
- La problemática de las especialidades, concepto oscuro, no solo entre médicos sino también entre juristas.

Los medios de información divulgan constantemente, insistiendo de forma exagerada, las querellas que se presentan por mala práctica. Es bueno que la sociedad

tome conciencia de sus derechos, y de cómo hacerlos efectivos, pero no es tener que llegar a extremos, como se ha llegado en la sociedad americana, donde los abogados se sitúan en la puerta de los hospitales para preguntar a los enfermos que salen, si han quedado satisfechos con los servicios que se les ha prestado o del tratamiento médico recibido.

Médicos, enfermos y autoridades, hemos de evitar llegar a la situación americana. No debe haber profesionales que puedan realizar mala práctica en la impunidad, pero tampoco es positivo que el médico viva con la ansiedad constante de que cualquier acto que realice pueda conllevar una demanda judicial. Es grave que se den casos en que profesionales después de 20-25 años de ejercer una especialidad determinada, cirugía, anestesia, etc., facultativos capaces se dediquen a ejercer otras especialidades que no comporten riesgos tan elevados de verse expuestos a posibles reclamaciones.

A pesar de ser técnicamente bien aplicado un tratamiento puede generar una demanda judicial que si bien no prospera, por falta de fundamento médico, sí puede provocar una sensación de angustia al facultativo responsable del mismo, durante el tiempo más o menos largo que dure la instrucción del proceso y lleguen al juez y el ministerio fiscal a la conclusión que no hay indicios razonables de que se haya realizado un acto médico esté tipificado jurídicamente como negligencia o imprudencia temeraria.

Es importante establecer que no toda intervención del médico es un acto demandable en la actualidad estamos influenciados por lo que sucede en otros países más que en nuestra propia experiencia y constitucionalidad muchas son las novelas, en las que sus autores, describen a jóvenes abogados, que en sus primeros pasos

profesionales se pasan el día en la sala de espera de un hospital para contactarse con los familiares de pacientes para ofrecerles sus servicios profesionales, ante la posibilidad de encontrarse con la necesidad de una presunta reclamación por mal desempeño del médico.

Esta no es una situación insólita, sino habitual, una situación que no sólo se da a este nivel sino en muchos programas televisivos, donde pueden ser habituales noticias de denuncias por mala práctica, o anuncios de abogados que se dedican a esta especialidad. Esto se produce porque no solo el derecho lo permite, sino porque fundamentalmente, las leyes y, en especial la evolución jurisprudencia en este campo, consideran que existen posibilidades de rotundo éxito en la reclamación.

Nadie puede discutir que el médico como cualquier otro profesional, ha de ser responsable de sus negligencias, además, se debe habilitar mecanismos para que puedan probarse y para que el responsable no se ampare en un hermetismo de clase que haga imposible que el afectado obtenga los medios de prueba que le sean precisos. Pero, por otra parte, los jueces deben ser ponderados a la hora de aplicar la ley.

No es buena la criminalización de la profesión médica, ni socialmente deseable, porque de esta manera se desvirtúa el verdadero fin que la misma tiene, y se desvirtúa también de esta forma el fin que debe perseguir el derecho. La realidad hoy por hoy, es que cuando alguien sufre un infortunio, piensa de inmediato a quién podría responsabilizar de ello.

Es correcto que cuando se sea responsable de un daño se pague por ello, pero de ahí a que siempre que este daño se produzca un tercero deba pagarlo, media un abismo. La presión social va en este sentido, y ello explica quizá porque en países como Estados Unidos, objetos desechables y tan simples como un encendedor por ejemplo, esté cubierto de etiquetas advirtiendo su peligrosidad. Hay una especie de paranoia por el temor de ser demandados.

Con esto quiero decir que no debe pasarse la barrera de lo lógico, cayendo en el absurdo, no es malo que la gente sepa que tiene sus derechos y que puede hacerlos valer, lo que hay que evitar es que se acepte heredar costumbres importadas de un país dominante por el solo hecho de serlo, sino que deben filtrarse ciertos criterios objetivos y razonables. Debemos hacer que el médico sea responsable de su arte de curar en toda su amplitud, pero que la pasión no tenga cabida en la ley, que debe estar fundada exclusivamente en la razón, en toda su pureza.

Es evidente que mientras las cosas salen bien, y esto sucede en todas las profesiones, te lo reconozcan o no, no pasa nada. Pero el planteamiento es totalmente distinto cuando algo sale mal, en cuyo caso la práctica nos demuestra la necesidad, o cuando no la legalidad de buscar responsabilidades, un responsable, con todo el riesgo que ello impone.

Sin alejarnos mucho del tema principal que es el resarcimiento por daños causados, debemos entender que, si bien es cierto que el daño es un hecho involuntario, imprudente y/o negligente dentro de cualquier ámbito de la vida, también diremos que muchas veces este daño es producido con dolo (deseo de dañar), más que con impericia;

por lo que puedo decir que el resarcimiento, debe de ser obligatorio, cuando se trata de procedimientos médicos, ya que en muchas ocasiones, por no decir en la mayoría de veces, dicho daño se produce por la negligencia de los galenos al encomendar actos y procedimientos propios, a personas que no tienen el grado de capacidad y conocimiento para realizar dichos actos.

CAPÍTULO VI

6. Qué es el contrato de servicios profesionales:

6.1 Contrato de servicios profesionales

En la legislación guatemalteca, la contratación de servicios profesionales, está contemplado en los Artículos 2027 al 2036, del Código Civil. Como dice Puig Peña: “este contrato es aquél por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto”⁵¹.

En este contrato existen varias modalidades dentro de las que se encuadra lo relativo a los servicios y profesiones liberales. Se dice que, si aquellos que los prestan están en situación de dependencia de la empresa (médicos, abogados, ingenieros, etcétera, al servicio de la misma) existe legalmente también un contrato de trabajo. Pero si obran con independencia, es curioso observar que, aunque se discuta su naturaleza, en la legislación española dedicada al arrendamiento de servicios, no hay nada que pueda referirse a estas profesiones, y precisamente es aquí donde podrían encontrar cobijo. Si bien, algunos autores mencionan que las ocupaciones de los maestros de las ciencias y las artes, médicos, abogados, etcétera, constituyen bienes inestimables, no susceptibles de pago sino de honorarios, tales servicios pertenecen necesariamente al mandato. Sin embargo, el autor Puig Peña, refiriéndose al tratadista Covián, dice que: “el contrato de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, sean corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto de los abogados, médicos y otras

⁵¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 89

profesiones como los domésticos o materiales, y no parece lógico ni oportuno establecer una distinción entre unos y otros”⁵².

En conclusión, resulta obvio que una de las profesiones que más sujeta está a la observación, estudio y conflictos, es la del médico, por las consecuencias que su ejercicio conlleva. Esto implica que, cada vez más, surjan acciones penales y civiles derivadas del actuar médico. Sin embargo, también debe determinarse que el actuar médico no siempre está sujeto a las mismas consecuencias jurídicas, especialmente las civiles, ya que debe hacerse una diferenciación entre los médicos que ejercen en relación de dependencia con respecto a un hospital, en el que éste es solidariamente responsable con el médico, a los médicos que ejercen su profesión en forma liberal, en la que éste debe ser el único responsable por sus actos, independientemente del lugar o situación en que los daños se hayan causado.

6.2 Contrato de servicios profesionales

Antes de entrar a considerar un concepto doctrinario de contrato de servicios profesionales, se hace necesario establecer el significado de los siguientes términos para comprender mejor el tema.

6.2.1 Profesional

Según Cabanellas: “Es quien desempeña una actividad que instituye su principal fuente de ingresos”⁵³

⁵² Ibidem

⁵³ **Diccionario jurídico elemental**, pág. 721

Se caracteriza por la presencia de determinadas características sobre las que las doctrinas suelen guardar coincidencias. Ellas son:

- Autonomía técnica: Sin perjuicio de la subordinación jurídica e la que puede encontrarse el profesional, lo distingue el hecho de obrar con discrecionalidad técnica según las reglas de la "lex artis"
- Habitualidad: La actividad que forma la materia de la actuación constituye un modo de vida
- Reglamentación: Se entiende necesaria la existencia de un estatuto o conjunto de normas regulatorias de la actividad
- Habilitación: El profesional ciñe el ejercicio de su actividad a la previa declaración formal sobre la pertenencia de las aptitudes que forman el contenido de la profesión
- Presunción de onerosidad: La circunstancia de que la actividad constituya el "modus vivendi" determina que la prestación se presuma onerosa, lo que implica que genere un precio aún cuando este último no hubiera sido previsto
- Sujeción a normas éticas: Toda profesión se encuentra gobernada por normas, escritas o no, que sientan las reglas de conducta moral que se ajustan a su idiosincrasia particular;

- Sometimiento a potestades disciplinarias: Mediante ella se garantiza el recto ejercicio de la actuación profesional

6.2.2 Profesión liberal

Es aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales por lo general de actividad y trabajo tan solo intelectual, aún cuando no excluya operaciones manuales como las del cirujano, los ingenieros y arquitectos al trazar sus planos.

6.2.3 Técnico

Se refiere a lo concerniente a la aplicación o aspecto y real de las ciencias y las artes.

6.2.4 Legal

No existe una definición de contrato de servicios profesionales en el Código Civil, tampoco en la Ley de Servicio Civil ni en las normas de contratación de servicios técnicos y profesionales contenidas en la circular conjunta del Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil.

En esta clase de contratos, actualmente se deben de considerar además de los servicios profesionales, los servicios técnicos, puesto que existen personas que se capacitan y especializan en determinadas ramas del saber humano lo cual les permite la

realización de trabajos y estudios específicos de naturaleza técnica, actividad que en muchas ocasiones complementa a carreras universitarias y que por si mismas hace independiente la actividad de los técnicos de la de los trabajadores u operarios.

6.2.5 Contrato de prestaciones de servicios profesionales

Es aquel contrato mediante el cual una persona (profesional) debidamente capacitada y autorizada para el ejercicio de una profesión liberal, se compromete a prestar sus servicios intelectuales a otra (cliente) a cambio del pago de honorarios que se pactarán libremente conforme arancel.

6.5.6 Contrato de servicios técnicos

Es aquel mediante el cual una persona (técnico) debidamente capacitado para la realización de trabajos o estudios concernientes a una especialidad, se compromete a prestar sus servicios técnicos a otra (cliente), a cambio del pago de honorarios pactados libremente.

6.3 Características

- Es un contrato fundamentalmente consensual;
- Una de las partes pone condiciones o términos de referencias y el profesional o técnico establece el valor del servicio;

- Es esencialmente remunerado;

- El profesional o el técnico compromete el resultado de su trabajo intelectual o trabajo especializado;

- Los profesionales al ejercer su profesión liberal gozan de una dependencia económica absoluta, aunque los clientes los busquen constantemente;

- A pesar de trabajar por contrato en una empresa o con el estado, no se ligan permanentemente a ellos y no es necesario que estén sujetos a un horario, es decir no hay relación de subordinación; y,

- Los honorarios se pactan libremente o conforme arancel y se fijan, atendiendo la calidad profesional o técnica de la persona que contratan.

6.3.1 Elementos personales

- Profesional o técnico: es la persona que presta sus servicios intelectuales o técnicos;
y,

- Cliente: es la persona que contrata los servicios.

6.3.2 Elementos reales

- El resultado de la actividad intelectual o técnica, la que debe ser física y jurídicamente determinada; y,
- Los honorarios que pueden ser pagados en forma global y de acuerdo al avance de la actividad profesional o técnica.

6.3.3 Elemento formal

No existe una forma especial para la realización de esta clase de contratos, sin embargo los que se celebran con el estado, si tienen requisitos y formalidades que se deben observar, los que están contenidos en el reglamento de contratos administrativos y en la circular del ministerio de Finanzas, Contraloría General de Cuentas y la Ofical Nacional de Servicio Civil, por lo demás deberán sujetarse a las disposiciones generales de los contratos.

6.3.4 Modalidades

Las modalidades de este contrato dependen de los factores siguientes:

- Cuando el profesional o el técnico realicen el desempeño de su actividad en el campo privado es decir, su relación con la clientela sin dependencia ni subordinación hacia ellas;

- Cuando el profesional o el técnico ejercen su actividad con una empresa o con el estado, queda sujetos a cierta dependencia jerárquica y económica que los obliga a rendir informes sobre el resultado de su actividad, a observar reglamentos y someterlos a supervisión; y
- Cuando varios profesionales o técnicos prestan sus servicios en un mismo asunto.

6.4 Diferencias con el contrato laboral

Existen varias diferencias entre el contrato laboral y el de servicios profesionales (dichas comparaciones se toman en base al Código de Trabajo de la República de Guatemala, tomando muy en cuenta los considerandos en donde se aplica la tutelaridad que tiene el Estado de Guatemala para con los trabajadores por ser la parte más débil de la relación laboral; y la forma del contrato del mismo contenido en el Artículo 332 del mismo cuerpo legal), siendo las más fundamentales:

- En el contrato laboral existe relación de dependencia y subordinación jerárquica, en el contrato de servicios profesionales o técnicos no existe subordinación con la clientela;
- En el contrato laboral se recibe un salario o sueldo y se adquiere derecho al pago de prestaciones laborales establecidas por la ley; en el contrato de servicios profesionales o técnicos se recibe a cambio del servicio prestado honorarios, no se trata de una relación laboral entre las partes por lo tanto no se adquiere derecho a las prestaciones establecidas en la ley;

- En el contrato laboral, es el patrono quien determina el salario o sueldo; en el contrato de servicios profesionales o técnicos, estos tienen libertad para determinar el valor de sus honorarios o cobrarlos conforme a un arancel;
- En el contrato laboral se compromete la prestación de un servicio; en el contrato de servicios profesionales o técnicos se compromete el resultado de la prestación de dichos servicios; y,
- Horario de trabajo en el contrato de servicios profesionales y técnicos no hay, en el contrato laboral si se tiene un horario establecido

6.5 Sujetos contractuales

- Profesional: las personas debidamente capacitadas y facultadas por la Universidad para el ejercicio de una profesión liberal, debe ser colegiado activo, según la ley de colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de profesionales universitarios;
- Técnicos: persona que realiza estudios de carácter técnico en esos establecimientos de enseñanza siendo apto para otorgar esta clase de acreditación.
- Cliente: la persona individual o jurídica que contrata los servicios.

6.6 Clases de contratos

- Con particulares: Se refiere a aquellos contratos que celebran los profesionales o técnicos con personas individuales con el fin de proporcionar asesorías o consultorías
- Con sociedades mercantiles: Son aquellos contratos que celebran los profesionales o técnicos con personas jurídicas con el fin de realizar un trabajo intelectual o técnico en forma temporal e individual.
- Con el estado: Son los contratos que celebran profesionales o técnicos con el estado y sus entidades autónomas descentralizadas y las municipalidades con el fin de prestar servicios personales de asesoría o consultoría.

6.7 Regulación legal

Esta clase de contratos están regulados:

- En el Código Civil: del Artículo 2027 al 2036, Título XII De los servicios profesionales

Artículo 2027. Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar honorarios y condiciones de pago.

Artículo 2028. A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez,

tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos.

Artículo 2029. El profesional tiene derecho, además de la retribución, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente.

Artículo 2030, si varias personas encomendaren un negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo.

Artículo 2031. Cuando varios profesionales hubieren prestado sus servicios en un mismo asunto, cada uno de ellos, tendrá derecho a ser retribuido proporcionalmente a los servicios prestados y al reembolso de los gastos.

Artículo 2032. Salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto el cual hubieren intervenido.

Artículo 2033. El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente.

Artículo 2034. Cuando un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la persona que lo contrato, quedando responsable de daños y perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya.

Artículo 2035. Si la persona que contrató los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados, cantidad que fijará el juez, si hubiere desacuerdo entre las partes.

Artículo 2036. Las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal, prestaren servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado

- Reglamento de contratos administrativos, emitido el 7 de marzo de 1952;
- Circular conjunta del ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil, de fecha 3 enero de 1983 y que contiene normas sobre contratación de servicios técnicos y profesionales.

6.7.1 Faccionamiento

Los requisitos que deben observarse para la elaboración y perfeccionamiento de este contrato son los siguientes:

6.8 Con particulares y sociedades

El Código Civil no exige una forma específica para la elaboración de esta clase de instrumentos públicos, puede hacerse en documento privado, sin embargo generalmente se suscriben en escritura pública, observándose en el faccionamiento de la misma, las formalidades exigidas por el Código de Notariado.

6.9 Con el estado

Los requerimientos están en la circular conjunta del Ministerio de Finanzas, Contraloría General de cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil, además:

- El profesional o técnico deberá presentar una fianza de cumplimiento;
- El plazo solo podrá prorrogarse por causa de fuerza mayor o casos fortuitos debidamente comprobados.

6.10 Contrato de servicios profesionales

Aunque no es lo más adecuado, el contrato de servicios profesionales en doctrina se le conoce como contrato de arrendamiento de servicios o locación de servicios. En el contrato de servicios profesionales se presta un servicio profesional a cambio de precio cierto denominado honorario.

Debe diferenciarse del contrato laboral debido a que no existe la subordinación, la permanencia, dependencia, exclusividad y el sueldo o salario, propios del contrato de trabajo. Los servicios profesionales se prestan sin tener que abandonar la independencia personal, sin estar bajo la dirección de otra persona, sin la existencia de una dependencia jerárquica. En el contrato de servicios profesionales existe autonomía.

No obstante lo anterior, los profesionales, pueden celebrar contratos de trabajo y prestar servicios, con las características de dependencia, horarios, dirección inmediata, a cambio de un salario, en este caso no son servicios profesionales, se esta ante un trato de trabajo. Aunque se refiere a aspectos relevantes, en el código no define este contrato. A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo, sino lo hubiere, será fijada por el juez tomando en consideración la importancia y la duración de los servicios y las circunstancias económicas del que deba pagarlos.

El profesional tiene derecho además de la retribución, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente. Salvo pacto en contrario, los que prestan servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el que hubieran intervenido.

El profesional esta obligado a prestar sus servicios con toda la dedicación y con el arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños o perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente.

CAPÍTULO VII

7. Responsabilidad médica

7.1 Ejercicio de la medicina

Durante el ejercicio de la medicina, hay momentos en donde el médico debe tomar decisiones trascendentales, en especial en las situaciones de vida o muerte de un paciente; en éstas circunstancias el médico no se detiene a preguntarse si lo que se propone realizar pueda entrañar consecuencias legales, puesto que al hacerlo podría convertirse en un letal freno, que en última circunstancia sólo perjudicaría al paciente.

Sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables, ética y legalmente, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen. Aquí podría surgir una duda: ¿Ha extremado realmente los medios adecuados? ¿Una sospecha puede justificar una denuncia judicial?. Uno de los derechos inherentes al ser humano es el derecho a la salud, que con mucha frecuencia se lo confunde con un derecho a la curación, pues el paciente cree que el derecho al tratamiento debe involucrar necesariamente un resultado positivo.

En las actuales circunstancias y ante la proliferación de denuncias por Mala práctica, que sería no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonada, con las reglas y preceptos destinados a este fin. Es decir, mala práctica puede significar no seguir la *lex artis*; es necesaria una adecuada profilaxis para prevenir un gran número de estas

acciones y evitar la tendencia creciente, que le quitará al médico toda voluntad de asumir responsabilidades, impulsándolo a transferir la obligación a otro, para evitar el proceso de sujeción; pues si las cosas continúan así se contribuirá a desarrollar una Psicosis de miedo y una tendencia a mezclar riesgos legales con riesgos legítimos. ¿Quién puede negar que existen errores que parecen criminales únicamente a los ojos de quien nunca ha estado en situación de cometerlos y que, por lo tanto, no pueden entenderlos?.

Esto no implica eludir la responsabilidad sino por el contrario, afirmar que el ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero éste, tiene doble presupuesto de sustentación: ético y científico, que protegerán al médico de reclamos temerarios. La protección jurídica de la salud y el respeto a la dignidad humana son las coordenadas básicas que regulan las cuestiones comprendidas dentro de la responsabilidad médica. La Organización mundial de la Salud define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez.

El Profesor J. Jornetn se expresa así: “Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mala práctica. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias”.⁵⁴

⁵⁴Manual de ética médica, <<Página de Inicio>>, www.uhu.es/elena_lopez/foro6/_disc1/00000007.htm, junio 2006

El bienestar implica la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Ambos, salud y bienestar deben gozar de la protección del estado y del derecho guatemalteco.

La salud es un bien jurídico protegido por el estado y el derecho guatemalteco en un doble aspecto:

- Como un bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del derecho penal y reparado o indemnizado en el plano civil.
- Como valor: Frente al cual el estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en los supuestos que la salud se altere por factores personales, socio ambientales, laborales, etcétera.

La práctica médica, se fundamenta con el conocimiento de las ciencias médicas. El primer aspecto surge de la relación médico - paciente y el segundo se inicia con la Universidad a los que se agrega el post grado, labor del colegio médico y de la sociedad médica respectiva.

Cuando se violen las normas del adecuado ejercicio profesional queda configurada la mala práctica, la cual se define como la omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da como resultado cierto perjuicio a éste, o también cuando el médico a través de un acto propio de su actividad.

Y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo"; es decir consta de dos partes:

- El médico deja de cumplir con su deber; y,
- Causa un perjuicio definido al paciente.

Por tanto, el no ceñirse a las normas establecidas (originando un perjuicio) hace al médico responsable de su conducta y de los daños que ocasiona.

7.2 Definición de responsabilidad

Etimología: Del latín respondeo – dere, responder, contestar de palabra o por escrito. Estar colocado en frente o en la parte opuesta. Reclamar, comparecer.

“Es la calidad o condición de responsable y la obligación de reparar y satisfacer por si mismo o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado; ello implica aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad (discernimiento), voluntad (intención) y dentro de un marco de libertad”.⁵⁵

Es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica.

⁵⁵ Barbado, Ob. Cit., pág. 21

Medios:

- Defectuoso examen del paciente.
- Errores groseros de diagnóstico y tratamiento.
- Daños causados por uso indebido o en mal estado de objetos (aparatos e instrumental) y medicamentos.
- Omisión de pautas esenciales para el diagnóstico de una enfermedad.
- Falta de control hacia los auxiliares del médico y los daños que los mismos puedan culposamente ocasionar.

7.3 Elementos de responsabilidad.

- Acción (u omisión) voluntaria (o involuntaria) productora de un resultado dañoso;
- Antijuricidad: Desde el acto ilícito hasta el incumplimiento contractual o la violación de una obligación.

7.4 Responsabilidad profesional

Cuando el profesional por dolo, imprudencia, negligencia, etc. ocasiona un daño en la persona que ha requerido sus servicios, incurre en irresponsabilidad. La responsabilidad del médico se inicia con el juramento (de la Declaración de Ginebra, 1948) de un buen desempeño de la profesión y desde la inscripción en el Colegio Profesional y en relación con el cliente (paciente) que es de naturaleza contractual; existiendo deberes comunes para la mayoría de profesiones, como son: deber de lealtad, secreto profesional e indemnización del daño que hubiera ocasionado. La responsabilidad médica es una variedad de la responsabilidad profesional.

7.5 Responsabilidad jurídica

Es la obligación de las personas imputables de dar cuenta ante la justicia de los actos realizados contrarios a la ley y sufrir las consecuencias legales.

7.6 Tipos de responsabilidad médica

De acuerdo al fuero:

- Responsabilidad civil: Deriva de la obligación de reparar económicamente los daños ocasionados a la víctima;

- Responsabilidad penal: Surge del interés del estado y de los particulares, interesados en sostener la armonía jurídica y el orden público; por lo que las sanciones (penas) son

las que impone el Código Penal (prisión, reclusión, multa, inhabilitación); en virtud de que en Guatemala, la mala práctica médica, no esta tipificada dentro del ordenamiento jurídico existente actualmente, dicho acto debe encuadrarse dentro de los delitos y lesiones y como efecto de daños y perjuicios, que puede considerar como imprudencia negligencia o impericia y esto si es considerado y castigado por el Código Penal de Guatemala.

De acuerdo a la técnica jurídica:

- Responsabilidad objetiva: Es la que surge del resultado dañoso, no esperado, que el accionar del médico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe;
- Responsabilidad subjetiva: Es la que surge de la subjetividad del médico, puesta al servicio de una determinada acción penada por Ley, (por ejemplo abortos, certificados falsos, violación del secreto profesional); así mismo comentamos que este término descansa en la idea de culpa del agente productos del daño, sin la preexistencia de una relación jurídica, sencillamente que exista un error de conducta, en el cual el responsable del daño esta obligado a indemnizar porque el mismo ha sido producto de su culpa, porque no se ha comportado con la diligencia debida. Si no ha mediado culpa, no esta obligado a reparar el daño. La culpa es u requisito fundamental de la responsabilidad civil.
- Responsabilidad contractual: Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito, ya que puede ser verbal, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal; tiene dos elementos fundamentales que son lo que la determinan: a) La

preexistencia de un vínculo obligacional entre personas determinadas, b) Acaecimiento de un daño que surge de la violación de aquel vínculo. Si faltaren alguno de estos requisitos o ambos faltaran, el carácter sería genérico y no sería válida hacia un sujeto determinado, configurándose la responsabilidad civil extracontractual;

– Responsabilidad extracontractual: Es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como Aquiliana (Lex Aquilia). Su aplicación en el campo médico es excepcional (por ejemplo asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock); es la que mejor se adapta a las diferentes áreas y ámbitos de la vida humana, porque se deriva de la propia ley, de la contractual. Exigible por culpa de tercero, cuando media dolo o culpa y aún por declaración legal sin acto ilícito ni negligencia del que resulte así responsable. Desde el criterio de la relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aún sin culpa, sin más que el hecho de ser autor del daño o perjuicio.

Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de ésta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. “El elemento objetivo lo configura el daño, porque el simple desagrado u otro elemento psicológico carece de relieve económico jurídico, fundamento de ésta responsabilidad. El elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, ignorancia o imprudencia sin deseo de causar el perjuicio”.⁵⁶

⁵⁶ Colonia D’stria, Pierre; **Diccionario de términos jurídicos**, pág. 77

En otras palabras: la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. Es decir, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona por culpa un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la Responsabilidad; según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento (capacidad), intención (voluntad) y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que se provoque un daño a otra persona.

7.7 Culpa médica

Es una infracción a una obligación preexistente fijada por ley o por el contrato; es el caso de culpa exclusivamente estimada y/o legalizada, que se aplica a los médicos, enfermeros, técnicos de laboratorio y/o todos los elementos que tienen contacto y/o trabajan con pacientes que llegan a requerir sus servicios profesionales.

7.7.1 Delimitación

Caso Fortuito: Los hechos son extraños al hombre, ocurren por azar, es decir, es una consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. El médico no ha previsto el resultado porque éste no era previsible, por lo tanto no puede serle imputado.

La responsabilidad profesional médica es aquella en la que el que la ejerce, en este caso, el médico, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad

civil. Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable.

El fundamento de la responsabilidad que se le exige a alguien por los resultados de su actividad, en el caso médico, o de los hechos que puedan serle moralmente imputados radica en el reproche o censura que merece el comportamiento obrado por el responsable y señala que la extensión de la responsabilidad, la medida del resarcimiento, debe regularse en función de la efectiva posibilidad en que haya estado el agente de apreciar las derivaciones de su actividad.

El médico, como cualquier profesional o práctico en un arte, ciencia u oficio, debe cumplir con todos los principios que regulan su especialidad, pero, como bien se ha dicho, tal cosa no importa que frente a la culpa de derecho, cuya noción importa un contenido invariable, genérico y único, exista otra de significado singular, inherente al ejercicio de una profesión particular, con esto queremos decir que el médico debe de tomar en consideración todos y cada uno de los factores que tiene dentro de su carrera y/o profesión, ya que al estar, en contacto con seres humanos que ponen su vida en las manos de dichos profesionales, están ante la posibilidad de un error, un contratiempo que cause un daño al mencionado individuo y que con ello se vea afectado en su patrimonio al tener que resarcir los daños que aún poniendo la debida diligencia, se produjeron, en el paciente atendido.

7.8 Deber profesional

El deber profesional del médico es estar obligado a actuar por imperio de una profesión. Ésta es la actividad destinada a servir a los demás con ánimo de lucro honesto y por propia elección. La medicina debe ser ejercida con una conciencia resta en todo momento. Ya que de perderse esto estaríamos con un rumbo completamente diferente al que se debería tener ante una profesión que trata seres humanos y no objetos inanimados y sin conciencia alguna.

Cuando se dice que lucro honesto estamos ante la situación que muchos profesionales cobran desmesuradamente y sin hacer un poco de labor social, se trata de recaudar la mayor cantidad de dinero sin importar la situación económica del individuo solicitante de sus servicios, porque si bien es cierto, que cada persona debe ganarse el salario que le permita vivir con dignidad, no debe olvidarse que es en esos momentos de enfermedad que los seres humanos están más susceptibles y propensos a todo, por lo que ante dicha situación debe tenerse en cuenta las situaciones anteriormente citadas para no apartarse de la dignidad de la profesión, que es ayudar al que necesita y que le aqueja alguna enfermedad. Porque no debe curarse solamente el cuerpo sino muchas veces darle un alivio al alma.

Otra de las obligaciones de los galenos es mantenerse actualizado óptimamente para tener un nivel de efectividad alto y así correr menos riesgo de cometer algún tipo de imprudencia, en el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO VIII

8. El consentimiento

8.1 Consentimiento informado

En este capítulo nos referimos al consentimiento informado, veamos en que consiste. “Al enfermo le asiste el derecho de estar informado acerca de su padecimiento, sobre la propuesta de tratamiento y terapias alternativas, riesgos y probabilidad de resultados adversos, para poder tomar una decisión afirmativa. Esto debiera de estar contemplado en ley (Código Penal, Código Civil), estableciéndose la obligación de informar al paciente y sus familiares más cercanos, los riesgos del tratamiento indicado”.⁵⁷

Los contenidos mínimos que debería reunir son:

- Nombre y apellido del paciente y médico que informa;
- Explicar la naturaleza de la enfermedad y su evolución natural;
- Nombre del procedimiento a realizar, especificando en que consiste y como se llevará a cabo;
- Explicar los beneficios que razonablemente se puede esperar de la cirugía, tratamientos y consecuencia de la denegación;

⁵⁷ Cataldi Amatriain, Roberto M. **Manual de ética médica**, pág. 67

- Información sobre riesgos de la cirugía, probables complicaciones, mortalidad y secuelas;
- Planteo de alternativas de tratamiento comparadas con la cirugía propuesta;
- Explicación sobre el tipo de anestesia y sus riesgos;
- Autorización para obtener fotografías, videos o registros gráficos en el pre, intra y postoperatorio y para difundir resultados o iconografía en revistas médicas y/o ámbitos científicos;
- Posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento antes de la cirugía;
- Satisfacción del paciente por la información recibida y evacuación de sus dudas;
- Fecha y firma aclarada del médico, paciente y testigos, si los hubiere.

“El consentimiento informado que es una especie del consentimiento de las obligaciones, que contiene nuestro Código Civil. Este consentimiento tiene las siguientes características:

- El consentimiento informado es obligatorio, siendo el formulario escrito conveniente para deslindar responsabilidad de sucesos previsibles, debiendo aplicarse cualquiera sea la magnitud de la cirugía o tratamiento, en Guatemala a este documento se le llama autorización de procedimientos.

- Debe ser directo, breve y de lenguaje simple. No tiene que contener palabras abreviadas, ni terminología científica. Debe de estar de acuerdo al nivel cultural de la población a la que está dirigida, en nuestro país no debería superar el nivel de educación primaria.

- Es de importancia tener en cuenta que este documento libera al cirujano de responsabilidad por consecuencias previsibles, pero no por negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de sus deberes y obligaciones, porque debemos de recordar que la negligencia no se contrata.

- El mismo deberá hacerlo firmar el médico tratante, con anticipación a todas las cirugías o tratamientos. Es aconsejable entregar una copia al paciente y preferible aunque no imprescindible, que la firme con testigos.

- Se debe insistir en que no basta como información que el paciente lea el consentimiento. Es el médico que va a realizar el procedimiento quien debe explicar convenientemente al paciente y familiares sobre los diferentes tópicos arriba indicados. Es él y no otro quién debe hacerlo ya que otros médicos no suelen tener experiencia quirúrgica y hasta minimizan los riesgos de una intervención. Esta información no debe hacerse en una charla de pasillo, en lugares públicos o en encuentros casuales, sino con la debida privacidad, necesaria para tal fin”.⁵⁸

⁵⁸ Rodríguez Martín, Jorge A; et. al. **Consentimiento informado. ¿ Un dilema ético o legal?**, pág.229

En los últimos 25 años se ha producido un cambio sin precedentes en la concepción de la relación del médico con su paciente. Desde hace siglos, asentado en la tradición hipocrática, ha existido un concepto paternalista de esta relación. El paciente es como un niño que debe ser cuidado y conducido en lo que respecta a su enfermedad, por el médico (padre, madre y sacerdote). Se tenía poco en cuenta la opinión del enfermo. Esta actitud paternalista basada en el principio ético de la beneficencia, ha sido progresivamente sustituido por el principio de autonomía. Por este principio, cada persona es dueña de sí misma y debe tomar las decisiones que le atañen, incluyendo lo relativo a su salud.

Este cambio se ha producido de forma predominante en la cultura anglosajona, y con menor intensidad en nuestra cultura mediterránea, y casi nada en Guatemala. Sin embargo, actualmente vemos como de forma progresiva el concepto de autonomía va calando en nuestra sociedad.

El peligro de la excesiva autonomía viene a ser la medicina defensiva. El paciente, muchas veces está influido por las noticias por un lado de los éxitos médicos espectaculares y por otro lado las denuncias por errores médicos, y cree que la medicina lo puede todo, salvo que el médico se equivoque. El médico ve entonces en el paciente a un potencial agresor, lo que rompe la normal relación médico- paciente. Esta medicina defensiva es claramente contraproducente, y lo es tanto o más que el antiguo paternalismo.

El principlialismo es la principal corriente bioética en la actualidad. Ha intentado resolver los dilemas éticos que se presentan frecuentemente en la práctica diaria basándose en una serie de principios fundamentales que hay que respetar siempre que sea posible. Los principios de justicia, no maleficencia, beneficencia y autonomía entran a veces en contradicción y hay que decidir entre respetar uno u otro. Gracia, ha establecido dos niveles de principios: Por un lado los principios de justicia y no maleficencia, que están por encima de los demás y deben respetarse siempre. Por otro lado, los principios de autonomía y beneficencia están en un segundo plano. El problema surge a veces cuando hay conflicto entre estos dos principios. El cambio que se ha producido en los últimos años (más llamativo en la cultura anglosajona), ha sido hacia la valoración de la autonomía por encima de la beneficencia.

En este contexto es donde surge el concepto de consentimiento informado: como una forma de salvaguardar la autonomía del paciente. En la relación médico paciente, la información es una parte fundamental, que consiste en una transferencia continua en ambos sentidos. El médico debe informar siempre al paciente sobre todo lo referente a la enfermedad, cuando éste se lo solicite. Deberá comunicar los cambios que se produzcan sobre la información inicial o la evolución, o sobre las decisiones que se vayan tomando.

El documento de consentimiento informado, es un soporte escrito y puntual dentro del proceso continuo y gradual de información en la relación médico paciente. Forma parte actualmente de la práctica médica normal.

También es un requisito esencial del acto médico, pudiendo ser su ausencia causa de procedimiento judicial. Por otro lado, un consentimiento informado, inadecuado se

considera como ausencia del mismo. La firma del consentimiento informado, no exonera de responsabilidad al médico por mala práctica, sin embargo su mala aplicación puede debilitar la defensa en una acusación sobre negligencia en un procedimiento por lo demás defendible. Además, la carga de la prueba sobre la existencia del consentimiento informado, recae sobre el médico y no sobre el paciente.

El colegio de médicos americanos, ha definido el consentimiento informado de la siguiente manera: "Es la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza su enfermedad, así como el balance de los efectos de la misma y el riesgo de los de procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información debe ser comprensible y no sesgada. La colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción y el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente".⁵⁹

La única forma válida de obtener el consentimiento es mediante una conversación. El documento de consentimiento informado, constituye un medio para transmitir información y, sobre todo, dejar evidencia documental de que ha existido este proceso, a efectos legales. Sin embargo no debe ser nunca el centro ni la finalidad del proceso de consentimiento informado, y siempre debe ir precedido del diálogo. Su propio nombre de consentimiento informado, implica dos características: voluntariedad e información.

⁵⁹P. S. Lorda. Med. Clin, **El consentimiento informado: teoría y práctica**, pág. 659

La voluntariedad se define como elección sin impulso externo que obligue: Está en función de la percepción subjetiva de cada paciente, de su propia escala de valores. Se trata de respetar su autonomía.

Pueden existir algunas perversiones en la obtención del consentimiento informado que hagan que no se respete la voluntad del paciente. Las más frecuentes son las siguientes:

Persuasión: No se le da otra posibilidad de elección;

Coacción: Se amenaza de manera explícita o implícita al paciente; y,

Manipulación: Ocurre cuando hay una distorsión de la información que se da al paciente, dándola de forma sesgada o incompleta.

De este modo, es frecuente que el médico, consciente o inconscientemente, trate de inducir al paciente hacia la realización de un procedimiento por motivos más o menos válidos, que no siempre concuerdan con los intereses del paciente.

“La otra característica es la información, en otros países la ley exige que se informe de manera completa y continuada al paciente y a sus familiares sobre los procedimientos a que va a ser sometido. Esto sería muy difícil de cumplir en todos sus términos. La tendencia es a que la información sea adecuada (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Oviedo 1997). Esta debe darse en términos que pueda entender el paciente. Es decir, se debe informar al paciente de forma simple, aproximativa, leal e inteligible, de todas aquellas circunstancias que puedan influir razonablemente en la decisión de éste, de forma que tras un conocimiento exacto de la situación en que se encuentra, disponiendo de un balance de riesgos y beneficios de las alternativas terapéuticas

existentes, pueda adoptar libremente la decisión que crea más oportuna. Esta información debe facilitarse al paciente y también debe informarse a los familiares salvo prohibición expresa del interesado, aunque este aspecto es discutible”.⁶⁰

8.2 Procedimientos

Los procedimientos para plasmar este consentimiento los podemos resumir así: la información al paciente ha de ser fundamentalmente oral. Debe establecerse por las sociedades científicas que procedimientos requieren constancia escrita, es decir, el documento de consentimiento informado, y cuales no. En general, es recomendable recurrir a un documento escrito cuando se trate de procedimientos invasivos o que conllevan riesgos notorios o de dudosa efectividad. Por ejemplo en el caso específico de la radiología, la información debe ser oral en aquellos procedimientos de escaso o nulo riesgo, como ecografía, mamografía, tomografía computarizada sin contraste intravenoso, o radiología convencional (consentimiento simple o implícito). En algunas de estas exploraciones los riesgos están en función de la radiación a que se somete, dado el mínimo riesgo de inducción de tumores.

Es discutible la situación que se plantea respecto a procedimientos con riesgo mínimo y casi nula mortalidad. Es el caso de procedimientos como el enema opaco. Las sociedades científicas deben expresar su criterio a este respecto, aunque a nuestro entender es suficiente el consentimiento simple, salvo casos en que pueda existir especial riesgo de perforación u otras complicaciones. En general, el criterio más aceptado es que el consentimiento informado se debería aplicar a tratamientos con un riesgo mayor de 1 a

⁶⁰ Vidal, Casero. Ob. Cit, pág.12

5%. Estos procedimientos los podemos desglosar en los no intervencionistas, que incluyen el uso de contrastes intravenosos o la resonancia magnética, y los intervencionistas, diagnósticos y terapéuticos, con un mayor riesgo en general.

En el caso de los contrastes intravenosos, la mayoría de las reacciones adversas son de tipo alérgico o pseudoalérgico. Son imprevisibles, siendo independientes de la dosis del producto o su concentración. No existe ningún test que pueda predecir su aparición. En conjunto, la inyección intravascular de contrastes iónicos produce un 5 -12 % de reacciones agudas. La mayoría son leves, siendo el 1-2 % moderadas y solo el 0.05 a 0.1 % graves. El número real de casos de muerte según autores, varía entre 1/ 10.000 hasta, más recientemente, 1/ 169,000. Las últimas estadísticas señalan que los contrastes no iónicos producen muchas menos reacciones quimiotóxicas que los iónicos, y el riesgo de una reacción anafiláctica es 5 veces menor. En Estados Unidos, con ya una amplia experiencia a este respecto, no existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de realizar el consentimiento informado. Para estos procedimientos, y cada estado aplica un criterio diferente. El radiólogo debe por tanto adaptarse a sus circunstancias particulares. En España, una encuesta realizada, estableció una casi unanimidad entre los radiólogos respecto a la necesidad de aplicar el consentimiento informado en las pruebas con contraste yodado por vía parenteral.

Respecto a la resonancia magnética, que es una técnica de diagnóstico por imagen, existe un riesgo relativo en relación con el campo magnético a que se somete el paciente. Este es inocuo en general, excepto en los pacientes que sean portadores de prótesis o dispositivos metálicos o magnéticos, que pueden ver alterada su función o provocar

diferentes problemas, con riesgo de mortalidad. Es evidente el caso de los marcapasos, por ejemplo. Esto ocasiona que sea necesario advertir a los pacientes de estos riesgos.

Por otro lado, el uso de contrastes paramagnéticos (Gadolinio) también presenta una incidencia de reacciones adversas. Hasta la actualidad se han comunicado un 1 a 2 % de reacciones. Generalmente han sido leves, siendo muy pocas las reacciones mortales. No obstante estas reacciones pueden justificar la necesidad de consentimiento informado.

Respecto a los procedimientos intervencionistas, creemos que no existen dudas de que se debe aplicar en todos los casos en que exista un riesgo de complicaciones. Siempre debemos recordar que se debe ser más estricto en cuanto a su aplicación cuanto mayor sea el riesgo del procedimiento. Por ejemplo, ante una punción, biopsia hepática, existe un riesgo de complicaciones de aproximadamente un 1%, sin embargo, ante una biopsia pancreática, se ha descrito un 6% de complicaciones. Las biopsias de mama o de partes blandas con aguja fina tienen un riesgo de complicaciones menor que las hepáticas. Es en estos casos donde puede existir duda sobre la necesidad de aplicar un consentimiento completo o es suficiente un consentimiento simple, en el que puede ser apropiado hacer una reseña en la historia clínica de que se ha informado al paciente.

La SERVEI (Sociedad Española de Radiología Vascul ar e Intervencionista) elaboró 18 documentos de consentimiento informado. En el año 1996, de los cuales 7 eran para procedimientos diagnósticos y 8 terapéuticos. Todos ellos presentan un riesgo superior al 1%. Parece claro que esta sociedad se decanta por la necesidad de realizar el consentimiento. En estos 18 casos. Hasta donde se conoce, no existen otras indicaciones claras de qué hacer en otros procedimientos menos agresivos, por lo que las sociedades

científicas involucradas deberían tomar esta iniciativa, ya que existe una desorientación generalizada a este respecto.

Respecto de la documentación del consentimiento informado, como hemos dicho, requiere un soporte documental a la información que ha de ser fundamentalmente oral. Vamos a ver a continuación los requisitos que debe cumplir un documento de consentimiento informado.

Se recomienda que el documento incluya los siguientes apartados:

- Datos suficientes sobre naturaleza y origen del proceso.

- Nombre, descripción y objetivos del procedimiento. Debe explicarse en términos sencillos y comprensibles los aspectos que deba conocer sobre el procedimiento, y que sean útiles a la hora de tomar una decisión.

- Beneficios esperables. No se recomienda incluir demasiados beneficios para no crear excesivas expectativas que puedan dar lugar a denuncias.

- Molestias previsibles y posibles riesgos: riesgos típicos y consecuencias seguras. Más adelante veremos en que consisten.

- Espacio en blanco para riesgos personalizados.

- Procedimientos alternativos. Es conveniente dar alternativas al procedimiento, para evitar situar al paciente en un callejón sin salida. Lo contrario constituiría una persuasión.

- Efectos esperados si no se hace nada. El paciente debe conocer lo que puede ocurrir en el caso de no realizar el procedimiento.

- Disposición a aclarar dudas o ampliar información.

- Comunicar la posibilidad de cambiar su decisión en cualquier momento.

- Datos del enfermo, del médico que informa.

- Declaración del paciente expresando consentimiento y satisfacción con la información, y que se han aclarado sus dudas.

- Firmas del médico y el paciente. Fecha.

- Apartado para el consentimiento a través de representante legal en caso de incapacidad del paciente y para la revocación del consentimiento.

Los formularios globales son éticamente injustificables y legalmente inválidos. Es recomendable realizar un documento único para cada procedimiento.

En cuanto a su texto: cada paciente tiene un nivel cultural diferente. Por otro lado no todos los pacientes tienen la misma exigencia de información. Por eso ésta, ha de ser diferente en función de cada paciente, sus circunstancias, etc. Esto es difícil de aplicar en la práctica.

Debe darse más información a mayor riesgo del procedimiento. También debe informarse más en los procedimientos no curativos o de dudosa efectividad. Podemos dividir los riesgos de los que se debe informar en:

8.3 Consecuencias seguras

Aquellas que se producirán como consecuencia del procedimiento en todos los casos. Por ejemplo, en una amputación, el paciente va a perder un miembro.

8.4 Riesgos típicos

Son aquellos esperables en condiciones normales, conforme a la experiencia o en el estado actual de la ciencia. Por ejemplo, en una biopsia pulmonar percutánea existe un riesgo de neumotórax.

También se incluirán aquellos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves. El riesgo de mortalidad debe ser informado, si existe, aunque éste sea mínimo.

8.5 Riesgos personalizados

Según las circunstancias personales del paciente: estado de salud (patología previa, anticoagulación, etc.), edad, profesión, creencias, valores y actitudes, etc. Estos riesgos deben incluirse en el espacio en blanco que debe haber en el documento para este propósito.

8.6 Legibilidad del documento

El consentimiento ha de ser libre y lúcido, lo que exige a los médicos el esfuerzo de hacerse entender adecuándose a cada paciente. Para ello, debemos usar un lenguaje coloquial, evitando términos técnicos.

Generalmente las sociedades científicas facilitan este tipo de documentos específicos para cada procedimiento, lo que puede evitar errores. Estos documentos deben estar en continuo proceso de actualización, y es recomendable utilizar índices de legibilidad para analizar el texto, o encuestas a los pacientes.

8.7 Presentación del documento

Es muy importante la forma en que el documento es presentado al paciente. Debe hacerse teniendo en cuenta el momento y lugar adecuados. El paciente debe estar en condiciones de comprender la información y tomar una decisión consciente y sin coacciones. Debemos evitar que el enfermo esté sedado, dolorido, en preparación para la prueba, justo antes de la prueba, desvalido, etc. Debe buscarse el lugar más oportuno

para informar al paciente. A ser posible en un despacho, aunque a veces puede hacerse en la habitación del paciente, etc. Nunca debe hacerse en la sala de exploración, justo antes del procedimiento, ya que el paciente se sentiría coaccionado.

Ha de ser una persona representativa para el enfermo. En general, debe ser un médico. Puede ser quién indica la prueba o quién la va a realizar, aunque es preferible que informe el médico que la va a realizar, sobre todo en procedimientos de mayor riesgo (Intervencionismo).

Muchas veces el médico que va a realizar la prueba no tiene otro contacto con el paciente antes de la misma que el momento de informarle. Esto puede ser útil para establecer una relación de confianza que favorezca al procedimiento. Por otro lado, probablemente quién va a realizar la prueba conoce mejor todos los aspectos del procedimiento, por lo que podrá aclarar mejor sus dudas. Es necesario dejar un tiempo para que el paciente medite. Se recomienda dar al menos 24 horas.

8.8 Excepciones

Puede obviarse la realización del consentimiento informado, en algunas circunstancias:

- Grave peligro para la salud pública;

- Urgencia: Si no permite demoras por riesgo de fallecimiento o lesiones irreversibles;

- Incompetencia: Todo paciente adulto se considera competente para tomar decisiones salvo declaración judicial de incompetencia. En la práctica, esto no suele tenerse en cuenta. Éticamente se justifica si el médico determina cuidadosamente que el paciente no es capaz de comprender los aspectos relativos a su proceso;
- Privilegio terapéutico: Puede omitirse la información que sea claramente perjudicial para la salud del paciente;
- Imperativo legal: Si el procedimiento viene dictado por orden judicial, no es necesario obtener el consentimiento informado;
- Rechazo explícito de toda información: Debe respetarse el derecho del paciente a no saber. El paciente puede incluso desear no conocer determinadas circunstancias relativas a su enfermedad, requiriendo por otra parte conocer otras.

En resumen, podemos decir que el consentimiento informado es una exigencia ética y legal en la práctica de la medicina actual. Se trata de respetar la autonomía del paciente. Su obtención debe hacerse dentro de una conversación del médico que realizará el procedimiento y el paciente, en unas circunstancias adecuadas, y con la antelación suficiente para que el paciente pueda decidir voluntariamente. La información debe adecuarse a cada paciente.

Debe establecerse por las sociedades científicas qué procedimientos requieren la aplicación del consentimiento informado, y realizar modelos de documento que puedan ser utilizados por los facultativos.

La realidad actualmente es muy distinta en general. “Es necesario un gran esfuerzo por parte de las autoridades sanitarias y los propios médicos, de motivación y medios. Este es un camino probablemente sin retorno, y que debe ser beneficioso para todos, siempre tratando de evitar la medicina defensiva”.⁶¹

⁶¹ Pinto, D. Vigil, **Legibilidad de los documentos de consentimiento informado en radiología vascular e intervencionista.**, pág. 9

CAPÍTULO IX

9. El contrato de atención médica

9.1 Naturaleza jurídica

No cabe la menor duda que ejercitar la medicina resulta una actividad compleja, como lo puede ser la práctica de cualquier otra profesión liberal, quizá porque las prestaciones de la profesión o la forma en que se ejecuta pueden ser copiosamente variable. También resulta incuestionable que el médico, en el ejercicio de su profesión, puede, como cualquier otro profesional, generar con los usuarios de sus servicios relaciones jurídicas obligatorias, las que normalmente se originan de un acuerdo de voluntades o contrato de atención médica, aunque existen excepciones, como por ejemplo cuando el enfermo carece transitoriamente de su voluntad (verbigracia, caso del accidentado inconsciente), ya por encontrarse incapacitado (por ejemplo, el esquizofrénico) o por tener limitada su capacidad (verbigracia, el menor de edad), supuestos en los que son los representantes legales quienes ponen en juego su propia voluntad o, tal vez, nadie, concretándose un tipo de gestión de negocios ajenos en donde el médico es el gestor.

“Efectivamente, no puede existir contrato entre el médico y el hotelero que lo llamó a la cabecera de un turista repentinamente enfermo en su albergue; ni entre el médico y el testigo presencial de un accidente de tránsito que levanta a una persona herida inconsciente en la carretera y lo transporta a la clínica de aquél. Es evidente que el hotelero y el altruista han actuado así impelidos por deberes de humanidad, cual gestores

de negocios ajenos o, si se quiere, como mandatarios tácitos del accidentado. Ellos no deben, por tanto, honorarios al galeno, ya que no hay vínculo personal alguno que los una a la víctima.

Como es evidente, la temática por abordar sobre este interesante contrato es amplia. Sin embargo, conviene puntualizar que el acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente lo hemos de circunscribir a la hipótesis de que el médico ejerza como profesional libre en su papel de terapeuta”.⁶²

Definir el contrato de servicios médicos, alambicar sus caracteres esenciales y las obligaciones de él desprendidas, que constituyen sus efectos; mas la misma dificultad existe para otras convenciones que, asimismo, se establecen de modo normalmente tácito (por ejemplo, con abogados o arquitectos) y nadie pensó jamás en negar su existencia. Pueden, por otro lado y aunque con dificultad, delimitarse con bastante precisión las obligaciones que para las partes engendra el contrato en estudio. La principal obligación del cliente, anticipamos, será una obligación de dar (do ut) (honorarios), pero la obligación básica del médico no es de dar (la salud, por ejemplo), sino de hacer (faciat) (lo preciso para lograrla); o, más propiamente, se trata no de una obligación de resultados, sino de medios. Es dentro de esta moderna categoría de obligaciones de medios o de diligencia, las más numerosas, por cierto, cuya finalidad última y fundamental se halla fuera de la obligación misma, donde cabe emplazar el deber contractual del médico.

“No es su obligación tanto el dar la salud al enfermo (siquiera, en ocasiones, porque ad impossibilia nemo tenetur) cuanto el poner de su parte todo lo que de él

⁶² Castaño Restrepo-Weingarten; Lovece-Gherisi; **Contrato médico y consentimiento informado**, pág. 61

dependa para dársela; que viene a añadir a la elemental y clásica concepción de la simple obligación de hacer, un elemento de buena voluntad, de especial dedicación, de resuelto el esfuerzo del obligado”.⁶³

El contrato médico en nuestra legislación se puede enmarcar dentro de los contratos de los servicios profesionales, Artículos 2027 al 2036 del Código Civil, aunque los mismos están establecidos, en que deben de participar las dos partes contratantes, pero en la práctica actual, el documento que se realiza, son formularios establecidos por las instituciones nosocomiales o textos manuscritos por el mismo médico en el registro respectivo donde, él que solicita el servicio profesional, plasma su firma. Si tomamos en cuenta la definición del Artículo 1,517 del Código Civil guatemalteco, donde define que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, si pareciera que se deja fuera la voluntad o los derechos del paciente.

9.2 Concepto de contrato de atención médica

Aunque sólo trataremos algunos aspectos de dicho contrato, es conveniente tener una idea más o menos aproximada al respecto. Se trata de un acuerdo de voluntades por el que un profesional de la medicina se obliga a brindar sus servicios médicos o de asistencia facultativa al cliente y éste se compromete a remunerarlos, pagar un precio.

De Lorenzo, citado por Castaño Restrepo, expresa que “el contrato médico o de asistencia médica es aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud. Existe una sentencia

⁶³ Castaño Restrepo, Ob. Cit., pág. 75

de la corte de casación francesa del 20 de mayo de 1,936, que es ya un precedente clásico, por la gran trascendencia que ha tenido en torno a la discusión doctrinal sobre la existencia de un contrato de servicios médicos, en donde clara y contundentemente se dictaminó:

Que entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que forma para el facultativo la obligación, si no de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta, salvo circunstancias excepcionales, conforme a las reglas del arte, y la violación incluso voluntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual. El tribunal supremo español reconoció la tesis contractual de este contrato en la sentencia de 7 de noviembre de 1,940 al señalar que: El contrato... molde amplísimo que cobija sin género de duda los servicios superiores y muy calificados de quienes como médicos ejercen las llamadas profesiones y artes liberales..."⁶⁴.

Con fundamento en lo anterior, básicamente hay que distinguir dos hipótesis:

- Relaciones directas entre el facultativo y el cliente. En este supuesto, la atención médica se otorga con base en un acuerdo expreso o tácito de voluntades en donde intervienen ambos (la existencia de un contrato es actualmente admitida por todos los autores y por la jurisprudencia, pero la discrepancia campea en torno a la naturaleza jurídica).

⁶⁴ Ibidem

- Relaciones contractuales complejas. En este caso hemos de incluir las situaciones en donde el galeno es quien contrata sus servicios con el hospital, con una compañía de seguros u otras hipótesis parecidas, mientras que el cliente contrata con tales personas jurídicas para recibir la asistencia médica, sin detrimento de los matices sobre su naturaleza privada o pública.

Respecto al término más adecuado para nombrar al sujeto pasivo de dicha relación contractual, la doctrina todavía no encuentra el más preciso, ya que paciente es sinónimo de enfermo, pero también denota al que ejercita la virtud opuesta al vicio de la ira.

Enfermo es apelativo no muy idóneo para quién acude al médico sin padecer afección alguna, aunque él puede creer otra cosa, enfermo subjetivo. Cliente es una denominación que el uso ha restringido, quizás excesivamente, a la práctica comercial como equivalente de comprador.

Usuario de servicios de salud, polivalente el primer vocablo que no la locución, empleada por la Ley General de Salud atinente a toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en esta ley y demás disposiciones aplicables. Después de estas explicaciones, es factible usar indistintamente dichas locuciones, eligiendo la más apropiada para cada ocasión.

No menos complicado, resulta, además, determinar la naturaleza jurídica del contrato, de derecho civil, que hoy nos ocupa, el cual regula la relación entre el médico y el usuario de los servicios médicos y los derechos y obligaciones de ambas partes, ya que

a lo largo de su historia ha ido evolucionando paulatinamente la cuestión con la idea de descartarla de aspectos erróneos o superfluos. “El asunto es polémico, no sólo por las distintas teorías que esgrime la doctrina y la jurisprudencia, sino también por el interés práctico que presenta esta cuestión, ya que la elección de la solución que se adopte determinará el ordenamiento jurídico aplicable en nuestro país”.⁶⁵

9.3 Teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de atención médica

Ya hemos expresado que normalmente la relación jurídica que nace entre el médico y su cliente surge cuando éste requiere de aquél sus servicios médicos o de asistencia facultativa y, en virtud de ello, se otorgue un consentimiento recíproco mediante el concierto de voluntades. Desde luego que la doctrina y la jurisprudencia que han analizado tal planteamiento, admiten con carácter de generalidad la probabilidad de la existencia de un contrato en la relación arriba descrita. Sin embargo, existe una serie de casos que con más o menos frecuencia nos presenta la práctica, los cuales al introducir ciertos matices no encajan del todo en la hipótesis ordinaria y habitual. Ellos son, a nuestro juicio, la fuente de discrepancia respecto a la naturaleza jurídica de la atención médica.

Al respecto se han planteado diversas teorías. En esta oportunidad revisamos la ley guatemalteca, para poder encuadrar el presente contrato dentro de los contrato nominados o típicos, si tomamos en cuenta la definición del Artículo 1,517 del Código Civil guatemalteco, donde define que hay contrato cuando dos o más personas convienen

⁶⁵ Ibidem, pág. 13

en crear, modificar o extinguir una obligación, si pareciera que se deja fuera la voluntad o los derechos del paciente.

Por lo anterior podemos determinar que en la actualidad este tipo de contrato se clasifica como un contrato unilateral(Artículo 1,587 Código Civil), porque el médico tiene y se basa en formularios ya establecidos, con cláusulas determinadas y generales, en donde el paciente no tiene derecho alguno en la modificación, ampliación de dichos formularios o cláusulas, consensual (Artículo 1,588 Código Civil), porque se perfecciona con la voluntad o consentimiento de los contratantes que toman parte del mismo; oneroso (Artículo 1,590 Código Civil), se da esta característica en virtud de que se recibe un pago o emolumento a cambio de la prestación de un servicio, que aplicado al presente caso, el paciente cancela los honorarios del médico tratante ante el ofrecimiento de mejoría en su salud; formal, porque se debe de tener firmado el consentimiento para que el galeno proceda a realizar la intervención que se pactó con el paciente. Por su individualización el contrato médico se clasifica como nominado o típico, ya que tiene individualidad propia y regulación particular, al utilizarse el contrato de los servicios profesionales que esta regulado en el Código Civil (Artículos 2,027 al 2,036); por lo que actualmente cuando el médico acepta la relación contractual, en primer lugar deberá detectar la dolencia causal del paciente, estableciendo un diagnóstico.

Entendemos que esta cuestión científica esta fuera del derecho, es decir que es un “hecho científico” que luego adquiere un carácter de acto jurídico unilateral, consistente en la decisión de transformar determinados síntomas en un dictamen médico científico. Tiene carácter vinculante, pues condiciona al médico para los próximos actos, ya que a

partir de allí se traza un camino, elaborando un determinado programa de conducta (terapéutica).

9.3.1 Teoría acontractualista

Aunque este parecer ha sido abandonado como objeto de estudio, resulta provechoso conocer sus argumentaciones en la medida en que nos sirvan para comprender los razonamientos de las demás teorías. Son los juristas franceses representados por Aubry et Rau quienes al negar el carácter contractual de la relación médico–usuario de los servicios médicos (médico–paciente para otros), sostienen la tesis de que los actos que emergen del ejercicio de una profesión literaria, científica o artística no pueden ser directamente motivo, objeto de un contrato; consecuentemente quien los prometió no puede ser civilmente obligado a cumplir con su promesa.

De ahí que el compromiso contraído por un facultativo de tratar a un enfermo (o por un abogado de defender una causa) no produce contra ellos acción contractual alguna. En tal virtud, los actos de ejercicio de una profesión literaria, científica o artística –dicen– no constituyen ni locación de servicios ni siquiera contrato civilmente obligatorio.

La inteligencia del ser humano, añaden, no radica en el comercio y tampoco lo están los frutos de ese intelecto. Dichos actos son una gentileza de quien los ofreció, de modo que el sentido moral, como los principios jurídicos, censurarían la pretensión de aquél que intentase reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de ofrecimiento o promesa tal.

Ahora bien, los propios autores aceptan la fuerza obligatoria de los contratos cuyo objeto consista en realizar una cosa o producir (opus), pese a que para dicha acción se echase mano de talentos artísticos. De ese modo, estiman civilmente eficaz el compromiso adquirido por un pintor para elaborar un cuadro o por un escritor de entregar una obra para su publicación o representación. Aunque, según ellos, esto ya es contrato de empresa u obra hecha. Sin embargo, otorgan eficacia jurídica a la promesa de remuneración pactada a favor del profesional por sus actos valiosos (operae). Tal promisión de recompensa es válida, dicen, y obligatoria, amén de que su ejecución puede ser exigida ante el foro.

A todas luces, esta tesis se apoya en un doble enfoque: el típico de la tradición jurídica romana relativo a la profesión médica y la consideración genérica, también de impronta romana, que proclamaba "nemo ad factum cogi potest" (nadie puede ser obligado a actuar, a realizar una determinada conducta).

En efecto, en Roma, el ejercicio de la medicina primero se subestimó, al punto de considerarlo inconciliable con la dignidad del ciudadano, de modo que prácticamente eran sólo los esclavos quienes profesaban la medicina, y naturalmente en forma gratuita; más tarde, al honrarse y enaltecerse a dicha actividad se consideró que el facultativo proporcionaba un servicio de amigo, de modo que el carácter generoso de su arte se manifestaba en la gratificación especial, "honoso", esto es, premio al honor (de ahí lo de honorarios), justa retribución, que no contra prestación, por sus servicios.

Esta teoría, además de científicamente errónea, deviene disonante con los requerimientos de la vida actual y, por ello mismo, es objetada unánimemente. Desde

luego, el galeno que desarrolla su profesión puede, al igual que otro profesional, comprometerse con su clientela mediante vínculos obligacionales perfectamente lícitos y válidos. Hoy en día, no puede negarse al médico la facultad de vivir del ejercicio de la medicina; su derecho a los honorarios, como contraprestación a sus servicios en el ámbito de un contrato normalmente oneroso, así como reconocer que también la clientela está autorizada por el mismo convenio, para exigir del facultativo la conducta, la diligencia que éste se comprometió ejecutar.

9.3.2 Variante de la tesis acontractualista

Hay quienes sostienen que las obligaciones del terapeuta frente a su paciente provienen de un orden profesional cuyo origen y razón de ser radica en la ley, no en un contrato. Aquellos explican que el galeno se obliga, sí, a brindar sus servicios al paciente, pero si falla en el ejercicio de su profesión no constituye incumplimiento de obligación contractual, sino quebrantamiento de obligaciones legales y profesionales.

Se fundamentan no sólo en los precedentes romanos antes referidos y en lo problemático que resulta fijar los honorarios y la consecuente prestación debida al arte de curar, sino también en el criterio que adoptó la jurisprudencia francesa –los Artículos 1,382 y siguientes del Código Civil análogo al Artículo 1,910 del Código Civil Federal Mexicano– para sustentar la posible responsabilidad de los médicos en el desempeño de su actividad, casi ininterrumpidamente hasta el año de 1,936.

Pero, como bien ya se expresó con ánimo discrepante, reconocida la existencia de un contrato, no se entiende por qué entre las obligaciones que de él se derivan, no pueda

estar la de acatar las reglas profesionales. Aun cuando ellas precedan al contrato, pueden formar parte de su contenido y, consecuentemente, su transgresión implicará violación contractual. Es más, Peytel y Falcimaigne enseñan que el médico se obliga a sí mismo, no que ya y previamente se encuentre obligado, desde fuera, por la ley o el reglamento.

En la doctrina española, básicamente dos son las objeciones que se oponen a la existencia del contrato: a) Ilícitud del objeto por tratarse del cuerpo humano, y b) Carácter no reglamentado de la profesión liberal. Con respecto a la primera, se explica que quienes hablan de ilícitud del contrato por tratarse del cuerpo humano confunden el objeto contractual que, en realidad, no es el cuerpo humano, sino unos servicios brindados por un profesional y en contraprestación el pago de unos honorarios. En tal virtud, el cuerpo humano será el lugar donde se efectúan los servicios que son el objeto del contrato, pero jamás directamente el objeto contractual; por lo que este obstáculo al no hallar justificación debe eliminarse.

En cuanto a la segunda objeción, se argumenta que la libertad, la cual singulariza a la profesión liberal, pervive en algunos aspectos, como la aceptación o no del cliente, y sobre todo en el modo de operar del profesional en su actividad; pero nunca es tan omnímoda que no se regule por una normatividad, ya se trate de los estatutos del colegio de profesionales o de códigos deontológicos que establezcan los deberes mínimos de los médicos.

9.3.3 Teoría del contrato de mandato

Dicha teoría tiene su origen en el derecho romano, ya que el trabajo en Roma era fundamentalmente ejecutado por los esclavos, de modo que eran raros los contratos cuyo elemento objetivo fuera la prestación de trabajo libre, recuérdese que los esclavos eran objetos, cosas y por lo tanto no podían ser objetos de derechos y obligaciones.

En efecto, en Roma, el arte médico se introdujo hacia el siglo VI A. de C., cuando algunas familias poderosas requirieron los servicios de esclavos griegos diestros en el arte de Hipócrates. No hay que olvidar que en el esplendor de la Roma imperial, las familias patricias contaban, entre sus servidores, a un médico, un poeta, un gramático, un músico, etcétera. Los libertos, pues, fueron predominantes, durante largo tiempo, en el ejercicio libre de la medicina, hasta lograr gran respetabilidad e importantes fortunas.

Con el andar del tiempo, dichos profesionales fueron insuficientes para atender a la población, por lo que Julio César invitó a muchos médicos extranjeros de condición libre para que radicasen en la urbe. La reacción no se hizo esperar. Cautivados por las canonjías, numerosos galenos respondieron a la convocatoria, pues no sólo se convirtieron en ciudadanos romanos, sino también recibieron honores y privilegios, al punto de que los propios romanos, antes ajenos al oficio, optaron por la profesión. Desde luego que no faltaron los excesos en el ejercicio de tal ocupación, lo cual fue acremente censurado por Catón "el Censor" o Plinio "el Naturalista", entre otros. Sin embargo, la fama y el prestigio de los galenos se encumbró con la enseñanza de la medicina, practicada ya bajo el cetro de Septimio Severo y catalogada entre las artes liberalísimas.

Ahora bien, los arrendamientos en el derecho romano fueron de dos tipos: el de la locación de la cosa (*locatio conductio rei*), en la que es el conductor quien paga la merces por el uso de una cosa, y el de la locación de obra (*locatio conductio operis*) en la que es el locator quien paga la obra encargada por él; ambos, sobre todo el segundo, permitieron muchas variedades. Por ejemplo, la locación de servicios es un subtipo del arrendamiento de cosa. Pudiera tratarse de los servicios de un esclavo. Aquí no es tanto el esclavo mismo la cosa arrendada cuanto su trabajo mercenario. Esto deviene más ostensible cuando no es un esclavo sino un liberto quien coloca sus servicios; entonces ya no se trata de cosa arrendada, sino de *operae locatae* (*locatio conductio operarum*), siendo locator el propio liberto que trabaja, como hacen los esclavos, a cambio de una merced (*mercenarius*). Aquí la retribución debe ser proporcional al trabajo rendido por el locator: la obligación de éste es de *dare operas*, y divisible.

Así pues, el arrendamiento, *locatio*, era una figura adecuada para albergar la prestación de trabajos serviles. De ahí que pudieran ser objeto de locación, todos los servicios posibles, lícitos y honestos, cuando pertenecieran a la categoría de mercenarios, entre los que definitivamente no se hallaban los propios de las profesiones intelectuales; esto es, los prestados por abogados, médicos, profesores, agrimensores, etcétera.

Ello significaba, por un lado, distinguir las ocupaciones liberales (*operae liberales*) de las serviles (*operae*), en donde la actividad de la inteligencia y del espíritu por no ser valorables pecuniariamente, no podían constituir objeto de un contrato civil obligatorio, y consecuentemente carecía de acción la inexecución de la remuneración pactada. Tenían, pues, régimen jurídico distinto.

De ahí que los profesionales intelectuales sometían su actividad al mandato, el cual era fundamentalmente gratuito. En tal virtud, el médico prestaba un servicio de amigo, como mandatario del enfermo, por lo que la gratuidad del mandato implicaba impagabilidad de los servicios médicos. La aplicación de dicha regla no fue tan absoluta como en un principio pudiera parecer. Se ideó entonces un procedimiento para que el galeno, ya profesional libre, no esclavo, tuviese remuneración por su actividad. La práctica social se impuso y generó la elaboración, por los jurisconsultos, de la distinción entre honorarios y merces.

Este artificio, de aristocrático ropaje, permitió que lo recibido por ejecutar un mandato no se considerase nunca como valor de cambio por el servicio prestado, merces, sino que se entendía como un agradecimiento, un reconocimiento, un premio al honor, nunca una ganancia, de ahí lo de honorarios.

Por lo que, como dijimos anteriormente, no procedía reclamarla mediante la *actio mandati contraria*. Sin embargo, durante la época clásica, ya se podía cobrar dichos estipendios a través de la *persecutio (actio) extra ordinem*. Excepción como ésta del cobro de honorarios exigibles per *extraordinariam cognitionem* a aquella regla clásica *mandatum gratuitum esse debet*.

En suma, conforme a lo anterior, se infiere que el mandato –esencialmente gratuito– disciplinó, en Roma, la actividad de los profesionales intelectuales, mientras que el arrendamiento reguló los trabajos serviles. Concretamente, la relación médico–cliente se reguló en el derecho romano como un contrato de mandato, en donde el mandante era

el enfermo, el mandatario era el galeno, y la encomienda se reducía a procurar la salud del paciente.

La asimilación a la figura del mandato ha sido criticada, con fundamento, por varios juristas. La doctrina, complementada por la legislación y en ocasiones por la jurisprudencia, encuentra varias razones para estimar que el contrato de mandato no es el adecuado para normar las relaciones entre facultativo y cliente a saber:

- El mandato regula sólo actos jurídicos, mientras que los actos médicos son actos materiales aun cuando puedan provocar consecuencias jurídicas.

Clara y expresamente así lo establece el Artículo 2,546 del Código Civil francés, al igual que el Artículo 1,703 del Código Civil italiano, no así los Artículos 1,984 del Código Civil francés y 1,709 del Código Civil español.

De aquí que el espíritu del legislador al reglamentar el mandato, se refiera siempre a actos y materias jurídicas (administrar, transigir, enajenar, hipotecar, ejercitar acciones, contratar, contraer obligaciones..., etcétera) y no a actos o hechos materiales, que claramente son los que efectúa el galeno, considerando la misión que en conjunto le viene asignada, tarea que consiste en una función técnica y no en la ejecución de actos jurídicos.

- Catalogar la relación médico–cliente como mandato implica aplicarle el régimen jurídico propio de dicho contrato, lo cual no es congruente con el espíritu legal que debe regir dicha relación.

Al respecto, conviene examinar el alcance que puede tener el Artículo 2,562 del Código Civil francés y el 1,719 del Código Civil español (coincidentes en esencia), ya que su aplicación nos conduciría a consecuencias ilógicas e incoherentes. Dichos preceptos indican que el mandatario debe sujetarse a las instrucciones del mandante. ¿Dónde quedó entonces la tan alardeada independencia que debe regir el ejercicio de las actividades intelectuales? El médico no tiene por qué seguir en su trabajo las indicaciones del usuario de sus servicios. Éste no puede marcarle de una manera inmediata y concreta los límites de su actividad en el aspecto técnico, ya que aquél ejerce su profesión conservando total autonomía en el desarrollo de su actividad porque posee conocimientos especiales.

En este sentido, la conciencia profesional es la suprema norma que gobierna a quienes ejercen profesiones liberales, por lo que no sólo pueden ajustar sus acciones a dicha conciencia, sino que están obligados a esto.

Así pues, ni el mandatario (el médico) queda sujeto a las instrucciones del paciente (el mandante), como debería quedar de acuerdo con la ley, y por lo tanto sin libertad de seguir su criterio en la ejecución del mandato, porque precisamente es el médico quien actúa con su característica independencia y libertad profesionales, una vez que el enfermo admite sus propuestas terapéuticas; ni el objeto de la encomienda en el supuesto a examen, es, como ya se expuso antes, la realización de actos jurídicos; ni mucho menos tiene por objetivo la gestión de los negocios del mandante con los terceros. Así que el médico desempeña su actividad y actúa en su propio nombre, aunque en provecho también ajeno. En fin, como ya sabemos, el mandato es normalmente gratuito, comúnmente incluye la representación, persigue un resultado jurídico, requiere una

tripleta de relaciones jurídicas (mandante, mandatario y terceros), tiene por causa la sustitución, todo lo cual no se ajusta al contrato entre el cliente y el facultativo.

Por otra parte, es inexacto que la actividad intelectual no sea susceptible de evaluarse económicamente; además, la gratuidad no es privativa de la esencia actual del mandato, ya que según el Artículo 2,549 del Código Civil francés, tanto puede ser gratuito como oneroso; y en última instancia, el otorgamiento de un mandato implica autorizar al mandatario a ejecutar, por cuenta del mandante, un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (Artículos 2,546 del Código Civil francés; 1,869 y 1,871 del Código Civil argentino), lo cual, insistimos, no está de acuerdo con el requerimiento del enfermo ni con los servicios que el médico presta.

Otra de las tesis enfatiza la esencial revocabilidad del mandato (Artículos 2595, y particularmente 2596 del Código Civil francés), que no permite la indemnización de daños y perjuicios si se produce, lo cual no es lo más apropiado, ni equitativo que acontezca en la relación profesional–cliente.

Una postura más sostiene que ha desaparecido el sustrato sociológico que era la base de sustentación de esta teoría. En efecto, merecen consideración tanto los profesionales dedicados a tareas intelectuales como los que realizan trabajos materiales. No olvidemos que era ésta la causa por la que el derecho romano consideraba dichas relaciones como contratos de mandato.

La jurisprudencia española, por su parte, ha otorgado la calificación jurídica de mandato al contrato realizado por las personas que ejercen las profesiones liberales.

Posteriormente, el Tribunal Supremo español ratificó dicho parecer al declarar como mandato la relación entre un abogado y su cliente; criterio que la doctrina acota al señalar que no se puede extender a todo tipo de contrato verificado por un profesional liberal, y en concreto un médico, por las especiales características del caso examinado, y particularmente de las prestaciones que puede llevar a cabo un abogado, ya que su actividad es infinitamente variable.

Al respecto, el criterio de los tribunales federales mexicanos ha sido muy explícito al declarar: "entre el contrato de prestación de servicios, y el de mandato, hay grandes semejanzas, que hacen difícil, muchas veces, distinguir cuándo se trata de uno u otro de esos contratos; mas no por eso deben confundirse, pues sus efectos legales son muy diferentes...".

En México, la jurisprudencia de la suprema corte de justicia había venido reiterando como criterio aplicable la supletoriedad de las normas del mandato para el contrato de prestación de servicios profesionales; ello en apoyo del Artículo 2,406 del Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California de 1,884, jurisprudencia que perdió su vigencia cuando se modificó dicho artículo; ello sucedió al entrar en vigor el nuevo Código Civil del distrito y territorios federales de 1,928, en donde al regularse el contrato de prestación de servicios (Artículo 2,606) el legislador elimina dicha supletoriedad. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia mantuvo dicha jurisprudencia hasta el Apéndice 1917-1995, en donde aparece una nota advirtiendo que dicho criterio ya no está vigente, pues "el texto actual de los preceptos que rigen el contrato de prestación de servicios profesionales (Artículo 2606 del Código Civil de 1928) ya no remite como supletorias a las normas del mandato, que es el tema de la tesis".

Sin duda que el espíritu del derecho romano ha permeado en mayor o menor grado la regulación que de estas materias contienen gran parte de los códigos civiles modernos, además del nuestro (Artículos 2546–2604 del Código Civil francés, expresamente el 2547 2), el francés (Artículos 1984–2010), el español (Artículos 1709–1739, concretamente el 1711 2), el italiano (Artículos 1703–1730); también el suizo de las obligaciones (Artículos 394–396), el alemán (662–676); particularmente el chileno es muy elocuente al declarar en su Artículo 2118: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a las que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona frente a terceros, se sujeta a las reglas del mandato".

En fin, las razones y los argumentos que se han aportado para atribuir la naturaleza de mandato al contrato médico no son consistentes ni por ende convincentes. Está claro, pues, que la hipótesis del mandato está hoy totalmente superada en su antigua aplicación a la relación jurídica médico–cliente. Tal vez, un supuesto toleraría la normación del contrato de mandato, para cuando un médico, por ausencia de hecho, enfermedad o causa análoga, encarga temporalmente a otro colega que lo reemplace y supla cerca de su clientela particular, a quien lo presenta e insta para que acepte. Dicha hipótesis tampoco implicaría un mandato, pues tal asistencia facultativa es de contenido material.

9.3.4 Tesis del arrendamiento de servicios

Una parte considerable de la doctrina piensa que el contrato médico–paciente, es un arrendamiento en el que una persona promete a otra la prestación de servicios, sin consideración a su resultado y ésta última promete una remuneración de cualquier tipo; en nuestra ley, un precio en dinero.

En la Roma clásica existían tres posibilidades para regular las relaciones laborales:

a) El trabajo se presta a aquel que lo solicita a cambio de una remuneración a jornal o a destajo (*locatio conductio operarum*); b) Entregando una obra terminada, encargada y por cuenta de otro (*locatio conductio operis*), y c) vendiendo un producto realizado por cuenta propia (*emptio venditio*). El contrato subordinado se regía mediante el contrato de arrendamiento, pues en la compraventa no se presenta dicha subordinación a la persona para la que se trabaja. De cualquier forma, el ceder las propias energías de trabajo se estimó como algo no digno de una persona libre. Tal apreciación tenía una gradación.

Al final de la escala estaban una serie de actividades, las artes liberales, que quedaron, en principio, fuera del marco de la *locatio conductio* y que merecieron mejor consideración social. Por ellas, por tanto, nunca podría cobrarse una merces, pero sí una compensación económica, los honorarios. Por lo que cuando el mandato admitía remuneración, degeneraba en arrendamiento de servicios.

Con base en esa misma línea, Enneccerus, en Alemania, consideró que el contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, sean corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto los abogados, médicos, arquitectos y otros profesionales liberales; todo lo cual significa que todo servicio prestado por estos profesionales debe encuadrarse en el molde del arrendamiento de servicios, ya que "no es la profesión del obligado ni la índole del servicio lo que justifica la calificación dada al contrato". Ahora bien, conviene aclarar que el médico no promete curar al enfermo sino prestar los cuidados que su profesión indique para facilitar su restablecimiento.

La mayoría de la doctrina española en esta materia coincide en señalar que las relaciones entabladas por estos profesionales en el desempeño de sus actividades son, por regla general, enmarcables dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios que regula el Artículo 1544 del Código Civil: En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto. O bien un concepto doctrinal que por amplio nos permite mayor contenido: contrato por el que una de las partes se obliga a desplegar respecto de la otra una determinada actividad polarizada en el trabajo mismo, a cambio de una remuneración proporcional al tiempo, a la cantidad o a la dificultad del trabajo desarrollado.

Así que con base en lo anterior, dado que el Código Civil español no contiene una regulación expresa del contrato de prestación de servicios intelectuales, no es óbice que la asistencia facultativa se encuadre dentro de la figura del contrato de servicios lato sensu. El objeto primordial de este contrato es la actuación a través de una serie ordenada de servicios que los médicos (como cualquier otro profesional) se obligan a prestar a cambio de unos honorarios y, por supuesto, conservando aquellos una absoluta independencia.

Por otra parte, se pueden calificar como contratos completos aquellos en los que la persona que acude al profesional plantea su problema, del orden que sea: médico en el caso que hoy nos ocupa, pero también podemos pensar en lo jurídico o arquitectónico, y solicita al profesional que intente resolverlo.

Ahora bien, la doctrina estima que si las partes no configuran expresamente determinado contrato como de obra o como de servicios propiamente dichos, nada obsta

en considerar contratos de servicios propiamente dichos aquellos en los que la tarea del profesional engloba todo el proceso resolutorio de un problema de orden jurídico o médico que apremie al prestador. En tales casos, podemos entender que el profesional se compromete a realizar todo lo que esté a su alcance para solucionar el problema y lograr, de este modo, el fin perseguido por el cliente, pero no a la consecución del resultado que pretende el prestatario.

La jurisprudencia hispana confirma esta tendencia desde la sentencia de 27 de octubre de 1,899, y con el paso del tiempo ratifica esta posición clara y abiertamente en sentencias posteriores que devienen prototípicas como la del 16 de febrero de 1935. En este sentido, vale la pena conocer la del 2 de junio de 1960 cuya elocuencia es patente y preclara al declarar:

Según la teoría hoy prevalente en el campo científico, el contrato relativo al ejercicio de una profesión liberal, no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, ya que desde el punto de vista de la clasificación jurídica, no puede tenerse en cuenta más que los elementos constitutivos del contrato, y éstos son idénticos así en el que tiene por objeto la prestación de un trabajo material como en aquél cuyo objeto es la prestación intelectual, y aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los letrados como de las demás personas que ejerzan profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios, pues, según dice la sentencia de 18 de enero de 1,941: el molde amplísimo del contrato de prestación

o arrendamiento de servicios cobija sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales. Frente a hipótesis donde la prestación contractual es una prestación técnica y profesional, resulta claro que el tribunal supremo español no dude en calificar este contrato de arrendamiento de servicios.

A dicha autoridad por incluir los contratos relativos al ejercicio de las profesiones liberales en el ámbito del contrato de arrendamiento de servicios, pues comete un desacierto, ya que no pueden disciplinarse bajo criterio único todos los contratos de los profesionales, pues su proceder brinda matices y posibilidades muy diversos para encerrar dicha actividad en un cartabón tan genérico.

Quienes rechazan que esta teoría sea aplicable a los profesionales liberales argumentan, además, que es facultad del cliente de un médico revocar en cualquier momento el contrato, lo cual, dicen, es inexistente en el arrendamiento de servicios.

Otros arguyen que el contrato de arrendamiento de servicios significa una suerte de subordinación de quien debe prestar el servicio a quien lo encarga, lo que no se ajusta a la relación médico-paciente, ya que resultaría paradójico que el enfermo sometiese al profesional a su dependencia y le diese instrucciones. Así que, según estos autores, la figura en comento no se ajusta a la realidad que componen los elementos que juegan en la relación entre el médico y su cliente.

9.3.5 Tesis de la prestación de servicios profesionales

Como podemos apreciar, el Código Napoleónico, el cual es la denominación oficial que en 1807 se dio al hasta entonces llamado Código Civil de los franceses, aprobado por la Ley de 24 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas. Los primeros intentos de codificación se deben a la Asamblea Constituyente de 1790, formada durante la Revolución Francesa, que acordó la creación de un código de leyes civiles comunes a todo el reino, que estuviera redactado de forma simple y clara y conforme al espíritu de la Constitución. El primer proyecto se hizo durante la Convención, al que siguieron otros con un progresivo debilitamiento de los principios revolucionarios.

Sin embargo, el auténtico paso hacia adelante tuvo lugar cuando se encomendó la codificación al primer cónsul Napoleón Bonaparte. Se realizaron diversos proyectos particulares en los que llegó a participar de forma activa mostrando su gran tesón, energía y sentido jurídico. Este proceso culminó con el nombramiento en 1800 de una comisión que había de redactar el proyecto definitivo, formada por los eminentes jurisconsultos Portalis, Tronchet, Bigot du Preameneu y Malleville. Así, en poco tiempo se venció la resistencia que ofrecía el Tribunado, llegándose a discutir, aprobar y concentrar en una sola ley los últimos 36 proyectos de ley en un solo año.

El Código de Napoleón está construido sobre el llamado plan romano-francés y, por lo tanto, dividido en tres libros: el primero se dedica al derecho de la persona y sus relaciones familiares (salvo las económicas existentes entre los cónyuges); el segundo a los derechos sobre las cosas y las diferentes modificaciones de la propiedad, y el tercero y último, bajo el título, de los diferentes modos de adquirir la propiedad, estudia por este

orden la herencia, el contrato y las demás fuentes de la obligación (entre las que se encuentran las relaciones económicas entre cónyuges, contempladas como contrato de matrimonio) y algunos otros temas aislados. Esta sistemática es la que ha seguido el Código Civil español y numerosos códigos americanos por influencia directa del francés.

El Código de Napoleón es digno de elogio por numerosas razones: está redactado en un lenguaje claro, sencillo, conciso y de gran valor literario; consigue aunar todos los materiales tradicionales con numerosas ideas de la Revolución, armonizando los factores romanistas con la poderosa influencia del Derecho consuetudinario de inspiración germánica por un lado, y por otro, expresando las consecuencias de la soberanía popular conquistada entonces, a través de las ideas individualistas y la preocupación por la tutela de las libertades personales contra un posible retorno al Antiguo Régimen. Se trata de un código de gran precisión técnica en el plano jurídico, que satisface todas las necesidades de la clase burguesa ascendente y de una sociedad en vías de desarrollo bajo un signo liberal y capitalista.

La difusión del Código Civil francés fue extraordinaria, imponiéndose en diversos territorios europeos durante las Guerras Napoleónicas y se aceptó en Bélgica, donde todavía sigue vigente. Influyó en todas las codificaciones del siglo XIX, en particular en el Código Civil italiano de 1865, en el español de 1889 a través del proyecto nonato de Florentino García Goyena de 1851, y se halla en la base de diversos códigos civiles sudamericanos, destacando el argentino de 1869 (obra de Dalmacio Vélez Sársfield) y el de Chile (obra de Andrés Bello en 1858), del que de hecho fueron copiados los de Ecuador (1861) y Colombia (1873) ⁶⁶ y la mayoría de los códigos civiles occidentales, influidos por

⁶⁶ Microsoft Corporation. **Encarta 2003**.

éste, siguió el criterio del derecho romano al considerar la prestación de servicios profesionales como una especie del contrato de arrendamiento de servicios.

Pero el régimen mexicano, a diferencia de aquellos, se aparta de esa imperativa tendencia al calificar tales actividades como contrato de prestación de servicios profesionales (Artículos 2,606–2,615). Para la doctrina jurídica mexicana: "es un contrato por virtud del cual una de las partes, llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de otra, a la que podríamos llamar cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, y en ocasiones, un título profesional para su ejercicio".

Ha sido, pues, un mérito del legislador mexicano haber cambiado la denominación de estos contratos nombrándolos de prestación de servicios profesionales. De este modo, los separa de la generalidad para asignarles una regulación propia.

La fundamentación y motivación de este cambio está en la exposición de motivos del Código Civil de 1,870 en donde la comisión redactora de tal ordenamiento explicaba que le parecía un atentado contra la dignidad humana, llamar a estos contratos de arrendamiento, porque el arrendamiento, decía, se debe referir a cosas, y no podemos considerar sin degradar al hombre como una cosa al trabajo, el cual no es una mercancía que se alquile, que se dé en arrendamiento, sino que la dignidad humana exige una denominación diferente para estos contratos; y les llamó prestación de servicios; añadía dicha Comisión que este contrato tenía mayor similitud con el de mandato que con el de arrendamiento. Expresaba: en los contratos de prestación de servicios, si se quiere el

trabajo será más material; en cambio, en el contrato de mandato será más intelectual. De cualquier forma es una diferencia de grado.

En efecto, el Código Civil mexicano de 1928, influido por las ideas de Planiol y Demogue, distinguió el contrato de prestación de servicios profesionales, como un contrato diferente al de mandato: Dotando a uno y otro de una especial reglamentación propia, dado que en el mandato el objeto son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante, en tanto que el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión, como ocurre con el médico que somete a un paciente a un tratamiento, con el notario que estudia los antecedentes de un contrato, aconseja a las partes y redacta una escritura, etcétera.

Consideramos que esta opinión comparte las críticas dirigidas contra la teoría del arrendamiento de servicios; entre otras, la de la subordinación del profesor (médico, abogado) al cliente (el que encomienda Artículo 2611 del Código Civil francés), por cuanto dicha dependencia, como ya se expresó, no se ajusta a la realidad que componen los elementos que juegan en la relación médico-paciente. Otra es aquella relativa a la onerosidad que varios de los preceptos establecen como elemento fundamental de la prestación de servicios profesionales (Artículos 2,606, 2613 del Código Civil francés), el cual no siempre existe en las relaciones con los facultativos.

Entonces, por un lado, si la prestación no implica onerosidad, no encaja en el concepto que proporciona la doctrina ni en la noción que se infiere de la actual regulación legal, puesto que no es diferente. Por otra parte, no tendría por qué aplicársele la misma

regulación, ya que un supuesto es oneroso y otro no, lo cual es incoherente, porque las obligaciones del profesor (profesional) son las mismas, tanto para una relación como para la otra.

Una más se refiere a que en la prestación de servicios profesionales, en ocasiones se confiere al profesor un mandato para que realice determinados actos jurídicos, como es el caso de un abogado a quien se constituye mandatario judicial (Artículo 2,614 in fine del Código Civil francés), amén de que el mandato especial para juicios o asuntos contencioso-administrativos determinados sólo puede ser conferido a personas con título registrado (Artículo 26 de la ley general de profesiones). O a un ingeniero a quien se otorga poder para que realice ciertos actos jurídicos ante las autoridades o frente a terceros, lo cual es incongruente, particularmente con el médico, ya que éste, sin más, desempeña su profesión realizando cotidianamente actos materiales sin conducirse en nombre y por cuenta ajena.

Este tipo de contrato es el que está más claramente definido dentro del Código Civil guatemalteco, y aunque no expresa específicamente a los profesionales en medicina, engloba en este tipo de contrato a todos los profesionales mencionados y a las personas que lo solicitan, declarándolos libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago (Artículo 2027 del Código Civil guatemalteco), de donde se deriva también la obligación del profesional a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a la prescripción de la ciencia y/o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable o por la divulgación de los secretos de su cliente. Aunque también que es un error disciplinar bajo un mismo criterio todos los contratos de los profesionales, pues en la práctica cada uno de ellos

particularmente el de servicios médicos, muestra marcada diferencia que escapan a un modelo universal y de uno común en nuestro medio.

9.3.6 Teoría del arrendamiento (locación) de obra

En derecho romano –expresa D'Ors– la locación de cosas o servicios (cuya merced paga el conductor) es diferente a la locación de obra (*locatio conductio operis*) en la que el locator es quien paga la merced por la obra cuya ejecución coloca. No se trata de cantidades de trabajo, sino de una obra encargada, que el conductor debe entregar terminada, sobre una cosa que el locator ha colocado en sus manos con dicho fin. No obstante la entrega final prevista, la obligación del arrendatario es de hacer (*facere*), y por tanto, no fraccionable. La operación del conductor podía ser muy diversa: construir, fabricar, instruir, transportar, curar, etcétera.

El contrato que se hacía con el médico parece ser preferentemente éste, aunque, como ya indicamos antes, si el médico era un esclavo o liberto, podía configurarse como arrendamiento de servicios; si no se convenía una verdadera retribución, sino que intervenían unos honorarios, eran reclamables *extra ordinem*. Con este antecedente, hay autores que juzgan que la relación médico–paciente constituye un arrendamiento de obra (*werkvertrag*), lo cual implica pensar necesariamente en un resultado u opus.

Quienes sostienen esta postura argumentan que si bien en muchos casos la obligación es de medios, ello no excluye el resultado en casos quirúrgicos, estéticos, o de laboratorio. Además, el opus tanto puede implicar el resultado favorable como no involucrarlo, lo que dependerá del contenido del contrato y de su interpretación.

Un ejemplo claro de contrato de obra en el ejercicio de la medicina es cuando el profesional se responsabiliza a dictaminar y hacer constar en un documento cuál es el estado de salud de la persona. La colocación de prótesis dentales es un caso más. También el facultativo puede obligarse a emitir un dictamen sobre cualquier cuestión médica que se le requiera; la hipótesis es asimilable al del dictamen jurídico.

Por otra parte, podemos considerar que al realizarse una operación se promete un primer resultado que es una correcta ejecución. Si embargo, no hay que olvidar las limitaciones que la ley impone a la autonomía de la voluntad: si el profesional se compromete a lograr un resultado concreto, el contrato es nulo por ilicitud del objeto, cuando se pone en riesgo, para conseguir dicho resultado, la salud, integridad física o la vida del individuo, puesto que en ese caso se erige a la persona humana (res extracommercium) en elemento objetivo de la relación, lo cual es ilícito (Artículo 1271 del Código Civil español).

A estas alturas, debemos precisar lo que entendemos por arrendamiento de obra. Se trata de un contrato mediante el cual una de las partes, el empresario, se obliga a producir un resultado de trabajo, obra, y la otra parte, el comitente, a pagar una remuneración (Artículo 2,626 del Código Civil francés), entendiendo por obra todo resultado a producir por la actividad o el trabajo, como por ejemplo, la producción o modificación de cosas, la creación de una obra artística o inmaterial. Resulta, pues, que el empresario se compromete a realizar una obra, esto es, una obligación de resultado: el opus.

En el derecho italiano, al calificar la relación médico–cliente como contrato de obra, se hace de un modo peculiar, ya que el Código Civil italiano distingue, por un lado, la contratación de obras y servicios que designa como appalto (Artículos 1655 y 1677), y por otro, el contrato de obra, especialmente el contrato de obra intelectual (Artículos 2229–2238) que obviamente regula las profesiones intelectuales.

Efectivamente, el Artículo 2,222 concibe el contrato de obra "como aquel por el que una persona se obliga a cumplir, a cambio de una retribución una obra o un servicio, con trabajo preferentemente propio, y sin vínculo de subordinación con el comitente, aplicándose las normas de este capítulo, salvo que la relación tenga una disciplina particular en el Libro V".

Tres rasgos bastan a la doctrina italiana para tipificar la obra intelectual:

- 1) Carácter intelectual de la prestación o que en ésta la inteligencia o la cultura predominen al circunstancial uso del trabajo manual. En tal virtud, son intelectuales las prestaciones desarrolladas por profesiones intelectuales, las cuales están determinadas por la ley con relación a los requisitos necesarios para su ejercicio. Concretamente, la labor de médicos y farmacéuticos se regulan por la ley de 16 de febrero de 1913;
- 2) Discrecionalidad en el ejercicio de la prestación; y
- 3) Cumplimiento de una actividad como objeto de la prestación con independencia del resultado.

Este es el supuesto normal; no se descarta que la casuística prevea un resultado, sobre todo cuando se pacta la entrega de una obra. Con respecto al vocablo resultado, Messineo indica que éste debe entenderse en el sentido de que el mismo consiste en el éxito final de la actividad profesional y no como que tal resultado ha de constituir una ventaja económica para el comitente. Tal es el sentido, por ejemplo, de los casos de asistencia legal y de asistencia sanitaria, en los que también hay consecuencia tanto si la controversia se resuelve con el alivio del comitente (enfermo) como el cuidado médico con la muerte (o con la no mejoría) del mismo.

En el derecho belga, los juristas enseñan que las relaciones entre el galeno y el cliente deben examinarse en el marco de un arrendamiento de industria o contrato de empresa, cuya regulación está en el Artículo 1,779 inciso 3 del Código Civil como una variedad del arrendamiento de obra que no implica subordinación.

Por ello, y después de acaloradas discusiones, este sistema de arrendamiento de industria se ha impuesto entre los doctrinarios, con base en aquel precepto que indica: Existen tres clases de arrendamiento de obra o industria...3) El de los empresarios de obras a consecuencia de ajustes o presupuestos. La jurisprudencia y alguna destacada doctrina francesa ha calificado, desde el siglo XIX, este contrato como mandato. Sin embargo, el parecer cambia cuando algunos juristas franceses sostienen que las relaciones médico-cliente son contrato de arrendamiento de obra; opinión que se consolida al ser secundada por sentencia de la Corte de Casación de 13 de julio de 1959. Ahora bien, los Mazeaud señalan que en Francia la esfera del arrendamiento de obras es muy amplia, ya que no está restringida a la fabricación y a la construcción ni siquiera en los casos en los que la tarea se ejecuta sobre una cosa corporal, sino que se extiende al

trabajo puramente intelectual, abarcando, pues, las relaciones de los médicos, abogados, profesores particulares, etcétera, con sus clientes. Dicha opinión tiene como base los Artículos 1710 y 1779 del Código Civil francés. En este sentido, dueño o cliente es el que encarga la obra, contratista quien la ejecuta; éste (locador) en los contratos especiales se designa por su profesión: abogado, arquitecto, médico, hotelero, etcétera.

En el régimen jurídico español, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que la relación médico–cliente como arrendamiento de obra es un caso de excepción, ya que la regla general, es considerarla como arrendamiento de servicios. Esta postura radica en la diferencia que subsiste entre tales contratos.

Pues mientras en el arrendamiento de servicios se busca desarrollar una actividad, en el de arrendamiento de obra se pretende el resultado útil de dicha actividad. Los casos ambiguos deberán considerarse como arrendamiento de servicios cuando el resultado no dependa de quien efectúa el trabajo. Ahora bien, hay autores que sostienen que los servicios objeto del contrato de arrendamiento de obra no tienen que ser necesariamente materiales, pueden ser objeto de servicios profesionales.

Por ello, es evidente cómo la escisión entre ambos tipos encarna el paradigma de la moderna distinción entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado. En éstas, el deudor se compromete a cumplir, a todo evento, una determinada prestación, con la subsecuente aceptación de todos los riesgos de la empresa y con el deber, si es el caso, de conservar primero para reintegrar después. Por el contrario, en las obligaciones de medios, toda la actividad del deudor está dirigida a conseguir una finalidad superior y exterior al contrato que lo vincula. El deudor se halla compelido a un

hacer o no hacer parcial con miras a ese fin más amplio, pero sin que la obtención de dicho fin o el malogro intervengan definitivamente en la eficacia del contrato.

Precisamente, con base en lo expuesto, el propio Gitrama reconoce que si bien a ciertos profesionales se les puede encomendar y exigir el acabado riguroso de una tarea (al arquitecto y al constructor un edificio, al ingeniero y al constructor un puente, al pintor un retrato, al farmacéutico una fórmula), al médico no se le puede requerir seriamente el alivio de un enfermo. El médico jamás puede comprometerse con toda seguridad a sanar ni a lograr un resultado concreto y preciso sobre la salud del paciente, de manera que el no conseguirlo le provoque responsabilidad. En ese orden de ideas, todo acto, todo tratamiento médico implica una cuestión azarosa.

El médico, no debe obligarse a lograr un resultado cierto como corolario del cumplimiento por el cliente del tratamiento que le prescriba y menos aún, si el paciente, más o menos veladamente, se rehúsa a obedecerlo. El facultativo sólo puede comprometerse y obligarse a brindar al cliente diligentes cuidados, conforme a sus principios deontológicos y a los datos que en el momento le proporciona la ciencia y quizá la tecnología, como es el caso del litotriptor extracorporal piezoeléctrico, moderno artefacto que mediante ondas de choque desintegra los cálculos renales.

Así pues, el criterio de asimilación a la *locatio operis* no se adecua a la esencia de la relación, pues el médico, como ya dijimos antes, no se obliga a sanar sino a procurar los medios para que ello pueda suceder, lo que, por otra parte, no puede asegurarse ni siquiera prometerse. Ocasionalmente, por ejemplo en una cirugía reparadora o estética, el resultado deviene protagonista de la situación desencadenada; tampoco, en este caso,

podría el médico asegurarlo completamente en el sentido de que satisfaga al interesado, pudiendo aceptar quizás una suerte de obligación relativa de resultado y no sin manejar siempre los principios referidos a los medios (mecanismos) para lograrlo.

Además, los suscriptores de esta tesis confunden los resultados esenciales con los resultados cronológicos, particularmente en los casos que se citan en apoyo del criterio, como son las operaciones quirúrgicas: así, en una peritonitis de etiología apendicular, el resultado cronológico y material es la extirpación del apéndice, y el esencial, la cura del enfermo. Mas el resultado material circunscríbese dentro de los medios que el facultativo debe procurar para lograr la curación, razón por la cual aquella terminología resulta equívoca e inadecuada.

9.3.7 Tesis del contrato de trabajo

Según esta tesis, las relaciones jurídicas por las que los profesionales de la medicina (abogacía, arquitectura, etcétera) prestan sus servicios deben regirse por el contrato de trabajo, es decir, como relación laboral.

Bayón Chacón y Pérez Botija, citados por Cataldi Amatriain: “opinan que el trabajo en todos sus aspectos es una forma de vivir y todo acuerdo sobre el mismo puede encuadrarse en el derecho del trabajo. Argumentos como la socialización de muchas profesiones liberales, el constante traslado de los intelectuales a las nóminas de las empresas, permiten proyectar que en el futuro toda conexión que tenga por objeto la prestación de servicios profesionales podría considerarse como relación jurídico-laboral.

Esta disciplina jurídica, añade el propio Bayón, ha de girar en torno al concepto de profesionalidad”.⁶⁷

Esta perspectiva de laboralización de las relaciones de trabajo considera que tanto el profesional liberal, empleado con carácter permanente al servicio de una empresa, como el que con oficina abierta al público no tiene dicha persistencia del nexo, por tratarse uno y otro caso de prestación de servicios por cuenta ajena, están sometidos a una relación laboral. Esta onda expansiva del derecho laboral parece haberse frenado, ya que en la actualidad presenciamos un retroceso en la laboralización, con un avance de las relaciones civiles de prestación de servicios, según registra Martín Valverde.

En la legislación comparada, el derecho suizo, al regular el contrato de las profesiones liberales en el Artículo 361 del Código Federal de las Obligaciones, lo considera como un contrato de trabajo al ordenar que a las prestaciones que suponen una especial cultura científica o artística, efectuada a cambio de unos honorarios, les serán aplicables las normas sobre el contrato de trabajo.

Por otra parte, la jurisprudencia española corrobora en varias sentencias que las profesiones liberales están incluidas en el contrato de trabajo al señalar que la naturaleza de ambas no difiere sustancialmente. Ulteriores pronunciamientos conducen a delimitar dicho criterio para establecer que la relación de servicios de los médicos de la seguridad social, es una relación jurídica especial dentro del contrato de trabajo.

⁶⁷ Cataldi Amatriain, Ob. Cit, pág. 171

Por el contrario, la suprema corte de justicia de México ha establecido en criterio aislado: que no todos los que prestan un servicio o lo reciben quedan sujetos a las leyes del trabajo, pues el legislador nunca pensó incluir la prestación de servicios profesionales en los contratos de trabajo a que se refiere el Artículo 123 constitucional; que en los debates del Constituyente se declaró, de modo categórico, que en dicho artículo no quedó incluido ni el trabajo de los abogados, el de los médicos, y en general el de otros profesionales; únicamente el profesional será asalariado cuando entre al servicio de una empresa o de un particular como empleado, pero no por el hecho de que al ejercer su profesión trabaje, sino porque su trabajo profesional lo desempeña como empleado por un sueldo o un salario.

La postura civilista es muy clara al respecto, pues si se trata de una relación directa y privada entre el médico y el cliente, es indudable que debe regirse por el Código Civil. Mientras que si el facultativo se obliga a ejercer su profesión, su trabajo intelectual, total o parcialmente, exclusiva o relativamente vinculado a un organismo público o privado, es ampliamente aceptado por la doctrina que se trata de una relación laboral.

Hay una disyunción sobre la relación laboral entre el facultativo y el cliente al esgrimir como razón cardinal que la relación profesional carece de dependencia y subordinación, características de aquélla. Además, advierte que es imposible pretender que un profesional se adapte a las instrucciones técnicas provenientes del cliente, pues desnaturalizaría completamente su actividad.

9.3.8 Tesis del contrato innominado

Si la relación médico-paciente no encaja en el arrendamiento de obra ni en la prestación de servicios y en ninguna otra figura, algunos autores la han catalogado como contrato innominado. Así lo enseñan Pont, Garçonnet y César Bru, para quienes no es posible incluir el servicio médico dentro de un contrato específico.

Se puede admitir como muy razonable el apelativo de innominado y argumenta que una determinada relación jurídica no puede germinar única y exclusivamente de las reglas conjuntadas en torno a una sola figura típica; por lo demás, la intentona de equiparar a toda costa este contrato con alguna de las figuras jurídicas nominadas dejaría sin solución el problema. Para él, la calificación de contrato innominado indica que se trata de buscar la respuesta más adecuada a cada uno de los problemas planteados.

Podemos decir que contrato innominado es aquél que no tiene un nomen iuris en el sistema de la ley. Ahora bien, la terminología de contratos típicos y atípicos está reemplazando a aquélla, pues lo esencial no es carecer de un nombre en la ley sino de no tener una particular disciplina.

Refiriéndonos a lo complicado que resulta clasificar el contrato médico dentro de las categorías previstas por el Código Civil francés. Entonces, opina que dicho contrato pertenece a la amplia gama de los innominados, constituyendo una especie en su género, posición tal que es compartida por un vasto sector de la doctrina y jurisprudencia. La calificación de la relación que ahora examinamos como innominada o nominada depende de la conclusión adoptada sobre su naturaleza jurídica. Si dicha relación no encaja en

ninguno de los contratos regulados por la ley, estaremos frente a un contrato innominado.

Ahora bien, los contratos celebrados por profesionales sólo pueden ser considerados como innominados cuando no encajen en ningún tipo contractual como el mandato, la prestación de servicios, etcétera. En ese orden de ideas –Garconnet– indica que el contrato que el cliente celebra con su abogado o médico es un contrato innominado plenamente válido (en el derecho francés), el cual obliga a todo lo convenido expresa y tácitamente y a todas las consecuencias surgidas de la equidad, el uso o la ley, según su naturaleza, y a cuya ejecución no puede sustraerse una de las partes sin faltar a su palabra o enriquecerse a expensas de otra.

Desde luego, la relación que en el desarrollo de la profesión, objeto de estudio, se concierta entre los que la ejercen y los particulares tiene un nombre específico en el ordenamiento jurídico mexicano: atención médica (Artículo 32 de la ley de salud), al igual que ocurre con el Código Civil italiano de 1,942 que habla expresamente de *prestazione d'opera intellettuale* en su Artículo 2,230.

Hay quien, para refutar dicha denominación, afirma que las relaciones contractuales de prestación de trabajo profesional no son innominadas. Más bien, pecan de un exceso de nombres, ya que se pueden calificar como mandatos o como arrendamientos, ya sean de servicios propiamente dichos o de obra.

9.3.9 Hipótesis del contrato sui generis

Precisamente el hecho de considerar este contrato como una especie en su género de contrato innominado, ha provocado que algunos autores lo ubiquen como un contrato sui generis, con ciertas peculiaridades, y aprecien que los actos relativos al ejercicio de la profesión médica no pueden incluirse en el parámetro de un contrato determinado, sino que constituyen una nueva figura contractual con sustantividad propia e independiente de los moldes contractuales establecidos en las modernas legislaciones de impronta jusromanista y, por consecuencia, que deben regirse por las reglas del derecho común en materia de obligaciones.

Importante doctrina francesa (Savatier, Malaurie, Aynès, Pont, Garçonnet) califica de contrato sui generis al contrato médico. Uno de los primeros asuntos que esa doctrina se planteó fue determinar el alcance que se daría a la locución sui generis. Desde el punto de vista científico, Jordano afirma que tal apelativo parece un término inexpresivo. En este sentido, sin asignarle una connotación jurídica relevante, posiblemente la expresión sui generis se ha utilizado para referirse a las extraordinarias peculiaridades que se dan cita en el arrendamiento de servicios médicos, del que se afirma es un contrato de un rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano.

Sin embargo, hay doctrinarios que juzgan la expresión contrato sui generis como más o menos equivalente a la de contrato atípico, por ser éste un vocablo más preciso.

Otros, inquisidores, advierten ¿no será más bien que el uso de tal expresión implica el deseo de no confrontar la problemática que plantea?

9.3.10 Teoría del contrato atípico

En el derecho civil español el contrato médico o de asistencia médica tiene carácter privado, personal, consensual, bilateral o plurilateral, informal, normalmente oneroso y remunerativo, aunque puede ser gratuito, conmutativo, de medios y no de resultados, pudiendo revestir múltiples formas: escrito o verbal, tácito o expreso, directo o indirecto, individual o colectivo privado, público o semipúblico.

Con base en tales caracteres, al tratarse de un contrato innominado o atípico, puesto que no aparece entre los definidos por el Código Civil, como sucede, por ejemplo, con el de compraventa, sociedad, etcétera. Dentro del arrendamiento de servicios, el de prestación médica puede catalogarse como una subespecie, aunque parece no tener un encasillamiento único, pues en ocasiones se presenta disfrazado como contrato de trabajo y otras como contrato de obra o empresa (por ejemplo, en la intervención quirúrgica); por ello y por su naturaleza polifacética, la innominación conduce a una atipicidad *sui generis*.

Ahora bien, las definiciones doctrinales del contrato atípico giran en torno a dos datos: por una parte, que el instrumento jurídico mencione el contrato, y por otro lado, que lo reglamente. Unos doctrinarios, al prescindir del primero, lo conceptúan como aquel contrato para el cual la ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica o como contratos que carecen de regulación específica. También como contrato que, aun

teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que lo identifican en el tráfico, tanto para la doctrina y jurisprudencia, como a veces en ciertas leyes carece, sin embargo, de una disciplina normativa propia, inexistente en los códigos y leyes especiales. Otros conceptos consideran las dos notas al definirlos como contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa.

En fin, a pesar de que el comportamiento del médico engloba múltiples posibilidades de prestación, es indudable que en cada caso concreto puede delimitarse su naturaleza jurídica, y si esto no fuera factible, entonces podríamos pensar que se trata de un contrato innominado o atípico.

9.3.11 Tesis del contrato mixto

Esta tesis sostiene que las relaciones celebradas entre los profesionales y sus clientes deben clasificarse como contratos mixtos. La doctrina conceptúa dichos contratos como aquellos en los cuales se mezclan prestaciones, estipulaciones o 'causas' de varios contratos atípicos. O bien como aquellos en los que dentro de un único contrato confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes.

Dicha idea aplicada al contrato médico lo concibe como un contrato de prestación de servicios en el que hay elementos de varios contratos, concretamente del arrendamiento de obra, del de servicios y del contrato de mandato. Según esta opinión, son varios los elementos que se combinan: del arrendamiento, sin diferencias entre el de obra y el de servicios, las prestaciones materiales a que da lugar; del mandato, la facultad de revocación concedida en cualquier momento al mandante.

La crítica a esta postura radica, en primer lugar, en que no distingue los elementos del contrato de obra y del de servicios que entiende convergentes en la relación médico-cliente que examina. Además, no está claro qué quiso expresar el autor con prestaciones materiales, ya que, si ello significa que tales contratos han de recaer sobre objetos con materialidad objetiva, es decir, con existencia física, ni el arrendamiento de servicios ni el de obra están vinculados necesariamente a prestaciones materiales. Y ello, no obstante que la regulación del contrato de obra se estructuró para la construcción de obras materiales, sin embargo, hoy día se acepta que puede abarcar también bienes inmateriales.

Respecto al mandato, se puede argüir que la pieza distintiva que aparecería, no constituye elemento alguno del mandato, ya que forma parte de la regulación del mismo. Así que los elementos que dicho autor entiende amalgamados no pueden apreciarse como tales, para de ahí inferir ciertas relaciones como contratos mixtos. Aún más, la doctrina considera que son las causas de dos contratos las que han de fusionarse en una sola causa para que se pueda hablar de contrato mixto. Cualquiera, pues que sea la noción que se tenga de causa, no es factible sustentar que concurren causas de dos contratos diversos en las relaciones habituales de profesionales como el médico, abogado, etcétera.

9.3.12 Teoría del contrato multiforme o proteiforme

Este pensamiento surge en Argentina con Mosset Iturraspe y Deveali, quienes estiman que el contrato de servicios médicos es polimorfo, ya que los servicios que se brindan pueden configurar más de un contrato: locación de servicios o de obra, mandato

o gestiones de negocios ajenos. Esto es, que las relaciones con un profesional pueden revestir diferentes formas contractuales.

En España, el propio Gitrama y Santos Briz hacen referencia a esta idea al señalar que la naturaleza del contrato médico es variable y proteiforme, por la multiplicidad de hipótesis en que puede tener su origen y sus efectos. Al respecto, estamos de acuerdo con la doctrina cuando expresa que es posible afirmar que una cierta relación es híbrida, en el sentido de que puede admitir formas contractuales diversas, según las circunstancias del caso concreto. Pero no es factible aseverar que es un contrato con muchas formas; porque el contrato, una vez que surge, es tal o cual, uno u otro, pero no varios.

En resumen para precisar la naturaleza jurídica del contrato es menester remitirlo a un marco más amplio que, es el de la teoría general de los hechos y los actos jurídicos, los cuales se pueden mencionar de la siguiente manera: La teoría de los hechos y actos jurídicos parte del concepto de hecho jurídico, se caracteriza como todo acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones; los hechos que no producen alguno de estos efectos carecen de todo interés para el derecho y de allí que no sean considerados por la ley.

Los hechos jurídicos pueden ser producidos por la naturaleza, como el aluvión, caso en que se los conoce como naturales o por la acción del hombre, caso en que se los califica de humanos y se los llama actos y éstos, a su vez, pueden ser voluntarios, cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, o involuntarios, cuando son

ejecutados sin discernimiento, sin intención o sin libertad, caso este último en que no producen obligación alguna.

Los actos humanos voluntarios se subdividen, por su parte, en actos lícitos, que son las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de las que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos y actos ilícitos, que son aquellos expresamente prohibidos por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, que puedan causar daño.

En cuanto a los actos lícitos, admiten todavía una distinción entre los actos simplemente lícitos, que son aquellos que no tienen por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, como ocurre con la adquisición de la posesión, y los actos jurídicos, que son aquellos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Finalmente, los actos jurídicos se clasifican en: a) unilaterales o bilaterales, según que para formarlos baste la voluntad de una sola persona o requieran el consentimiento unánime de dos o más personas; y b) entre vivos o mortis causa, según que su eficacia, es decir, la producción de sus efectos, sea independiente o no del fallecimiento de la persona de cuya voluntad emanan.

Ahora bien: partiendo de la definición de contrato, no cabe duda de que éste es un acto jurídico, como que está destinado a reglar los derechos de las partes, lo que denota su finalidad jurídica y permite encuadrarlo en el concepto amplio. Asimismo, al requerir el acuerdo de partes, dado que la eficacia del contrato no depende del fallecimiento de las partes, es posible calificarlo como un acto jurídico entre vivos. Es decir que el contrato es

un acto jurídico bilateral y entre vivos, de contenido patrimonial, calificado por el fin perseguido, sea que éste se restrinja a la creación de obligaciones (tesis restrictiva), se amplíe a la modificación y extinción de obligaciones y derechos reales (tesis amplia).

En resumen: cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto al alcance del concepto de contrato, éste siempre se presenta como una especie dentro del género de los actos jurídicos bilaterales entre vivos. En Guatemala el contrato de servicios profesionales es un título especial para la prestación de servicios por profesionales, como abogados, médicos, ingenieros, profesores, etc. Independizado el contrato de trabajo y el de empresa y arrendamiento de locación, como lo consideraba el código del 77, necesario resulta establecer este contrato con disposiciones específicas que lo caracterizan como autónomo, de servicios profesionales, separándonos de la antigua denominación de arrendamiento y aún de las opiniones que los marcan entre el mandato, empresa o contrato innominado, pues la naturaleza de tales servicios, requieren adecuada legislación. En base a todo lo expuesto anteriormente, nos llevan a concluir que el modelo prevalente del contrato de servicios médicos es el de adhesión, el que está regulado, en el Artículo 1520 del Código Civil de Guatemala, el cual establece literalmente, que estos contratos, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas, solo por el oferente, quedan perfectos, cuando la persona que usa el servicio, acepta las condiciones impuestas.

Desde la segunda mitad del siglo XX, juntamente con los contratos masificados, que aparecen como respuesta a una forma de producción y comercialización, coexisten los contratos de adhesión individual, que son los contratos típicos que se celebran con

profesionales, y que reposan fundamentalmente en la desigual posición jurídica en que quedan situadas las partes.

Es dicha posición asimétrica, en la que el paciente asume el rol del más débil frente al poder científico del facultativo desequilibrante de la relación contractual, la que nos permite encuadrarla dentro de esta moderna estructura de adhesión de modalidad individual.

El resultado es que en estos contratos de adhesión desaparece la libertad de configuración del contenido del contrato, eminentemente científico. Surge aquí la figura del asentimiento por el cual el profesional propone y el paciente, al no estar científicamente capacitado para calificar el contenido y tomar decisiones, se limita a aceptar esa situación. La diferencia es esencial, pues al no estar presentes los requisitos previos del consentimiento, carecen de la fuerza vinculante propia de los contratos de negociación individual, encontrándose sujetos a revisión judicial.

Conforme a lo señalado, entendemos que el modelo prevalente del contrato de prestación de servicios médicos es el de adhesión de carácter individual. Excepcionalmente será de negociación individual, cuando la relación no participe de estas características de desigualdad cultural, técnica, etc., como, por ejemplo, el contrato que se celebra entre dos personas con similar capacitación en un mismo campo del conocimiento (verbigracia, entre dos médicos), con las salvedades de cada caso en particular.

En suma: las características señaladas ponen de manifiesto la asimetría jurídica, psicológica y científica de los contratantes, con un mayor poder de imposición del médico sobre su paciente. Ello lleva a la necesidad de atender a estos factores desequilibrantes de la relación profesional, pues tienen una importancia determinante en la valoración de la eficacia jurídica del consentimiento.

CONCLUSIONES

1. La responsabilidad civil es de un eminente sentido económico, mientras que la penal es de carácter sancionador.
2. Que al Artículo 94 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la responsabilidad del Estado para procurar el bienestar físico, mental y social de los ciudadanos, dicho enunciado resulta inoperante hasta que el Estado a través de los órganos correspondientes no legislen en lo que respecta al ramo de la salud de una forma que tienda a garantizar el bienestar de las personas que dependen de un servicio médico, ya sea público o privado, lesivo a su integridad física.
3. El médico en el ejercicio de su profesión, puede llegar a ser responsable de hechos delictivos tales como: homicidio, aborto o lesiones, el hecho no radica en haber producido la muerte a una persona o a una expectativa, ni el atentado contra la integridad de la misma, sino que el ejercicio de la práctica de la medicina haya llegado a causarlos, por lo que la seguridad de la sociedad está en juego y es por ello que tiene que regularse como delito en si, de esta forma el médico toma conciencia que sus actos están siendo fiscalizados.
4. Es creencia común que la amenaza insistente de demandas por negligencia médica que se entablan contra los médicos, es a causa de abogados ambiciosos y expectativas poco realistas de los pacientes, pero los médicos son los que han contribuido a esa problemática situación.

5. En todo proceso judicial tiene que imperar el principio de igualdad, en el sentido de darle valor a las pruebas aportadas por ambas partes, y no sólo a las pruebas que ha aportado la parte afectada, sin darle ningún tipo de valor a las pruebas rendidas por las demás partes involucradas, ya sea el autor del hecho o un tercero interesado.
6. El documento o formulario que existe actualmente, en los centros de asistencia médica y hospitalarios, tanto privados como estatales, solo tienen cláusulas redactadas por las instituciones o médicos que atienden al paciente, en su mayoría generalizadas hacia la renuncia de accionar civil o penalmente contra un profesional o la institución hospitalaria que se requiera para el servicio.
7. Existe una creencia falsa por parte de los profesionales en medicina, que el documento de autorización de procedimientos o consentimiento informado (como se le conoce también a este documento), los protege de toda demanda de mala práctica.
8. Es difícil establecer una naturaleza u origen del tipo de contrato o documento existente, ya que se encuadra mayormente en un contrato de adhesión, únicamente es redactado por una de las partes (médico u hospital), y aceptado por la otra parte.

RECOMENDACIONES

1. A la Universidad Nacional Autónoma de San Carlos de Guatemala y a las universidades privadas, que es conveniente capacitar y promulgar, periódicamente por los medios correspondientes, a los profesionales de la medicina sobre su responsabilidad penal y civil en su actividad como médicos, promoviendo la forma de redactar bilateralmente con justicia y equidad, el documento que deje plasmado el conocimiento y protección de ambas partes.
2. A los Diputados, Organismo Ejecutivo, Corte Suprema de Justicia, Universidad de San Carlos de Guatemala, presentar al Congreso de la República un Proyecto de Ley a efecto de lograr la introducción de un capítulo por separado en nuestro Código Penal, sobre delito de Mala Práctica o Negligencia Médica, así como lo relativo al régimen de su penalidad con sus agravantes y atenuantes, a efecto de lograr una mejor aplicación de la medicina y evitar que el paciente muera o quede incapacitado por negligencia, impericia o imprudencia del médico.
3. Al Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, para que promuevan programas que tiendan a perfilar la medicina no como un acto comercializador, sino como una profesión humana y con valores sociales.
4. A todos los hospitales públicos y privados, que tienen que protegerse de una mejor manera, no de las acciones que contra ellos puedan realizar sus pacientes, sino del actuar de los médicos en el momento que informen a los pacientes y además crear

una sección dedicada a éste proceso para evitar que puedan ser perjudicados injustamente.

5. Al Congreso de la República para que legisle el caso de la Mala Práctica o Negligencia Médica, ya que en el derecho guatemalteco para que un hecho sea considerado delito, debe de estar previamente tipificado en el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Susana. **Casos médicos**, Buenos Aires, Argentina, Ed. La Roca, 1994.
- ALBARRACIN, A. **La relación médico – paciente. Fundamento de la ética médica.** Valladolid, España, (s. e.) 1987.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho civil y comercial**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar S. A. Editores, 1957.
- BARBADO, Analía R. **Responsabilidad de los profesionales del arte de curar**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Zavalia, 1995.
- BODINO, Alberto. **Temas de derecho procesal penal guatemalteco.** Guatemala, (s. e.) 1997.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1972.
- CASTAÑO RESTREPO, Weingarten y Lovece, G. **Contrato médico y consentimiento informado**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universidad, 2001.
- CATALDI AMATRIAIN, Roberto M. **Manual de ética médica**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universidad, 2003.
- COUTURE, Eduardo, **Fundamentos de derecho procesal civil.** México, Ed. La Nacional, S. A., México, 1981.
- Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, 2003.
- Diccionario Avanzado de la Lengua Española, (s. l. i.), (s. e.), (s. f.).
- DE DIEGO, Clemente. **Los principios generales del derecho**, Madrid, España, (s. e.), (s. f.).
- Enciclopedia Jurídica Omeba, (s. l. i.), (s. e.), (s. f.).

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. **Curso de refresco en el congreso nacional de radiología**, Salamanca, España, (s. e.), 1998.

GRACIA, D., **Historia de la ética médica**. (s. l. i.), Ed. Espasa. 1985.

LAIN ENTRALGO, Pedro. **La relación médico- enfermo. Historia y teoría**. Madrid, España, Ed. Alianza, 1983.

LÓPEZ, Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento intermedio**. 2da. ed. Guatemala, (s. e.), 1998.

LORDA, P. S., **El consentimiento informado: Teoría y práctica**, Vol 101; (s.l.i.), (s. e.) 1993.

Microsoft Corporation. **Enciclopedia Encarta 2002**. Washington, Estados Unidos De Norteamérica: (s.e.): 1993-2001.

PINTO, I., VIGIL, D. **Legalidad de los documentos de consentimiento informado en radiología vascular e intervencionista**. (s. l. i.), (s. e.), 1998.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. TOMOS I, III y IV. España, Ed. Pirámide, S.A. 1976.

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. **Responsabilidad en el ejercicio profesional profesional**. República de El Salvador. (s. e.), 1999.

SAINZ, A., QUINTANA, O. **Guía sobre la información al paciente y la obtención del consentimiento**. (s. l. i.), (s. e.), 1994.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. TOMO II. Argentina, Ed. TEA, 1995.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal, Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, 1,973.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92, del Congreso de la República de Guatemala, 1,992.

Código Civil, Decreto 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, 1,973.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de 1,964.