

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA
PRÁCTICA MÉDICA**

MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO

GUATEMALA, JUNIO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA
PRÁCTICA MÉDICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
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. Mario Estuardo León Alegría

VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada

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 Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. EDWIN RENATO MARROQUIN SINAY.

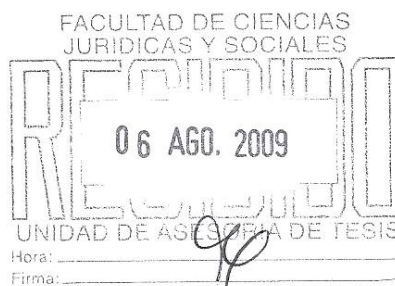
Calzada San Juan 7-90 zona 7 Edificio Acuario 2do nivel oficina 7.



Guatemala, 01 de Julio 2009.

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Licenciado Castro Monroy:



Con el acostumbrado respeto me dirijo a usted con el objeto de informarle que mediante resolución de fecha veintidós de julio de dos mil nueve, se me nombró asesor del trabajo de tesis de la bachiller **MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO** intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA"**.

De la revisión efectuada, me permito expresar mi **opinión respecto del contenido científico y técnico** de la tesis, de lo que puedo mencionar, la misma tiene como objeto analizar teórica, jurídica y doctrinariamente la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica, en el sentido que el ordenamiento jurídico en general carece de regulación atinente de manera específica a la mala práctica médica, evidenciándose la necesidad de su regulación de manera tal que sea penalizada o sancionada por la ley penal y que el o los profesionales sanitarios responsables de tal acto no solamente tengan la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de ella, sino también sean sancionados penalmente por la comisión de tal conducta.

Respecto la **metodología y técnicas de investigación utilizadas**, se estableció que la ponente se hizo auxiliar en forma concreta y acertada del método descriptivo e inductivo, apoyándose en técnicas bibliográficas y documentales así como de la entrevista y la encuesta, que le permitieron obtener un parámetro real de la situación estudiada; así también, se utilizó una redacción apropiada para este tipo de trabajo.



Con relación a la bibliografía consultada, se estableció el uso acertado de ella tanto de la nacional como de la extranjera, asimismo de las leyes de la materia en que se fundamentó el trabajo de investigación. Y por último, me permito indicar que del trabajo en mención, la bachiller **Ochoa Acevedo**, arribó a conclusiones y recomendaciones valiosas, las que presentan hallazgos y posibles soluciones a cada una de ellas, siendo éstas congruentes entre ambas, las que a mi juicio podrían ser tomadas en cuenta como un aporte científico para nuestra casa de estudios.

Por todo lo anterior, el suscrito asesor considera que en el trabajo de tesis relacionado, se cumplió con lo estipulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que habiéndose llenado los requisitos reglamentarios y administrativos correspondientes en el trabajo de investigación analizado, emito DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de la Bachiller **Mónica Fabiola Ochoa Acevedo**, intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA”**, para que el mismo continúe el trámite respectivo y sea discutido en el examen público de tesis.

Atentamente,


Lic. Edwin Renato Marroquín Sinay
Abogado y Notario
Colegiado activo No. 8302

*Licenciado
Edwin Renato Marroquín Sinay
Abogado y Notario*

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diez de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VÍCTOR LEONEL RECINOS MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA".

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/nnmr.

LIC. VICTOR LEONEL RECINOS MARTINEZ

Abogado y Notario

TEL: 2220-3595, 2220-3596

3AV 12-20 2 Nivel OFICINA C ZONA 1, Ciudad de Guatemala



Guatemala, 1 de julio de 2010

Licenciado
Rolando Segura Grajeda
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado Segura:

Deseándole éxitos en sus labores me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia fechada diez de agosto de dos mil nueve, mediante la cual fui nombrado REVISOR del trabajo de tesis intitulado **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA**, que elaboró la bachiller MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO, bajo la asesoría del abogado y notario EDWIN RENATO MARROQUIN SINAY, y fundamentado en el artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir el siguiente dictamen.

Luego de revisar el trabajo de investigación relacionado, habiéndose efectuado satisfactoriamente las modificaciones sugeridas por el infrascrito revisor, pronuncio mi opinión en cuanto al contenido científico y técnico de esta tesis, la que con fundamentos jurídicos doctrinarios y sociales, tiene como objetivo primordial, el plantear de forma fundada la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica y la necesidad de incluir dentro del ordenamiento jurídico normas que la regulen de forma específica, a fin de que tal normativa tenga efecto preventivo y de esta manera reducir o evitar la comisión de los actos constitutivos de ella.

En relación a la metodología y técnicas de investigación utilizadas, puedo opinar que fueron aplicadas en forma correcta tanto el método descriptivo como el inductivo, empleándose las técnicas bibliográficas, documental y la encuesta, las que permitieron una exposición adecuada de la problemática estudiada y su posible solución.

Así mismo, me permito mencionar que se atendieron a las sugerencias y observaciones señaladas en el proceso de revisión de redacción, las cuales fueron apegadas a las normas establecidas por la Real Academia de la Lengua Española. Así también, se estableció que la bibliografía utilizada fue de carácter nacional e internacional, por lo que cabe señalar que la misma fue adecuada para este tipo de investigación.

Lic. VICTOR LEONEL RECINOS MARTINEZ

Abogado Y Notario


Tel. 2220-3595, 2220-3596

3 Av. 12-20 2º. Nivel Oficina C Zona 1, Ciudad de Guatemala



Para concluir, es importante señalar que la bachiller **Mónica Fabiola Ochoa Acevedo** arribó a hallazgos muy importantes dentro de este trabajo, los que fueron adecuados y redactados oportunamente en el apartado de conclusiones, mismas que a su vez son congruentes y están relacionadas con las respectivas recomendaciones de cada una de ellas.

En virtud de los aspectos ya indicados con antelación, y considerando que el presente trabajo de tesis titulado: **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACION LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA**, cumple con los requisitos estipulados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimo otorgar **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis de la bachiller **Mónica Fabiola Ochoa Acevedo**, para que la tesis en relación siga su trámite administrativo y legal respectivo, para que se fije día y hora para la discusión en el examen público de tesis.



Lic. Víctor Leonel Recinos Martínez
Abogado y Notario
Revisor del Trabajo de Tesis
Colegiado 5,361

Victor Leonel Recinos Martínez
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, catorce de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MÓNICA FABIOLA OCHOA ACEVEDO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA . Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Supremo Creador del Mundo y por ser mi guía en todo momento.
- A MIS PADRES: **Mynor Ricardo Ochoa Herrera**, tu amor y tus consejos permanecen latentes en mi corazón, que Dios te tenga en la Gloria.
- Zoila Rosa Acevedo Cruz**, como mínima recompensa por sus esfuerzos, desvelos, consejos, sabia forma de resolver las adversidades, sin los cuales este triunfo jamás se hubiera realizado.
- A MIS HERMANOS: **Virginia Dinora, Mynor Ricardo y Diego Andrés**, por su amor sincero, apoyo incondicional para poder llegar a este sueño.
- A MIS HIJOS: **Ricardo Andrés y María Belén**, por ser mi fuente de inspiración y superación, con inmenso amor y ternura.
- A MIS TÍOS Y TIAS: En especial a **César Eduardo Ochoa Herrera**, por ser personas especiales que admiro y por estar siempre a mi lado.
- A MI ABUELITA: **Zoila Cruz Zelada**, por tus consejos y cuidados.
- A: La **Universidad de San Carlos de Guatemala**, especialmente a la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, fuentes inagotables de sabiduría.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Mala práctica médica.....	1
1.1 Historia de la mala práctica médica.....	3
1.2 Concepto de la mala praxis.....	7
1.3 Causas de la mala práctica médica	10
1.4 Disposiciones legales sobre la mala práctica médica.....	14

CAPÍTULO II

2. La historia clínica.....	25
2.1 Definición.....	26
2.2 Característica de la historia clínica.....	27
2.2.1 Privada, secreta.....	27
2.2.2 Segura.....	29
2.2.3 Disponible.....	30
2.2.4 Individual.....	31
2.2.5 Legible.....	32
2.3 Requisitos de la historia clínica.....	32
2.3.1 Veracidad y exactitud	32
2.3.2 Rigidez técnica de los registros.....	34
2.3.3 Compatibilidad en los registros.....	34
2.3.4 Completa.....	35
2.4 Otros aspectos de la historia clínica	38
2.4.1 Propiedad.....	38
2.4.2 Custodia y archivo.....	40
2.4.3 Acceso.....	41

2.5	Importancia de la historia clínica	Pág. 42
-----	------------------------------------	------------

CAPÍTULO III

3.	Consecuencias de la mala práctica médica	45
3.1	Responsabilidad	45
3.1.1	La responsabilidad jurídica y responsabilidad moral	46
3.1.1.1	La responsabilidad moral	46
3.1.1.2	La responsabilidad jurídica	46
3.2	Clasificación de la responsabilidad jurídica	47
3.2.1	Responsabilidad penal	47
3.2.2	Responsabilidad civil	48
3.2.2.1	Principales teorías de la responsabilidad civil	50
3.3	La responsabilidad en el ejercicio de la medicina	57
3.4	Daños y perjuicios	65
3.4.1	Clasificación del daño	68
3.4.1.1	El daño patrimonial	68
3.4.1.2	El daño no patrimonial	69

CAPÍTULO IV

4.	La mala práctica médica y su realidad	75
4.1	La población en general y la mala práctica médica	75
4.2	Los profesionales sanitarios y la mala práctica médica	79
4.3	El vacío de la ley en cuanto a la regulación de la mala práctica médica	80
4.4	Propuesta de solución	83
	CONCLUSIONES	87
	RECOMENDACIONES	89
	BIBLIOGRAFÍA	91

INTRODUCCIÓN

Como guatemalteca y estudiante de las ciencias jurídicas y sociales he contemplado con preocupación cómo los casos de presunta mala práctica médica, se han ido convirtiendo poco a poco en un problema común en la sociedad y cómo a pesar de que dicha problemática embiste a cualquier ciudadano sin distinción alguna, ello no ha motivado a las autoridades a prevenir dicho flagelo y a sancionarlo adecuadamente.

El ordenamiento jurídico guatemalteco carece de regulación legal de la mala práctica médica y solamente preceptúa la responsabilidad civil de los profesionales que causen daños o perjuicios por ignorancia o negligencia inexcusable, es decir que mediante dicha disposición el sujeto que hubiere sufrido daños o perjuicios solamente podrá reclamar el resarcimiento de ellos, no así la imposición de pena alguna para quien los hubiere causado, pues dicho comportamiento no se encuentra tipificado en el Código Penal, por lo que el presente estudio se propuso ilustrar la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica, toda vez que en la investigación preliminar no se encontró norma alguna que de manera específica regulara tal conducta.

En ese orden de ideas, y con el objeto de llegar a una conclusión objetiva, se estructuró el trabajo, habiéndose planteado en el plan de investigación la siguiente hipótesis: La ausencia de norma legal, que regule la mala práctica médica y sus aspectos circundantes, la promueve y favorece. Habiéndose planteado como objetivo, determinar en qué consiste la mala práctica médica y cuáles son sus causas y sus efectos.

Ante los planteamientos anteriores y con el fin de colaborar en la solución del problema, en esta investigación se aportan elementos de conocimiento, teóricos, legales y sociales, habiéndose utilizado especialmente el método inductivo, el sintético y el analítico, así como las técnicas de investigación bibliográfica y documental, la encuesta y la entrevista, pues luego del análisis de leyes generales contrastadas con la realidad y de aplicar las normas legales y teorías existentes, relacionadas con hechos aparentemente aislados unificando sus elementos se arribó a la conclusión que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que en la realidad, la ausencia de norma legal, que regule la mala práctica médica y sus aspectos circundantes, promueve y favorece tal conducta.

Para arribar a la conclusión señalada, el trabajo de investigación se estructuró en cuatro capítulos, de la siguiente manera: El primero se refiere a la mala práctica médica, su historia, definición e ilustración en el medio guatemalteco; el segundo se circunscribe a la historia clínica, su definición y principales aspectos; en el tercer capítulo se realiza un estudio acerca de las consecuencias de la mala práctica médica y la responsabilidad, su clasificación y los daños que se derivan de dicha responsabilidad; en el cuarto, y último capítulo, se hace un análisis sobre la mala práctica médica y su realidad, ilustrándose los conocimientos de la población relacionados al tema y las actitudes de los profesionales sanitarios, así como la existencia del vacío de ley en cuanto a la regulación y propuesta de solución.

CAPÍTULO I

1. La mala práctica médica

En los últimos años, se ha incrementado la preocupación de la sociedad guatemalteca por los casos de negligencias médicas, dado que, el progresivo incremento de demandas de indemnización de perjuicios por negligencias médicas ha traído aparejado un efecto social de proporciones insospechadas, reflejado en la cobertura periodística de casos emblemáticos difíciles de olvidar por la población, la que cada día se muestra más exigente y reclama de los médicos y las instituciones la toma de actitudes preventivas en el ejercicio de tan noble profesión. “El representante de la PDH manifestó su preocupación porque en algunos centros hospitalarios se han registrado algunos homicidios silenciosos, a raíz de la mala práctica médica.

Son muertes que se dan por la falta de instrumental quirúrgico y la incapacidad del personal; en algunos casos hay traslape de medicamentos, de decisiones quirúrgicas. Además, hay falta de mecanismos de control interno de las autoridades”.¹

Por su parte “Lili Barco, coordinadora de la Unidad de Recepción y Calificación de Denuncias de la PDH, detalló que durante 2008 se recibieron 326 denuncias por violación al derecho de la salud, en el sistema público de la capital.

¹Flores, Ligia. **La mala atención aleja a los pacientes de hospitales**. .www. La hora@ la hora. com.gt. (15-01-2009)

Según Barco, la mayor cantidad de las acusaciones (31%) se refirieron a la falta de atención médica en puestos y centros de salud, así como en hospitales; en total se recopilaron 101 denuncias debido a que las personas acudieron a estos sitios, pero nunca fueron atendidas”²

El escenario descrito muestra que lejos, ha quedado la figura que el paciente tenía del médico como un ser incapaz de equivocarse, un hombre titánico en su capacidad y nada menos que conocedor del patrimonio máspreciado, su salud. Lejanamente ha quedado esa época, y hoy la realidad queda expuesta de un modo más exigente el paciente ya no es tan sumiso como para no atreverse a analizar la conducta médica cuando siente o presiente un daño aunque sea menor, tal circunstancia reclama de los estudiosos del derecho un análisis adecuado de la situación.

Los juicios y reclamos por presunta mala praxis han proliferado y se multiplican a pasos agigantados, nadie puede negarlo, empero precisa estudiar el fundamento sustentable o falencia de éste en dichos reclamos, pues no habrá de dudarse de aquellos que suelen extralimitarse en la apreciación pecuniaria del requerimiento (muchas veces por apetencia económica y otras por ignorancia sobre el contenido o el límite de cada rubro reclamado), generando angustia en el profesional reclamado y una exagerada expectativa en el querellante o actor, relación en la cual el abogado tiene una función decisiva y como tal, deberá contar dentro de su bagaje con una serie elementos (legislación adecuada, cultura de denuncia, cultura de prevención y preparación adecuada) para hacerse cargo de la aventura si es que existe, para que de existir tales hechos debidamente sustentados no queden en la impunidad.

² Ibid.

1.1 Historia de la mala práctica médica

La mala práctica, no es un hecho propio de la época actual, ni exclusivo del país y mucho menos de los profesionales de la medicina, empero cabe señalar que tal conducta a diferencia de otras igualmente reprochables como el robo o el homicidio no posee datos históricos concretos por lo que se reseñarán de manera que ilustren el comportamiento que se estudia, pues la sustentante considera que no se debe prescindir de tales datos en virtud de que la historia ha demostrado que en su travesía, los pueblos han adquirido y establecido determinadas figuras en el ordenamiento legal, en concordancia con las circunstancias económicas, sociales y políticas de los mismos.

“Desde los tiempos primitivos el origen de las enfermedades no era atribuido a causas físicas y orgánicas. Los males aún del cuerpo eran producidos por el castigo de los Dioses razón por la cual quienes desempeñaban el papel de médico eran los sacerdotes, hacían de mediadores entre el divino y lo terrenal, intercediendo por la salud de sus semejantes. Si el sacerdote no lograba restablecer los quebrantos de su paciente, NO SE LE PODÍA IMPUTAR NINGUNA RESPONSABILIDAD.

CARDONA HERNANDEZ señala que si el enfermo después de un tratamiento continuaba afectado de sus dolencias o sufría complicaciones graves o no sanaba, lo tomaba como una maldición de los seres vivos, entendían que los Dioses no querían realizar la curación y por lo

tanto ese enfermo tenía que soportar el abandono, y el cumplimiento de esa voluntad superior.”³

Si, se toma como antecedente de la medicina, la remotísima y arcaica institución del chamanismo, se observará que en la persona del chamán, se funden en forma embrionaria el adivino, el médico, el hechicero y el mago. El chamán, que en algunas tribus vive apartado y es temido, en otras es respetado y su palabra es un oráculo para el grupo, cuyos destinos rige como autoridad suprema. Al chamanismo como institución arcaica, siguió la medicina sacerdotal practicada en el Egipto faraónico desde Inhotep (3000a.J.C), primer nombre de médico que se conoce en el Egipto antiguo. Por lo que de los papiros hallados surge, el médico-sacerdote quien estaba sometido a una serie de reglas religioso-morales que limitaban su actuación.

La civilización Asirio-babilónica y Sumeria (3500 a. J.C.) se rigió por el famoso Código de Hamurabi, en este código se establecían ya penalidades para la negligencia o mala práctica terapéutica, de la siguiente manera: "Si el médico ha tratado con su lanza de bronce el absceso del ojo de un caballero y lo ha curado, recibirá en recompensa monedas de oro, pero si al contrario, le ha causado la pérdida del ojo, se le cortarán las manos." ⁴

³ Ginocchio Reyes, Luis Felipe. **Negligencia médica**. www. Monografías. com. (23-05-09)

⁴ Espat Godoy, Shajida Beatriz. **La negligencia médica y su necesidad de tipificación en el Código Penal**. Pàg. 2

“Estas eran las drásticas sanciones de la pena, el médico no solo era susceptible de sanción – amputación de las manos - , si no que también estaba obligado al resarcimiento por el daño resultante de la actividad profesional por lo que debía de reemplazar con otro esclavo.”⁵

En tiempo de Alejandro Magno, un médico fue crucificado por haber abandonado culposamente a un paciente. Por otro lado, en el derecho romano la negligencia médica merecía severos castigos y en la legislación española medieval, el médico que ocasionaba un grave daño a una persona, podía quedar a disposición de los parientes del afectado o del Rey, no siendo raro que fuera desterrado de la zona donde vivía.

“A principios del siglo pasado, la Academia de Medicina de París se pronunció a favor de la llamada responsabilidad médica moral, la que negaba cualquier posibilidad de resarcimiento económico por un daño causado. Exigir al médico una indemnización por un daño atribuido a un actuar profesional indebido, era considerado poco ético, de enriquecimiento ilícito o simplemente una venganza.

Los primeros juicios en contra de algunos médicos se iniciaron en Francia a mediados del siglo pasado, ante actuaciones profesionales francamente dañinas. Los profesionales afectados, cuyos nombres se conservan hasta la fecha, fueron condenados por negligencia, imprudencia e impericia en su actuar, debiendo compensar los daños producidos con el pago de indemnizaciones a favor de las víctimas. En sucesivos juicios se estableció que no era necesario buscar si existió intención por parte del médico al producir un grave daño al enfermo y que bastaba demostrar una negligencia, una imprudencia o una impericia inexcusable en su

⁵ Ginocchio Reyes. **Ob. Cit;**

actuar profesional. Este mal proceder obligaba al médico a reparar el daño con una indemnización, iniciándose así la llamada Responsabilidad Médico Judicial.”⁶

“A partir de la segunda mitad del presente siglo, los problemas de responsabilidad médica y los juicios de mala práctica, conocidos también como malpractice, tomaron auge en los Estados Unidos, donde junto a las características de una sociedad competitiva y de mercado se empezaron a valorar progresivamente los derechos de las personas, los que por tener un rango constitucional o legal obligaban a su cumplimiento, situación que para la medicina tradicional, era completamente nueva.

A los cambios anteriores se agregó otro de gran importancia, la aplicación a la medicina de la norma general de responder e indemnizar los daños de por sí, lo que introdujo un factor económico creciente en los juicios de mala práctica.

En virtud de lo anterior, la sanción al autor pasó a un segundo plano en relación al cobro de las indemnizaciones por hechos ilícitos o por incumplimientos de contratos tácitos, nuevas causales para demandar a los profesionales.

Con el correr del tiempo, el problema judicial no se limitó a un determinado médico, autor de un daño por negligencia o imprudencia, sino a equipos de profesionales y a los propios hospitales y clínicas donde los hechos se habían producido en base a responsabilidades

⁶ Raby, Carlos Alonso. **La responsabilidad profesional del médico**. Info,@.ama.med. com (13-01-2009)

compartidas, aumentado el monto de las indemnizaciones a cifras inimaginables al iniciarse las primeras demandas.”⁷

1.2 Concepto de la mala praxis

Algunos autores como Susana Gabriela Pérez, Médica clínica y Marco Antonio Acevedo, Ex-Jefe del Departamento de Pediatría, del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, previo a conceptualizar que ha de entenderse por mala práctica recomiendan definir que es una buena práctica médica y otras nociones relacionadas con dicho tema, tal criterio es compartido por la ponente pues para señalar las deficiencias, fallas, inexactitudes o presuntos errores precisa conocer el concepto en sentido positivo y otros conceptos que puedan provocar equivocaciones.

Al respecto se señala que la buena práctica médica es aquella “que se ajusta a las reglas o normas dictadas por expertos, las actitudes que satisfacen las expectativas de los pacientes, cumplimentando las exigencias de la ley, evitando la dilapidación de los recursos y educando a pacientes, colegas, enfermeros y a todos los que intervienen en el proceso de salud.”⁸

Asimismo los referidos autores explica que dentro de la práctica clínica, “sea ésta hospitalaria o a nivel privado, desde cualquier nivel de la educación médica, estudiante externo o interno, médico residente o jefe de servicio, se tiene siempre la oportunidad de hacer latrogenia y mala

⁷ **Ibid.**

⁸ Pérez, Susana Gabriela. **Malpráctica médica.** .www. Enplenitud.com.ar. (13-01-2009)

práctica. El término Iatrogenia significa algo así como: provocado por la intervención médica, o toda alteración del estado del paciente, producida por el médico”⁹

Ahora bien conociendo que ha de entenderse por buena práctica médica y que no es mala práctica se reseñan algunas definiciones de mala práctica o mala praxis. Dicho vocablo “Viene del griego: mala práctica y consiste en el ejercicio inadecuado de la profesión. Se le llama también mala práctica o malpractice. Consiste en una mala práctica de carácter culposa del médico, es decir donde no existe dolo de su parte, pero donde actúa perezosamente no poniendo celo y esmero profesional (negligencia), con ausencia de conocimientos fundamentales (impericia); o en forma temeraria y precipitada (imprudencia) y con inobservancia de reglamentos.”¹⁰

De igual forma se dice que la mala práctica es: “La práctica deficiente de la medicina, incluye los actos por comisión u omisión del profesional de salud. Los actos por comisión implican una práctica profesional incorrecta. Los actos por omisión son los actos que de haberse realizado hubiera evitado las consecuencias.”¹¹

Otros autores, señalan que: “La Mala Práctica o Mala Praxis podría definirse como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional (ej. abogado)

⁹ Acevedo, Marco Antonio. **Ensayo Iatrogenia y mala práctica**. Pág. 54.

¹⁰ Navarro Batres, Tomas Baudilio. **Medicina legal**. Pág. 88

¹¹ Lincoln Maylle, Antaurco. **Què es mala práctica mèdica**. <http://www.lincolnmaylleantaurco.blogspot.com>. (02-02-2009)

causándose un daño a la salud o al buen estado del paciente. Esta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional. En el caso de la mala praxis médica podríamos señalar tres tipos:

1. Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo (ej. aborto)
2. Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal, deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente (ej. administrar medicinas durante una intoxicación)
3. Mala práctica por ignorancia: administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o en una dosis incorrecta) ¹²

Derivado de las definiciones presentadas puede concluirse que la mala práctica médica tiene lugar cuando se causa en ejercicio de la medicina daño a una persona, ya sea por comisión u omisión de manera deliberada o bien por impericia, negligencia o imprudencia, la sustentante no comparte el criterio de que se produzca mala práctica por ignorancia ya que en ningún momento el médico puede ser ignorante de la medicina pues dicho profesional para el ejercicio de la profesión debió adquirir los conocimientos necesarios para ello lo cual lo despoja del calificativo de ignorancia en relación a dicha rama del conocimiento.

¹² Càceres Freyre. Franklin. **Apuntes sobre la mala práctica médica.** estrobles@terra.Com. pe. (17-01-2009)

1.3 Causas de la mala práctica médica

Desde la perspectiva jurídica puede afirmarse que la mala práctica se genera entre otras causas por la aplicación de tratamientos médicos-quirúrgicos obsoletos, erróneos o apartados de los protocolos y cánones establecidos por el conjunto de las mejores prácticas universalmente aceptadas para ello. A fin de aclarar lo expuesto, se precisa que debe entenderse por tratamiento médico quirúrgico el cual consiste en: “toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de la persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.”¹³

Asimismo de conformidad con las definiciones citadas de mala práctica médica, ésta puede provocarse también por IGNORANCIA, la cual es definida como: “Falta de ciencia, de letras y noticias.... Como señalan a veces algunos tratadistas la ignorancia es frecuentemente confundida con el error, cuando en realidad son cosas bien distintas mientras aquella significa la ausencia completa de nociones sobre un punto cualquiera, el error supone una noción falsa acerca del mismo.”¹⁴

Relacionadas dichas palabras a la medicina la primera constituye un desconocimiento de los métodos y procedimientos médicos aceptados universalmente para el momento histórico que en que se aplica, y la segunda una idea equivocada dichos métodos y procedimientos.

¹³ Méndez Arauz de Campollo, Carmen Aída. **La mala práctica médica en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y sus consecuencias jurídicas**. Pág. 20

¹⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 361

Continúa exponiendo el referido tratadista en relación a las locuciones ignorancia y error, que: "lo que sucede y de ahí la posible confusión, es que uno y otro" vocablo "pueden producir iguales consecuencias."¹⁵, conclusión que la ponente comparte con el referido jurista.

En relación a la ignorancia vale la pena precisar que para un profesional de la Medicina la Ignorancia es ilegal, simplemente un médico no puede ser ignorante, luego si lo es, en determinada área de la salud y la ejerce está atentando contra la vida de sus pacientes, y dicha ignorancia en una área determinada es una causa perfecta para incurrir en mala práctica médica,

¿Porqué se afirma que es una causa perfecta? bueno por una razón muy sencilla porque, dichos profesionales no pueden presumir de conocer todas las áreas de la medicina y estar actualizados de igual manera en cada una, primero porque lo que hoy es aceptado en medicina al día siguiente puede salir de la práctica habitual de los médicos porque se determinó que dicho procedimiento era lesivo para los pacientes y segundo porque el cuerpo humano es extenso y preciso.

Cabe ilustrar lo anterior con el ejemplo siguiente: un cirujano de la pierna izquierda, no debería ser el mismo, para el mismo tipo de operación en la pierna derecha, pues se, requiere conocimiento, para cada situación en particular, pensemos esto si un medico

dermatólogo hace una cirugía facial ¿está realmente preparado para garantizar los resultados de esa operación? definitivamente que no, aunque como todos sabemos en la realidad guatemalteca, si los hay y para preocupación de todos, ¡están ejerciendo! en todos los áreas en las cuales el paciente les requieren.

¹⁵ Ibid.

Cabe resaltar que el médico no está en condiciones de ofrecer un rendimiento absolutamente desprovisto de posibilidades de duda o errores y que el médico puede, por supuesto, contratar o prometer un resultado específico, pero si así lo promete u ofrece, es responsable, de lo contratado o prometido si el resultado no es el convenido.

Empero si no existe ningún contrato implícito sobre el resultado, en general, el tratamiento de un médico no es un determinante en el ejercicio de su obligación y un mal resultado en sí, no es una presunción que el médico fue negligente o falto de pericia.

El médico debe ejercitar el juicio de una persona poseedora de conocimientos y la destreza común a todos los otros profesionales en esa área de la medicina. Si existen más de dos métodos aprobados para el tratamiento de una inflamación o hematoma, el médico puede optar por aquél que a su juicio, sea el más apropiado según las circunstancias y no será responsable por un mero error de juicio, puesto que él no puede asegurar cuál es el mejor método; tampoco será responsable por un error en el diagnóstico, siempre y cuando haya empleado la debida diligencia, cuidado y razonamiento, la mera prueba que se hizo un diagnóstico erróneo no fundamenta una sanción para el médico. Debe haber prueba que el error, se debió a la falta de emplear el grado de diligencia y cuidado requerido.

La pericia, “es un requisito más”,¹⁶ para la buena práctica de la medicina. La pericia es definida como: “Conocimientos calificados o experiencia valiosa en un arte o ciencia”¹⁷, explica la necesidad de la pericia, el hecho de que el médico que ofrece un servicio para el cuál no está capacitado o no tiene la experiencia adecuada, acepta de manera

¹⁶ Andrea Gonzalez, Gilberto Antonio, De Leon Alonso de Andrea. Emilia. **Mala praxis médica: Concepto & consecuencias.** <http://andradeleon.blogspot.com>.(17-06-2009)

¹⁷ Ossorio. **Ob. Cit;** pág. 566

preterintencional la posibilidad de causar un grave daño a su paciente, por imprecisión de un acto o error en la ejecución del mismo por ejemplo un médico que realiza una cirugía de apéndice, sin confirmar su diagnóstico a priori o bien con exámenes que dejan una duda razonable, ese médico que no confirmó tal circunstancia va a causar seguramente un daño al paciente, pues luego de practicar la cirugía el padecimiento por el cual fue requerido continuará y aumentará debido a las reacciones comunes de la incisión practicada, esto ocurre nos ha tocado vivirlo, es decir entonces que en estos casos la mala praxis médica se genera por irresponsabilidad en el diagnóstico, por violar los protocolos de seguridad para poder dar por hecho la condición de una enfermedad que sufre un paciente determinado.

Se señala que: “Para configurar la impericia en el ámbito de la medicina, se debe considerar los elementos de valoración: a) el riesgo operatorio y la oportunidad de realización; b) el diagnóstico pre-operatorio; c) la técnica empleada; d) los recaudos previos a la operación; y e) los cuidados post-operatorios.”¹⁸

Como se señaló otra de las causas que producen la mala praxis es la negligencia, pues para éste profesional no es suficiente estar adecuadamente preparado, si no ha además deberá ser diligente, es decir cuidadoso, esmerado, que es lo opuesto a la negligencia la cual es definida como: “La omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia.”¹⁹ “ En cualquier acción por negligencia médica, concurren cuatro elementos básicos: (1) el médico

¹⁸ Espat Godoy. **Ob. Cit;** pág. 48

¹⁹ Ossorio. **Ob. Cit;** pág. 482

tenía un deber de atención con el paciente; (2) el médico faltó a su deber al no utilizar un tratamiento adecuado; (3) el daño o perjuicio sufrido por el paciente sufrió una lesión”.²⁰

El médico no puede ser negligente, su negligencia produce daño y éste de conformidad con nuestra legislación debe ser reparado, tal y como lo establece el Código Civil en el Artículo 1647 “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, se intencionalmente, se 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”.

1.4 Disposiciones legales sobre la mala práctica médica

Al día de hoy (junio 2009) a pesar de que el ordenamiento legal guatemalteco a nivel constitucional, ordinario y reglamentario regula disposiciones tendientes a proteger la vida, la salud y en general a la persona de forma integral, dicho ordenamiento no preceptúa disposición legal alguna en el Código Penal y Código Civil, así como tampoco en el Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, de forma específica que regule la mala práctica médica, término el cual adquiere trascendencia y hace necesaria su definición y correcta comprensión cuando uno se encuentra frente a un caso de negligencia, impericia o error en un acto médico.

²⁰ Espat Godoy. **Ob. Cit.** Pág. 38

La ausencia de definición y tipificación de tal conducta en el ordenamiento legal, provoca en la víctima y en los familiares de ésta un estado total de indefensión, pues por no constituir dicho acto una conducta prohibida, éste no puede ser legalmente sancionado como corresponde y mucho menos resarcidos los daños o perjuicios provocados al bien jurídicamente protegido como lo es la vida y la salud aunque configure un verdadero atentado en contra de tales bienes.

Lo anterior descansa en el principio de legalidad regulado en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la Republica, el cual en el Artículo 1 establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración...”

Precisa destacar aquí que éste funciona como "Carta Magna del delincuente, debido a que consideró que el principio de legalidad hace de ella no sólo la fuente del derecho a castigar, sino, también, su límite; no sólo garantiza la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también a éstos frente al poder del Estado.”²¹

Es decir que mientras la ley no prohíba expresamente la mala práctica médica, el hombre en este supuesto, el médico tiene libertad para realizarla, pues con fundamento en el principio de legalidad sí la conducta no está contemplada concretamente en la ley, no puede aplicarse a

²¹ Arevalo Vela, Abel Ángel. **Principio de legalidad**. Pág.10

él, una norma que castigue un hecho similar.

En consecuencia, por horrorosa o repudiable que parezca la conducta que sea definido como mala práctica médica, ésta no puede sancionarse como tal, puesto que como se ha expuesto si la ley penal no califica (tipifica) la acción o el hecho en forma expresa e inequívoca como infracción punible, su sanción es imposible.

Es por ello que la afirmación ciega del principio de legalidad vuelve la espalda a la realidad, y exige la constante actualización de las normas penales acorde a la evolución de la sociedad que regula.

Ahora bien precisa señalar que en el medio guatemalteco mientras no se regule de manera específica o de manera adecuada en el ordenamiento legal la mala práctica médica, como se ha hecho en otros países como Argentina y Estados Unidos cualquier decisión equivocada, ausencia de tratamiento adecuado, no aplicación, o bien la mala aplicación de un tratamiento médico-quirúrgico por parte de los profesionales sanitarios, en el cuerpo de un paciente, dichos casos seguirán siendo tratados por los órganos jurisdiccionales de nuestro país como homicidios culposos, delitos por lesiones leves, levísimas, graves, gravísimas o contravención de medidas sanitarias, tal y como se ilustra a continuación.

Caso uno

De conformidad con un titular de Prensa Libre, editado por Conié Reinoso se señala “acusar a médico de mala práctica”. Señala el titular: “Exige justicia mujer que quedó en estado vegetativo luego de haber sido operada en el IGSS. En una silla de ruedas y en estado vegetal, Gloria Culpatán fue llevada ayer a la torre de tribunales, donde se inició el juicio contra un médico y el IGSS, a los que se acusa de mala atención.

Culpatán llegó el 11 de octubre de 2002 al Hospital de Emergencias del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), de la zona 9, para ser intervenida por una apendicitis. Pero la anestesia que le fue aplicada la dejó en estado vegetativo.”²²

En la referida nota periodística, se expone que; en esa fecha, la paciente tenía 30 años y recién había terminado un diplomado en ventas, de la Universidad Mariano Gálvez. su familia luchaba para que el IGSS pagara la cantidad de Q2.5 millones por los daños producidos y para que se condene a Edwin Estuardo del Águila, médico anestesista que la trató el día de la operación.

Del Águila es acusado del delito de lesiones culposas. En su declaración ante los jueces del tribunal Décimo de Sentencia, adujo que la paciente reaccionó con normalidad luego de la operación, y que fue una hora después cuando presentó complicaciones.

²² Reynoso, Conié. **Prensa libre**. Pág. 9

Su hermana Ana Culpatán, relato que a partir de la intervención médica la vida de la señorita Culpatan cambió totalmente, porque ahora ella está postrada en una silla de ruedas. Usa pañales desechables y sondas, “La familia relató que Culpatán sufrió daño cerebral porque le aplicaron el doble de dosis de la anestesia requerida. Carlos Aceituno, abogado de la familia Culpatán, señaló que lo que alegan es que el médico la atendió hasta tres horas después de haber salido de la operación. En su defensa, el abogado del IGSS, Efrén Darío Leche, dijo que, pese a que el Seguro Social no tuvo culpa en lo sucedido a la paciente, en todo momento se le ha dado tratamiento médico y se le paga una indemnización de por vida.”²³

Caso dos

El uno de septiembre del año dos mil seis en el Diario Prensa Libre. Com, se lee el titular: “Denuncian mala práctica médica casos en el Herrera Llerandi y en Hospital Privado Las Américas”

La referida nota explica: “Perforaron intestino delgado. Miguel Ángel Carballo Méndez falleció el 14 de noviembre del 2004 a causa de una perforación del intestino delgado cuando le colocaban una banda gástrica para reducción de peso.

La operación estuvo a cargo del médico Luis Rodrigo González Toledo, en el hospital Herrera Llerandi. Un día después, de nuevo fue intervenido, pues se quejaba de malestares.

²³ Ibid.

Descubrieron que tenía perforado el intestino delgado. La nueva operación ya no pudo evitar la infección que le ocasionó la muerte.”²⁴

El caso fue asignado al Juzgado Octavo de Primera Instancia Penal de esta Ciudad capital, donde la jueza dictó arraigo y embargo de bienes contra González Toledo y Edgar Beltetón, representante legal del hospital. “César Solís, jefe de Servicios Médicos de ese centro, detalló que por principios éticos no comentan los casos de los pacientes.”²⁵

La señora Mireya Archila, esposa del fallecido, refirió: “Mi esposo ingresó por la colocación de una banda gástrica, y sin pensarlo nos tocó que sacarlo muerto. Por ello pedimos justicia. Uno de los argumentos de los acusados en el expediente es que la perforación ocurrió a causa de una hernia que tenía el paciente.”²⁶ El 29 de agosto de 2007 debía presentarse el representante legal del hospital a rendir su primera declaración, pero planteó recusación contra la jueza Marta Sierra.

Caso número tres

La nota de Prensa Libre referida en el párrafo anterior también señala, un caso más de negligencia médica así: “Con la ilusión de mejorar su aspecto físico, Claudia de Colón ahorró dinero en EE.UU. para venir a Guatemala a hacerse un implante de senos y una operación de reducción de peso, pues aquí le salía más barato; ahora demanda al médico que la atendió, por mala práctica. La cirugía estuvo a cargo del médico Juan Carlos Galindo, en el Hospital Privado Las Américas, el 12 de julio de este año. A los dos días, de Colón se dio cuenta de

²⁴www. Prensa Libre.Com (16-01-2009)

²⁵ **Ibid.**

²⁶ **Ibid.**

que las heridas le supuraban, por lo que le consultó a Galindo, quien le aseguró que todo estaba normal. Desesperada, buscó a otro cirujano, quien le informó que los implantes en los senos estaban mal colocados y había infección, por lo que procedió a retirarlos.”²⁷

Continúa explicando la misma nota que, Víctor López, director médico corporativo de ese centro, había manifestado que la paciente nunca se acercó a ellos para comentar lo sucedido y que además, no era la primera cirugía que se realizaba con el mismo médico, y que como había evolucionado satisfactoriamente, se le dio de alta.

Caso número cuatro

En mayo, 2002. La Corte Suprema de Justicia, CSJ, confirmó el fallo emitido en juicio oral por el Tribunal Quinto de Sentencia, contra el Hospital Bella Aurora, que le condenó a pagar a dicha entidad la cantidad de Q10 millones de quetzales a los padres del niño Jeff Anthony Turton, por concepto de responsabilidades civiles y daños y perjuicios.

Caso número cinco

“Klely Yhonani Recinos de Villatoro de 22 años, originaria del municipio de San Pedro Necta, murió en el Hospital Regional de Occidente de la ciudad de Quetzaltenango el 26 de junio de 2,003. La joven señora ingresó al Hospital Nacional de San Pedro Necta en el departamento de Huehuetenango hace poco mas de dos meses, buscando atención médica porque estaba a punto de dar a luz a su primera hija. El parto de presentaba un poco complicado por lo que

²⁷ Ibid.

los médicos asistentes dispusieron intervenirla para que tuviera a la niña por medio de cesárea.”²⁸

Ya en el quirófano y siempre conforme a las declaraciones de su familia, “la señora de Villatoro recibió una dosis demasiado fuerte de anestesia lo que provocó que entrara en estado de coma. Afirma la familia que ante la grave situación los médicos del Hospital de San Pedro Necta les dijeron que había que llevarla a otro hospital; así lo hicieron, cubriendo ellos mismos (la familia) los gastos del traslado al Hospital Nacional de Huehuetenango, en donde ante la gravedad de la situación, no quisieron recibirla. Ante la negativa no les quedó otro remedio mas que llevarla a Quetzaltenango en donde, a pesar de la atención recibida, falleció por isquemia o muerte cerebral.”²⁹

De conformidad con la nota periodística, reseñada don Arnulfo Recinos de León, padre de la víctima, Mirna, su hermana y el ex esposo, iniciaron las acciones judiciales correspondientes para deducir responsabilidades criminales a quienes resulten responsables de esta muerte, la cual ellos afirman se debió a un craso error del anestesista y responsabilidad total del médico y el Hospital de San Pedro Necta.

²⁸ Alvarez Galindo. Héctor Leonel. **La mala práctica causa de muerte.** Boletín informativo de huehuetenango. Pág. 3

²⁹ **Ibid.**

Caso número seis

En el mes de abril, 2007 la Corte de Constitucionalidad ordeno al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a pagar tres y medio millones de quetzales a una mujer infectada de sida por una transfusión de sangre en 1994.

De conformidad con una nota publicada en el diario el Periódico, se leía: “La Corte de Constitucionalidad (CC) resolvió rechazar un recurso de amparo por parte de las autoridades del seguro social y mandó que el pago sea de inmediato”³⁰.

“Adilio Juárez, abogado de la demandante, comentó que ésta constituye la última resolución en un proceso judicial que se inició hace 12 años, ante la cual el seguro social no podrá accionar. El litigante alegó que el juicio se extendió por ese tiempo debido a la oposición de las autoridades del IGSS, quienes interpusieron varias acciones legales.

Doce años, atrás la señora Blanco, fue trasladada al Hospital Juan José Arévalo Bermejo, zona 6, en donde dio a luz. A consecuencia del parto, los médicos le diagnosticaron anemia y le aplicaron transfusiones de sangre. Una de las dosis aplicadas estaba infectada con VIH.”³¹

La publicación de El Periódico señalaba que: El IGSS sustento su negativa de pagar la indemnización debido a que cinco años atrás, la Sala Décima de la Corte de Apelaciones resolvió absolver a los trabajadores acusados de mala práctica médica.

³⁰ Revolorio, Julio. *El Periódico*. Pàg. 17

³¹ *Ibid.*

Caso número siete

El 12 de septiembre 2008 Raúl Chávez, corresponsal de Cerigua informaba: “Griselda Mejía Pérez, de 23 años, originaria del Palmar, Quetzaltenango, informó que ingresó al Hospital Regional de Occidente con labor de parto y fue sometida a una cesárea, pero la dieron de alta sin extraerle completamente los restos de la placenta.

A decir de Mejía, luego de salir del centro asistencial comenzó con fríos y fiebre; fue hasta que regresó a que le quitaran los puntos que nuevamente fue intervenida; posteriormente le informaron que le habían quitado la matriz. Mejía indicó que en cuatro ocasiones ha sido operada y siempre ha sufrido infección, por lo que su familia se vio obligada a presentar una denuncia ante la oficina Auxiliar de la Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH).”³²

Félix Menchú Chan, esposo de la afectada, informó que no les pidieron su consentimiento antes de practicar la cirugía y destacó que ahora ya no podrán tener hijos.

Caso número ocho

En noviembre de 2008, la Procuraduría de Derechos Humanos recibió una denuncia por la muerte del bebé de una mujer que dio a luz en el hospital de Guastatoya, El Progreso. Según la afectada, el médico que la atendió la abandonó en el momento en que el niño nació, por lo que el neonato falleció, por la falta de atención. “Se trató de conocer la postura de las

³² www.Centro de reportes informáticos sobre Guatemala. **Denuncian mala práctica en hospital regional de occidente** (2-3-2009)

autoridades de la cartera de salud. Vía telefónica se intentó contactar al viceministro de hospitales, Ludwing Ovalle, pero se informó que estaba fuera del despacho.

También se buscó a la doctora Silvia Palma, coordinadora general de hospitales, y al doctor Roberto Flores, coordinador central, empero, ninguno respondió a los constantes llamados a su teléfono celular.”³³

³³ Flores Ligia. **Ob. Cit.**

CAPÍTULO II

2. La historia clínica

Un problema común al momento de presumirse actos de mala práctica médica es la desaparición, el archivo erróneo y el extravío y de la historia clínica, razón por la cual en el presente capítulo la ponente se propone exponer aspectos importantes relacionados con dicho documento tales como, su definición, características, requisitos e importancia.

El ejercicio de la medicina y de las profesiones sanitarias, se fundamenta en la relación médico-paciente de la que se derivan derechos y deberes recíprocos, como en toda relación, pues no se pueden tener solo los primeros o los segundos ya se trate de médico o paciente.

El profesional sanitario para prestar una buena y adecuada asistencia tiene que respetar los derechos del paciente o cumplir con todos sus deberes, lo cual resulta muchas veces difícil dada la realidad asistencial, pues muchas veces debido a la falta de recursos económicos que aqueja a la población las personas se ven obligadas a solicitar los servicios médicos en hospitales públicos, seguro social o jornadas médicas, lugares en donde las consultas no duran mas de quince minutos, los cuales no son suficientes para que el médico pueda establecer una buena relación con su paciente y viceversa, pues por la naturaleza del servicio las condiciones en las que tiene lugar dicha relación son tan precarias que no promueven ni

procuran el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto al paciente, como el deber de asistencia, deber de informar y documentar los actos realizados.

2.1 Definición

La historia clínica es definida como: "el documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad".³⁴

Se trata de un documento que refleja, o debería reflejar "todas las actuaciones médico-sanitarias con el paciente, de toda la relación profesional sanitario-paciente y de todos los conocimientos, medios y actuaciones médicas que se ponen a su disposición".³⁵

Por nuestra parte diremos que la historia clínica es el documento producido por el prestador del servicio de salud, que contiene la biografía patológica de una persona y como tal sirve para ilustrar la calidad de los servicios prestados, por lo que ostenta un valor fundamental convirtiéndose en una herramienta probatoria de singular importancia a la hora de juzgar la actuación del profesional sanitario y muy particularmente se convertirá en una herramienta probatoria de singular importancia a la hora de establecer la concurrencia de responsabilidades civiles, penales o administrativas. Asimismo cabe aclarar que el galeno, en

³⁴ Lain Entralgo P. **La historia clínica**. Pág. 56

³⁵ Criado del Río, María Teresa. **Aspectos médico-legales de la historia clínica**. Pág. 32

relación al documento es solamente un depositario o conservador y no dueño, por lo tanto no tiene libre disposición del mismo.

2.2 Características de la historia clínica

Existe una serie de particularidades que rodean la historia clínica las cuales se estudiarán someramente a efecto de comprender mejor la importancia del referido documento.

2.2.1- Privada, secreta

El secreto médico constituye uno de los deberes más antiguos del ejercicio de la medicina tal y como se anotó al hacer referencia a los antecedentes de la mala práctica médica, manteniendo al día de hoy toda su vigencia. Empero precisa subrayar que tal secreto no es absoluto, pues si bien es cierto el principal uso de la historia clínica tiene por objeto responder a fines asistenciales, es preciso reconocer la diversificación que el uso de este documento ha experimentado, ya que ha adquirido nuevas funciones, ya no son, como antes, una simple ayuda para la memoria del médico. Son hoy, entre otras cosas, objeto de prueba en procesos judiciales, material para la investigación biomédica y el control administrativo, a ello responde el Artículo 45 del Código Deontológico que faculta al profesional de la medicina la revelación del secreto profesional con discreción y exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites en los siguientes casos:

- a) Por imperativo legal. Si bien en sus declaraciones ante los tribunales de justicia deberá apreciar si, a pesar de todo, el secreto profesional le obliga a reservar ciertos datos. Si fuera necesario pedirá asesoría al Colegio Médico.
- b) Cuando el médico se vea injustamente perjudicado por causas del mantenimiento del secreto de un paciente.
- c) Si con el silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente u otras personas, o a un peligro colectivo.
- d) En las enfermedades de declaración obligatoria ante autoridad competente.
- e) Cuando el médico comparezca como acusado ante el Colegio de Médicos o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria, no obstante tendrá derecho a no revelarlas confidencias del paciente.
- f) En los certificados de defunción y en los casos de aborto criminal
- g) En la atención de menores de edad ante quienes tiene la patria potestad.

Como se deduce, el Artículo transcrito privilegia la revelación del secreto profesional en los casos de investigación judicial, y especialmente, en materia penal, pues no hay duda que los jueces podrán solicitar las historias clínicas cuando a su juicio ellas constituyan medios de prueba de interés o bien cuando el médico actúa en calidad de perito y se limita a informar de aquello que tenga que ver estrictamente con el proceso, cuando es requerido en calidad de testigo para informar sobre lo conocido del paciente. La referida excepción no es aceptada de igual manera cuando se trata de procesos civiles o laborales, ya que se argumenta que ello implica utilizar en un litigio de derecho privado cierta información que el paciente puso en conocimiento del médico por razones de protección a su propia salud.

“A este respecto parece válido el esquema propuesto por Arias Valverde, según el cual la solicitud del juez penal no puede ser rechazada; la solicitud del juez civil, de familia, laboral y contencioso administrativo debe acogerse si la prueba es ofrecida por el titular de la historia o sus representantes legales y debe negarse si la prueba es ofrecida por la contra parte. El caso de que la institución o el médico tratante sean los demandados es aceptado como una hipótesis de justa causa de relevamiento del secreto profesional.”³⁶

2.2.2 Segura

Siendo la historia clínica el documento que registra toda la relación profesional médico-paciente, y de todos los conocimientos, medios y actuaciones médicas que se ponen a su disposición, en tal documento resulta imprescindible los datos de identificación tales como nombre y apellidos, rúbrica y número de colegiado de manera indubitable de los facultativos y personal sanitario que intervienen en el proceso asistencial y del paciente. En relación a esta característica de la historia clínica cabe resaltar que el Código Deontológica se refiere a la historia clínica de forma severamente escueta y en cuanto a la identificación del médico y colaboradores no establece ninguna disposición.

³⁶ Rodríguez Almada, Hugo. **Aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención.** Pág. 17

2.2.3 Disponible

El Código Deontológico, en el capítulo IV en donde se regulan las relaciones del médico con sus pacientes en el Artículo 29 establece que: “El médico está obligado a solicitud del paciente a proporcionar a otro colega los datos que posea y puedan ayudar a completar el diagnóstico, así como a facilitarle el resultado de las pruebas realizadas.” El citado Artículo como ya explicamos no se refiere específicamente a la historia clínica, empero por ser esta el documento que contiene los datos a los cuales se refiere tal norma se colige que le es aplicable a dicho documento.

En tal sentido ha de entenderse que aunque las normas deontológicas se orientan a preservar el secreto profesional y el derecho del paciente a la intimidad, la ficha clínica, debe ser así mismo un documento disponible, especialmente para el paciente, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su acceso y disponibilidad.

El proceder aconsejado a seguir cuando tal documento es solicitado es el siguiente. “solicitar al juez el motivo de su requerimiento; obtener la autorización escrita del paciente; si considera que no es pertinente la entrega del historial, especificar al juez el porqué, y señalar que teme violar el secreto médico profesional. Después de ello, someterse a su criterio final, y entregar la historia omitiendo toda información personal del paciente ajena al proceso, y hacerlo saber así al juez. A esta última conclusión llegaron los representantes de magistratura, deontología y de la agencia de protección de datos en el II Congreso Nacional de Derecho Sanitario

celebrado en Madrid en 1996.”³⁷ Tal proceder a criterio de la ponente es acertado pues aunque medie requerimiento judicial, dicho documento nació de la relación médico –paciente, en tal sentido el facultativo deberá poner en conocimiento del paciente lo solicitado por la autoridad a efecto de obtener su autorización y de esta manera preservar dicha relación.

Aspecto importante de la disponibilidad ocupa el hecho de que esta característica subraya la obligación del médico o institución en cuyo poder se encuentra la historia clínica, de poner en práctica medios adecuados que impidan el acceso o usos no autorizados, la falsificación o eliminación de datos, el robo, la adulteración maliciosa, y la pérdida o destrucción accidental de tal documento. Pues de conformidad con el Código que se ha venido estudiando “ Cuando un médico cesa en su trabajo privado su archivo podrá ser transferido al colegas que le suceda salvo que los pacientes manifiesten su voluntad en contra cuando no tenga lugar tal sucesión el archivo deberá ser destruido.”

2.2.4 Individual

La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria.

2.2.5 Legible

Aunque nada indica el Código Deontológico sobre la estructura o contenido de la historia clínica, es apropiado que esta sea ordenada, inteligible y respetuosa del paciente, pues la ausencia de dichos elementos crea una situación de riesgo deontológico y jurídico. Una

³⁷ Criado del Río. **Ob.Cit**; pág. 50

historia clínica mal ordenada y difícilmente inteligible perjudica a todos, a los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en el referido documento.

Se reafirma que, contrariamente a lo siempre fue costumbre, que la letra de los médicos no se entiende, el momento actual demanda, que esta se escriba en forma clara y entendible, importante resulta precisar esta característica pues en el ámbito guatemalteco en variadas oportunidades, es comentado que las recetas médicas no gozan de esta característica a pues las personas ajenas a las profesiones sanitarias les resulta difícil entender lo consignado y no se duda que el documento al que se refiere este capítulo también adolezca de tal particularidad.

2.3 Requisitos de la historia clínica

2.3.1 Veracidad y exactitud

Siendo la historia clínica, un documento médico legal, esta debe caracterizarse por su veracidad, y en ningún caso la información que el facultativo introduzca puede ser falsa o ficticia, ya que tal conducta de probarse puede constituir delito de falsificación de documentos, penado en el ordenamiento penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de la manera siguiente:

Artículo 321. FALSEDAD MATERIAL. “Quien hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

Artículo 322. FALSEDAD IDEOLÓGICA. “Quien con motivo de otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

Artículo 323. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS. “Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos artículos anteriores, será sancionado con prisión de uno a tres años.”

Artículo 327. SUPRESIÓN, OCULTACIÓN, O DESTRUCCIÓN DE DOCUMENTOS. “Quien destruya, oculte o suprima en todo o en parte un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo será sancionado con las penas señaladas en los artículos anteriores en sus respectivos casos. En igual sanción incurrirá quien con animo de evadir la acción de la justicia, realizará los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituya medios de prueba.”

De los artículos reseñados se puede establecer que incurren en delito tanto la persona que prepara, elabora, confecciona o crea, el documento así como también el que altera su contenido, modificando o agregando, datos ficticios falsificándolo. Es decir que las anotaciones de los profesionales médicos realizan en la historia clínica hacen que esta no sea solo una tarea administrativa sino de índole profesional.

2.3.2 Rigidez técnica de los registros

Los datos en ella contenida deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser realizadas con precisión, prosapia y minuciosidad, dado que de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que visitado en su internación por diversos profesionales, adecuan su tarea a la evolución allí consignada. Por lo que un error o una omisión pueden derivar en consecuencias graves y hasta fatales.

2.3.3 Compatibilidad en los registros

La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y coetánea con la asistencia prestada al paciente en cada proceso asistencial.

2.3.4 Completa

No obstante que el Artículo 39 del Código Deontológico señala: “El acto médico quedará registrado en la correspondiente historia o ficha clínica” la sustentante es de la opinión que esta ha de ser completa es decir que además de registrar los actos médicos también debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documentos de consentimiento, informe de asistencia, tratamiento a seguir, alta definitiva o controles indicando al menos el primero de ellos en cuanto a tiempo, conducta del paciente en cuanto al cumplimiento del tratamiento, inasistencias o faltas del paciente, comentarios del médico conforme las prácticas lo exijan, en fin, todo lo actuado, escrito,

detallado, sin enmendaduras, tachaduras, cronológicamente ordenado, sin espacios en blanco, en lo posible todas las hojas foliadas, y todas las actuaciones con firma y sello del interviniente. La ausencia de detalles, pueden ser presunciones en contra del médico, por lo que habrá de procurar una elaboración acorde a las exigencias legales.

El argumento del escaso tiempo de los médicos para la debida elaboración de historias clínicas, si bien es entendible justamente por los tiempos de muchos de ellos, de ningún modo les exime de esa obligación, es decir que el tiempo necesario ha de buscarse o ingeniarse, porque el escudo protector por excelencia del actuar médico también puede ser una historia clínica bien elaborada, ya que esta no solo probará a favor del paciente sino también del productor de ella.

Se entiende que este precepto cobra especial relevancia y ciertas dificultades en el medio guatemalteco pues es común que un mismo paciente sea atendido, en hospitales públicos y consultorios privados, por varios médicos, lo cual plantea el arduo problema de la unidad o pluralidad de la o las historias clínicas de un mismo paciente, o de la unificación de criterios terapéuticos. Aunado a ello la falta de conocimiento por parte del paciente de la existencia del historial y de la necesidad de su integración así como de su documentación.

En algunos países con el objeto de corregir esta problemática se está ensayando y con buenos resultados la práctica de que el paciente retenga en su poder su historial clínico y lo lleve consigo cuando va a ver a sus diferentes médicos, tal solución la creemos viable y adecuada a la realidad guatemalteca en primer lugar porque la costumbre del médico de

cabecera se ha perdido por diversos factores, (económicos, inmigración, especialización) así mismo porque de esta manera, tal documento no podrá ser extraviado, alterado, enmendado en su contenido, al momento de presumirse un acto constitutivo de mala práctica.

No se ignora que la elaboración de las historias clínicas y demás documentación médica es un tema complicado entre médicos, instituciones sanatorias y abogados. Pues no hay un modelo único y es una especie de carga que nadie quiere asumir plenamente, empero a efecto de que la historia clínica cumpla con sus fines se propone que el contenido mínimo de la historia clínica sea el siguiente tal y como lo establece la ley 41/2002 decretada con fecha 14 de noviembre de 2002 por el Rey Juan Carlos I, para las provincias españolas.

- “a) La documentación relativa a la hoja clínico estadística.
- b) La autorización de ingreso.
- c) El informe de urgencia.
- d) La anamnesis y la exploración física.
- e) La evolución.
- f) Las órdenes médicas.
- g) La hoja de íter consulta.
- h) Los informes de exploraciones complementarias.
- i) El consentimiento informado.
- j) El informe de anestesia.
- k) El informe de quirófano o de registro del parto.
- l) El informe de anatomía patológica.

- m) La evolución y planificación de cuidados de enfermería.
- n) La aplicación terapéutica de enfermería.
- ñ) El gráfico de constantes.
- o) El informe clínico de alta.

Los párrafos b), c), i), j), k), l), ñ) y o) sólo serán exigibles en la complementación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

La complementación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella.”³⁸

2.4 Otros aspectos de la historia clínica

2.4.1 Propiedad

La naturaleza jurídica de la historia clínica ha sido una cuestión debatida, pues de su determinación derivan su eficacia jurídica, el acceso a sus datos y el poder de disposición de éstos, las garantías de la intimidad y del secreto profesional y los límites que por razones de interés público pueden oponerse a su estricta observancia.

³⁸Ministerio de la Presidencia. **Ley 41/2002**. Boletín oficial español. www. Gobierno de España. Boe. Com. (21-5-2009)

En la historia clínica confluyen derechos e intereses jurídicamente protegidos, del médico, del paciente, de la institución sanitaria e incluso públicos.

Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas:

Cuando se toma en cuenta la propiedad desde la perspectiva de la información registrada en la historia clínica, resulta evidente que el paciente es su legítimo titular, teniendo derecho a conocerla en su totalidad, excepto circunstancias muy excepcionales, y darle el uso que entienda apropiado.

Por otra parte, si se enfoca que el soporte de la historia clínica es suministrado por la institución asistencial, quien tiene la responsabilidad de su conservación y custodia, respondiendo incluso por el cumplimiento de este deber en caso de reclamación judicial por parte del paciente. Su propiedad corresponde a la institución asistencial.

La doctrina y el derecho positivo en distintos países han dado respuesta a este conflicto (paciente titular de la información versus institución propietaria del soporte) otorgando al paciente el derecho a obtener una copia de la historia clínica o resumen de la misma.

No menos importante es la perspectiva desde la propiedad intelectual. En efecto, la historia clínica no se limita a una mera base de datos, sino que refleja el resultado de un proceso de elaboración intelectual, finalmente plasmado en un documento. Por ello, para algunos autores,

cabría aplicar en este caso los principios del derecho de propiedad intelectual. En todo caso, la respuesta concreta surgirá de con arreglo al derecho positivo de cada país.

2.4.2 Custodia y archivo

El ordenamiento legal guatemalteco y el Código Deontológico omiten pronunciarse de manera amplia respecto a este aspecto regulando en relación al archivo únicamente que: “Cuando un medico cesa en su trabajo privado, su archivo podrá ser transferido al colega que le suceda, salvo que los pacientes manifiesten su voluntad en contra. Cuando no tengan lugar tal sucesión el archivo deberá ser destruido.” Al respecto no preguntamos, ¿Será que el paciente es informado de dicha circunstancia? Creemos que no, pues no existe norma alguna que obligue al galeno a realizar tal actividad y en la práctica nunca hemos sido testigos de ello y mucho menos que tal archivo sea transferido a otro medico, por lo cual de manera osada afirmamos que tal archivo de darse este caso es destruido, tal y como lo ordena la norma transcrita.

Los estudiosos de la materia al respecto señalan que: “La conservación de la historia es una obligación de la institución asistencial y un derecho del paciente. Se trata de un aspecto de gran importancia desde el punto de vista de las reclamaciones por responsabilidad médica, ya que, de ser requeridos por el Juez, será la institución -o en su caso el médico- sobre quien

recaiga la obligación de suministrarla, el deber de conservación de la historia no es ilimitado, por debiendo estarse a lo estipulado por la normativa de cada país. ³⁹

2.4.3 Acceso

Pese a resultar indiscutible el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, ello no se ajusta con la realidad cultural del país. Este derecho al acceso a la historia clínica es válido para los pacientes y, en algunos casos, puede extenderse a sus familiares actuando en calidad de representantes legales o de herederos en caso de muerte.

Es obvio que el personal sanitario actuante debe acceder a la historia clínica; además, la institución puede legítimamente acceder a la información de la historia (con fines estadísticos, de investigación y de control de calidad) y en el entendido una utilización anónima. Además, por la aplicación de los conceptos de secreto compartido y derivado, se da por sentado que todos los que accedieron a la información quedan comprendidos en la obligación ética y jurídica de la confidencialidad. Es decir que con las excepciones apuntadas, la tendencia doctrinaria actual tiende a restringir el acceso a la historia clínica privilegiando el derecho a la intimidad.

En Guatemala el historial clínico se conserva en las instituciones asistenciales que prestan el servicio y en los consultorios clínicos, se entiende que para su mejor protección y

³⁹ Rodríguez Almada. **Ob. Cit**; pág. 12

conservación pero la sustentante es del criterio que esta pero es obra del médico que la confecciona pero pertenece al paciente por contener datos confidenciales de él quedando, por tal motivo, habilitado para solicitar copia de la misma en cualquier momento.

2.5 Importancia de la historia clínica

Como se colige de lo expuesto en el presente capítulo, dudar de la importancia de la historia clínica es como dudar de la existencia de la ley de la gravedad. Todo lo anotado en párrafos precedentes indica la gran importancia de la historia clínica desde varios puntos de vista: asistencial, ético y medicolegal, aspectos que rodean y afectan a la historia clínica que no pueden ser obviados por el profesional sanitario.

Pues la historia clínica es imprescindible tanto para el médico como para el paciente, así como para el médico legal, el juez y abogado para el primero para prestar una asistencia médica de calidad pues es lo que motiva su elaboración y quien de no realizarla incurre en falta disciplinaria de la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria y está cometiendo una negligencia médica que, de ocasionar un daño al paciente, da lugar al nacimiento de responsabilidad profesional civil y, por qué no, también penal.

Es al médico a quien compete especialmente recordar la importancia ética, médica y legal del referido documento, para volcar todo en ella, de manera particularizada, para deslindar en lo posible, responsabilidades y así también, quedar absueltos en juicios, concientes de haber actuado dentro del acto médico, llevando a cabo todo lo que correspondía, pues en el ámbito de la prevención, cuantiosa y variada es la documentación que un médico, elabora a diario puesto que toda esa documentación aunque no parezca importante, es la primera demostración de un actuar correcto y esmerado. Recordando que los médicos no son dioses perfectos e incapaces de equivocarse y los pacientes no son siempre víctimas de acciones culposas o cuasidelictuales.

Para el segundo como un derecho que le asiste de que se documenten y registren los actos que el médico realiza en su cuerpo y los resultados que ello provoca, ya que las omisiones o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico, pues ¿cómo saber si el médico utilizó la técnica adecuada en el paciente si no se plasma está en la historia?.

Para el médico legal al momento de dictaminar la existencia o ausencia de actos constitutivos de mala práctica, para el juez como un medio de prueba directo tanto para condenar como para absolver o bien como medio instrumental para otro tipo de prueba (por ejemplo pericial), señala Seoane Prado citado por Guillermo Jose María Moronell, que: "como medio de prueba directo, la historia clínica tiene la fuerza probatoria de todo documento sujeto a la valoración libre del juzgador, debiendo entenderse que la documentación clínica constituye un

documento privado y no público aun cuando haya sido elaborada en el ámbito de la medicina pública.”⁴⁰

Para el profesional del derecho para fundamentar la imputación o la defensa en una demanda por mala práctica médica.

Se puntualiza que:”en buena medida, el valor de la historia clínica como medio de prueba reside en que fue confeccionada antes de producida la fractura de la médico-paciente generadora de la reclamación. De esta manera, el médico no redactó la historia con una finalidad defensiva, por lo que, en principio, se trata de un documento clínico que debería reflejar razonablemente los distintos aspectos del acto médico en cuestión. Por ello, en la mayoría de los casos, la existencia de una historia clínica bien confeccionada servirá para descartar la pretendida mal praxis, pese a ser un documento mayoritariamente elaborado y custodiado por el demandado. (...) Esto no incluye, obviamente, los casos en que con mala fe se rescribe la historia, acto ilícito que puede ser objeto de pericia documento lógica. “⁴¹

⁴⁰ Presunta mala practica mèdica, su prevencìon, documentaciòn medica. <http://www.portalesmedicos.com/revista/index.htm> (04-04-09)

⁴¹ **Ibid.**

En el ámbito nacional la historia clínica se encuentra afectada por algunas normas jurídicas dispersas, pero no existe un conjunto de ellas con rango de ley que unifique y aporte soluciones adecuadas a todos los problemas legales que su existencia o falencia plantea, tales como: contenido, plazo para su conservación y archivo, propiedad, acceso, etc., por lo que se hace necesario plantear a través de los órganos con iniciativa de ley la creación de tal normativa y de esta manera prevenir la concurrencia de males mayores por tal laguna legal.

CAPÍTULO III

3. Consecuencias de la mala práctica médica

Señala el jurista Manuel Ossorio que: “El hecho, suceso, acontecimiento que deriva como efecto de otro o de una causa recibe el nombre de consecuencia”⁴², así mismo el diccionario de la enciclopedia Encarta 2005 define la consecuencia como: “Proposición que se deduce de otra o de otras, con enlace tan riguroso, que, admitidas o negadas las premisas, es ineludible admitirla o negarla”⁴³.

Lo anterior tiene relevancia para el presente estudio, ya que toda acción médica errada o daño injusto producido por los profesionales de la salud, trae como corolario en el mundo jurídico, consecuencias que tienen interés jurídico como la responsabilidad y los daños derivados de ella.

3.1 La responsabilidad

Etimológicamente responsabilidad deviene del griego responderé, que significa responder. Responder de los actos y acciones que realiza el propio individuo, los tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, la mayoría de ellos concuerdan en relación a su noción al decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño.

⁴² **Ob. Cit;** pàg. 272

⁴³ Biblioteca de consulta Microsoft encarta 2005.1993-2004 Microsoft corporation.

3.1.1 La responsabilidad jurídica y responsabilidad moral

Al estudiar el tema de la responsabilidad se encuentran dos grandes campos en los que se puede dividir ésta; la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

3.1.1.1 La responsabilidad moral

La responsabilidad moral, es definida de la siguiente manera: “Es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión. Es moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contraria a la moral o a su religión... La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan”⁴⁴

3.1.1.2 La responsabilidad jurídica

Se está en presencia de responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social. Es decir que en la responsabilidad jurídica el perjuicio que se genera, afecta la vida en sociedad y violenta normas jurídicas, por lo cual sus efectos trascienden al mundo jurídico generando una carga para el autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación.

⁴⁴ Alessandi Rodríguez, Arturo. **De la responsabilidad extracontractual en derecho civil**. Pág. 26

Arturo Alessandri considera que la responsabilidad jurídica “es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social”.⁴⁵

Otros autores afirman que la responsabilidad jurídica “transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad.”⁴⁶

3.2 Clasificación de la responsabilidad jurídica

Por la naturaleza del presente estudio es la responsabilidad jurídica la que interesa a este trabajo se puede clasificar en dos grupos: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

3.2.1 Responsabilidad penal

Desde el punto de vista del derecho penal, responsabilidad es la que se desprende de la violación o transgresión de un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal, así también exponen, los hermanos Mazeaud y Josserand, que se habla de responsabilidad penal cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general.

La responsabilidad penal también es definida, como: “El deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.”⁴⁷

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 26

⁴⁶ Martínez Rave, Gilberto. **La responsabilidad civil extracontractual en Colombia.** Pág. 12

⁴⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Pág. 359

3.2.2 Responsabilidad civil

Se dice que existe responsabilidad civil cuando como consecuencia de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó esas consecuencias dañosas.

“En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”⁴⁸

Algunos autores respecto a la responsabilidad civil afirman que: “es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal, para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro”.⁴⁹

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 10.

⁴⁹ Alessandri Rodríguez. **Ob. Cit** ; Págs. 27 y 28.

Responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil puede dividirse según la fuente de donde provenga en responsabilidad contractual y extracontractual.

Responsabilidad contractual

Esta clase de responsabilidad es aquella que tiene origen en el incumplimiento, retraso en el cumplimiento, o cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que se configure su existencia es necesaria la preexistencia de una relación anterior entre el autor del daño y la víctima y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación

La clase de responsabilidad que se estudia es definida de la siguiente manera: “No es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos”⁵⁰

En relación a la responsabilidad extracontractual se dice que es aquella en la cual se originan daños y perjuicios sin que exista nexo de ningún tipo o vínculo jurídico anterior entre la víctima y el autor del daño, es decir que esta responsabilidad se origina a partir de los hechos que provoca la necesidad de indemnización a la víctima. Se está en presencia de responsabilidad extracontractual cuando “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor

⁵⁰ Ordoqui, Gustavo. Olivera Ricardo. **Derecho extracontractual**. Pág. 47

del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”.⁵¹

3.2.2.1 Principales teorías de la responsabilidad civil

Las principales teorías que se discuten como fundamento de la responsabilidad civil son la teoría de la responsabilidad subjetiva y la teoría de la responsabilidad objetiva.

Responsabilidad subjetiva

Estas teorías sostienen que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar la responsabilidad no es suficiente con que se presente o exista el daño, sino es necesario que ese daño sea una consecuencia del actuar doloso o culposo del autor. Es decir que para establecer la responsabilidad extracontractual con fundamento en esta teoría, es necesario que se presenten tres elementos: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

⁵¹ Mazeaud, Henri, León, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 116.

El Código Civil en el Artículo 1648 discrepa con esta teoría pues al respecto establece: “La culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido.”

Es decir que en el ámbito guatemalteco para que se genere en el agente generador del daño el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados, la víctima únicamente ha de probar el daño o perjuicio sufrido pues existe una presunción a su favor, nótese que se establecen dos presupuestos el daño o el perjuicio que no es lo mismo, como más adelante se expondrá.

Responsabilidad objetiva

“La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”.⁵²

A efecto de comprender mejor el referido concepto se estima conveniente aclarar que se entiende por culpa y dolo y cuales son sus elementos y clases, el Artículo 1424 del Código Civil, define la culpa disponiendo que: “La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia pero sin propósito de dañar”

Elementos de la culpa:

⁵² Alessandri Rodríguez. **Ob. Cit;** pág. 92

“La figura jurídica de la culpa tiene un substatum subjetivo, lógicamente distinto del dolo, conformado por los siguientes elementos:

1. la previsibilidad: en otras palabras la posibilidad de prever, NO HAY UN EFECTO QUE SE HA PREVISTO, SINO UN EFECTO QUE SE HA PODIDO PREVEER.
2. la conducta negligente: cuando no se ha querido el efecto, pero se ha podido mostrar mayor diligencia para evitarlo.”⁵³

Clases de culpa:

La conducta culposa en la vida contractual puede ofrecer aspectos y producir efectos diversos:

1. el modo como se manifiesta la culpa: puede consistir en un acto positivo, es decir haciendo algo que estaba obligado a no hacer, y de cuya efectividad surge el resultado dañoso (culpa in faciendo) o en un acto negativo es decir, de cuya abstención surge el resultado.
2. la intensidad de la culpa: existe tres grados de culpa lata, leve y levísima.

La primera es la omisión de aquella diligencia que se puede pedir aún al hombre más descuidado, significa un abandono gravísimo y tiene extraordinarios puntos de contacto con el dolo. Consiste en el descuido o desprecio de las precauciones más elementales para evitar un daño o impedir un mal consiste esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia

⁵³ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil III obligaciones I**. Pág. 93

tal, que no podría explicarse sino por la necesidad, la temeridad o la injuria del agente. La segunda es la omisión de la diligencia que un hombre regular y ordenado emplea en sus asuntos. Negligencia en que no incurre la persona diligente y celosa en el cumplimiento de sus deberes. Y la tercera es aquella ausencia de las medidas y precauciones de una persona muy diligente, es de grado inferior de la culpa leve. Es decir, es la omisión de la diligencia que un hombre particularmente cuidado emplea.

Efectos de la culpa:

1. La responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones actualmente la culpa se presenta en todas las obligaciones sin diferencia de matices predeterminados.
2. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.
3. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se haya podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sea la consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

Es decir que la “la denominada culpa profesional no es otra que aquella culpa en la cual puede incurrir un profesional, en el ejercicio de su qué hacer específico, por lo que se regula por los mismos principios generales de la culpa y no por principios propios.”⁵⁴

Dolo: “En general dentro del mundo del derecho, el dolo significa la maldad jurídica; el perjuicio consciente y en que se consiente: la práctica voluntaria del mal; la perfidia, la mala intención, la saña, la crueldad, la mala fe, la traición; en resumen el repertorio o síntesis de lo negativo en los valores sociales y en la conducta individual.”⁵⁵

El dolo es pues la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de mentiras y perspicacias o de la ignorancia ajena, pero sin intervención de fuerza ni de amenazas, constitutivas aquellas y éstas de otros vicios jurídicos.

“En el derecho civil es común observar el dolo desde un punto de vista bipartito como vicio del consentimiento al tratar de la formación de los contratos o como grado supremo de la culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones. El dolo se parifica en el engaño doloso; y, en la mala fe, respectivamente, empero, ambos tiene elementos comunes, ya que uno y el otro producen siempre un acto injusto.”⁵⁶

El dolo en el incumplimiento contractual es la negativa consciente y voluntaria del deudor al cumplir su obligación, sabiendo que realizará un acto injusto.

⁵⁴ Espat Godoy. **Ob. Cit**; Pág. 18

⁵⁵ **Ibid.** Pág. 91

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 92

La conducta dolosa posee dos elementos: elemento intelectual y elemento volitivo, el primero presume que en la mente del autor existe conocimiento del hecho o acto y del significado de ello. El segundo elemento consiste en voluntariedad dolosa del resultado que, sin ser intencionalmente perseguidos por el agente, aparezcan como consecuencia de la acción realizada.

Efectos del dolo: El dolo supone el grado mayor de culpabilidad y, por ende de responsabilidad. En caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

La responsabilidad civil, también puede surgir como consecuencia de la responsabilidad penal, la cual es definida de la siguiente manera: “La obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con el mismo, de indemnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible.”⁵⁷

Al respecto el Código Penal en el Artículo 112 establece: “Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente.” “ Lo cual significa que el órgano jurisdiccional al dictar el fallo y declarar la responsabilidad penal del sujeto activo por delito o falta, lo hará también sobre la responsabilidad civil nacida de estos.”⁵⁸

El Artículo 113 del Decreto 17-73 del Congreso de la República prevé el caso de la existencia de dos o más responsables de un delito o falta pues dispone que el tribunal señalara la cuota por la que deberá responder cada uno. “Sin embargo los autores y cómplices serán

⁵⁷ De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco Héctor Aníbal. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 326

⁵⁸ **Ibid.** Pág. 327

responsables solidariamente entre si y responderán subsidiariamente de las cuotas que corresponda, no solo a los insolventes de su respectivo grupo, sino también de los insolventes de otro. “

Es importante destacar que de conformidad con el Artículo 114 del Código penal la responsabilidad civil derivada del delito también alcanza a las personas individuales o jurídicas que hubieren obtenido algún beneficio económico de los efectos del delito, pues el citado artículo preceptúa: “aún sin haber sido participe en su ejecución, responderá civilmente hasta por el tanto en que hubiere lucrado.”

Por su parte el Código Civil dispone en el Artículo 1647 lo siguiente: “La exención de responsabilidad penal no libera de la responsabilidad civil a no ser que el juez a sí lo estimare atendiendo a las circunstancias especiales del caso.”

Es importante resaltar que la responsabilidad civil derivada de delito o falta, se transmite a los herederos del responsable, e igualmente se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva.

Para el caso de incurrir en responsabilidad civil personas inimputables, la ley penal establece que estos responderán con sus bienes por los daños que causen y en caso de ser insolventes “responderán subsidiariamente quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho.” Artículo 116 del Código Penal.

De igual manera el Código Penal regula el supuesto de responsabilidad civil en caso de estado de necesidad, al respecto regula: "... La responsabilidad civil se declarara siempre y se distribuirá entre las personas a cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al beneficio que hubieren reportado. Los tribunales señalaran, a su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la que cada interesado debe responder." Artículo 117.

En referencia a la extensión de este tipo de responsabilidad el referido cuerpo legal preceptúa: "La responsabilidad civil comprende: 1º. La restitución, 2º. La reparación de los daños materiales y morales; 3º. La indemnización de perjuicios."

Así expuesto, podemos apreciar genéricamente que existe una diferencia entre la responsabilidad civil, cual es indemnizar, a diferencia de una responsabilidad penal que se refiere a cumplir penas por la culpabilidad en la comisión de un delito, no siendo excluyente una de la otra.

3.3 La responsabilidad en el ejercicio de la medicina

A efecto de establecer la responsabilidad del médico y su equipo resulta necesario establecer que tipo de obligación ostenta el citado profesional al prestar el servicio, al respecto se señala lo siguiente: "La regla general indica que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos porque se logre el objetivo (la curación), y no al efectivamente alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado. Sin embargo en ciertas especialidades la obligación si es de resultado.

Esta última se presenta cuando el objeto de las mismas no es la curación, sino que sirven de medio para ésta ... y también en ciertas especialidades en las que se ofrece un resultado. Dentro de este último grupo estaría la cirugía plástica y la mayoría de las prestaciones odontológicas. Quedarían probablemente excluidos los casos de emergencia dental, aunque la línea divisoria entre lo que sería una obligación de resultados y una de medios resulta muy tenue.”⁵⁹

Con fundamento en lo reseñado se puede afirmar que a pesar de que la actividad médica es de medios, esto no la exime de la existencia de un resultado dañoso desproporcionado o anómalo o por falta de diligencia, en tal sentido el ordenamiento civil guatemalteco, no deja fuera de la responsabilidad a los profesionales de la medicina y al respecto norma, en el Artículo 1668, “El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.”

Es decir que el médico está obligado a responder por los daños o perjuicios que cause su conducta ante Dios, ante su conciencia y ante la sociedad, quedando los dos primeros campos dentro de lo que corresponde a la responsabilidad moral y cobrando relevancia para el presente estudio este último.

⁵⁹Càceres Freyre. **Ob. Cit.**

“La responsabilidad moral: Es la obligación que todo médico tiene, de responder ante Dios de sus actos, pero mientras llega ese momento, es su propia conciencia la que le recrimina o alaba sus acciones.

La responsabilidad legal: encierra conlleva a la actuación interdisciplinaria del derecho civil, derecho penal y derecho administrativo, y consiste en “la necesidad jurídica y social, que todo médico responda ante las autoridades humanas de los daños y perjuicios causados por las faltas voluntarias o involuntarias cometidas en el ejercicio de su profesión.”⁶⁰

La responsabilidad civil: tiene lugar cuando el médico, no tuvo la intención de producir el daño o perjuicio ocasionado, empero la consecuencia es de tipo indemnizatorio en que el ius puniendi del Estado no interviene de oficio, correspondiendo a los interesados que han sufrido el daño o el perjuicio demandar al médico responsable.

En cuanto a la fuente que origina la responsabilidad civil del médico, esta ha sido objeto de controversia entre los estudiosos del derecho, pues algunos afirman que es de carácter extracontractual y otros que esta es de carácter contractual. Los que afirman que esta tiene carácter extracontractual señalan que esta se genera en la realidad y no nace de un contrato y que suele presentarse cuando el paciente ingresa por emergencia a un centro de atención médica.

⁶⁰ Espat Godoy. **Ob. Cit.**; pág. 55

La sustentante luego de lo expuesto en párrafos precedentes es del criterio que esta es de carácter contractual, pues desde el momento que un agente de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento público o privado o bien desde que comienza en la atención de un paciente, nace un contrato de cumplimiento obligatorio y con dicho contrato se originan los derechos y obligaciones de las partes, el derecho del paciente a recibir la atención debida y la obligación de los profesionales a la prestación de los servicios, a su vez nace el derecho de los profesionales a percibir una retribución por sus servicios y la obligación del paciente o del hospital o del sanatorio a satisfacer los honorarios convenidos, en el medio guatemalteco generalmente dicho contrato se celebra de forma verbal, a la existencia del contrato cabe agregar que en este caso la obligación no se deriva solamente de un contrato sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina.

El Doctor Navarro Batres señala que los deberes del médico con el paciente consisten en:

- a) “Atención competente, honesta y diligente, aún tratándose de casos de cortesía o indigentes.
- b) Garantizar una atención ininterrumpida.
- c) Enviar al paciente a otro médico cuando el cuadro clínico rebase los límites de su especialidad.
- d) No ensayar nuevos medicamentos ni métodos diagnósticos o terapéuticos sin el consentimiento del paciente o de sus representantes.”⁶¹

⁶¹ Navarro Batres. **Ob. Cit**; pág. 88, 89.

Responsabilidad penal: Las principales situaciones de responsabilidad penal por parte del médico son: cuando actúa como hombre, fuera de su profesión y cuando comete delitos tales que por su naturaleza únicamente como médico puede cometer. Siempre que se infringe el derecho de una manera intencional, dolosa se comete un crimen. El médico que escudándose en las funciones propias de su profesión, lleva a cabo dolosamente por mera inclinación a la maldad, perversidad, un acto contrario al orden legal, habrá cometido uno de tantos delitos sancionados por las leyes penales. Su responsabilidad quedará establecida de acuerdo con dichas normas.

En la actualidad, la complejidad de la ciencia médica hace imperioso que las prestaciones médicas se realicen en forma colectiva, ello deriva en la presencia de varios involucrados, lo que a su vez redundará –en caso se generen daños al paciente- en la necesidad de determinar quién o quiénes son responsables. Si bien el primer involucrado resulta ser el propio médico, aparecen en el escenario otros actores: especialistas, grupos de médicos que trabajan en equipo y auxiliares.

Los tipos de responsabilidades que pueden presentarse en relación al número de sujetos intervinientes en el acto médico son:

1. “Directa: propia del cirujano y los miembros de su equipo con autonomía científica (ej. anestesista).
2. Compartida: recae sobre varios miembros del equipo quirúrgico.

3. Colectiva: no puede individualizarse al responsable final.
4. Solidaria: corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico (ej. enfermera)
5. Concurrente: recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir las normas que les corresponden para atender la salud.”⁶²

Cuando se realizan intervenciones quirúrgicas hay muchos sujetos involucrados. Así tenemos al cirujano jefe del equipo; médicos asistentes de éste (por tanto en relación de subordinación); otros médicos que concurren (no subordinados); anestesistas u otros profesionales que tienen un trato tan directo con el paciente que incluso podría pensarse que existe un contrato tácito con ellos, o que en efecto pueden contratar con los mismos; enfermeras (os) que suelen ser proporcionados por el centro hospitalario y que por ello no están en relación de subordinación con el médico.

En el supuesto que no fuera posible individualizar al responsable cabrían dos alternativas. Si se contrató con el jefe del equipo éste sería el responsable. En cambio, si se contrató con cada uno de los integrantes, se presume que la responsabilidad es de todos ellos por regla general, salvo que alguno se exonere mediante una prueba de descargo.

En el caso que exista un jefe de equipo, se consagra una responsabilidad pasiva, lo cual implica que este será responsable por los hechos de sus dependientes. Responderá solidariamente pues debió velar porque ellos actúen dentro de los límites de su autorización.

⁶² Càceres Freyre. **Ob. Cit.**

Según Díez Picazo esta solidaridad descansa en la idea de garantía. Sólo podrá eximirse de la responsabilidad si demostrara la interrupción en el nexo causal o si faltaran requisitos de procedencia de esa responsabilidad. Estos requisitos serían que exista la relación de dependencia y que el acto se haya ejecutado en ejercicio de la relación de dependencia propia del dependiente. Así existen dos deudas distintas: la del médico y la del auxiliar, que se fusionan en la solidaridad legal para beneficio del acreedor (paciente).

A pesar de lo expuesto, la ponente es de la opinión, que sí el dependiente fuera más allá del encargo y no hubiera sido posible la supervisión, podría no aplicarse esta solidaridad.

Si se dieran relaciones contractuales separadas con el jefe y cada miembro del equipo, cada profesional se obligaría por separado. Solo respondería el jefe en caso de impartir instrucciones erradas.

De igual manera puede presentarse el caso cuando el paciente es atendido no por un equipo sino por médicos especialistas en diferentes ramas pueden ocurrir dos cosas. Que se individualice al responsable, en cuyo caso éste responderá, o que la prueba fuera imposible, debiendo en principio responder todos en forma mancomunada. Decimos en principio, pues desde nuestro punto de vista no debe asumirse inicialmente que todos son responsables, no debe atribuirse una responsabilidad objetiva a los integrantes, sino una de tipo subjetivo. Así, en la medida que cada uno demuestre haber obrado en forma diligente se eximiría de responsabilidad. Lo contrario supondría exigir a los profesionales un resultado, lo que como se ha señalado anteriormente no es concebible.

También suele presentarse el caso del paciente que acude en busca de servicios médicos aun hospital público o privado, en este caso se está frente responsabilidades distintas: por un lado la del médico y su personal y por otro el de la institución. Pues se presentan varias relaciones contractuales, siendo necesario analizar primeramente cómo se configuran dichas relaciones. Pues no se duda que la institución que presta el servicio será responsable en la medida en que sea ésta quien contrató con el paciente, en cambio si se contrató con el médico lo cual en el medio guatemalteco suele suceder aunque éste utilice las instalaciones de la clínica, sólo él será el responsable. A pesar de ello, si en este supuesto la clínica eligió a los auxiliares también será responsable, pues existe un deber de seguridad de su parte en cuanto al personal suministrado.

Al referirnos a la responsabilidad del hospital, clínica o de la institución que presto los servicios médicos, surgen otras posibilidades de responsabilidad en este caso. “Habría que preguntarse si existe responsabilidad del Estado al omitir poner a disposición del paciente, a través del médico, los medios necesarios para evitar los daños. Tal vez esta posibilidad tenga acogida en países desarrollados en los que el Estado suele dotar a los hospitales de todo el material necesario para la prestación del servicio de salud. En cambio, en naciones pobres como la nuestra ello no ocurre por falta de recursos, por lo que la posibilidad que los tribunales determinen que el Estado es responsable, resulta bastante remota. Sin embargo, en este supuesto resulta del todo válida la pregunta acerca de si los médicos que trabajan bajo estas condiciones son responsables por mala praxis. Pensamos que la respuesta sería negativa ya que no estaríamos frente a un ejercicio errado o una práctica sin habilidad, siempre que el

profesional haya utilizado todas las herramientas que tuvo a su disposición para afrontar el caso y lo haya hecho en forma diligente.”⁶³

3.4 Daños y perjuicios

Cuando el sujeto obligado no cumple su obligación en la forma y términos que fueron pactados o en la forma que la Ley lo ha estipulado puede afirmarse que hay incumplimiento y, en esa virtud, el destinatario de la norma o del contrato a cuyo favor se estableció la obligación tiene el Derecho de obtener una suma de dinero equivalente a la ventaja que le hubiera procurado el cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, que lo indemnice del perjuicio que le ha ocasionado dicho incumplimiento. Tal indemnización encierra lo que se ha denominado daños y perjuicios.

Previo a continuar con la exposición del tema se estima conveniente definir que se entiende por daños y perjuicios. “Doctrinariamente el daño es el detrimento, menoscabo, dolor, molestia, maltrato de una cosa causado por modo directo. El mal producido en las personas o en las cosas, causado por modo directo. ” ⁶⁴ Es decir que debe entenderse por daño el mal producido en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas.

Ahora bien ¿Cómo se debe apreciar? ¿En un sentido objetivo o subjetivo? La doctrina sostenía que un daño indemnizable se debe apreciar en un sentido objetivo; es decir, el valor que el objeto tenga para todos; el Premium común, pero un análisis más profundo hizo ver que las cosas objeto del daño no se encuentra en realidad aislada, sino conectada con otras

⁶³ **Ibid.**

⁶⁴ Vásquez Ortiz. **Ob. Cit;** pág. 98.

dentro del patrimonio; y, ciertamente, el menoscabo sufrido en ella repercute o puede repercutir sobre las demás, por lo cual la desvalorización de los otros puestos en conexión. Es decir que el valor no es otro que el interés del perjudicado.

Este criterio inspira el Código Civil, guatemalteco pues en el Artículo 1646, dispone que el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que haya causado, es decir que no solo comprende el valor de la pérdida sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

“Por perjuicio se entiende la privación de cualquier utilidad lícita que debiera haberse obtenido. (...)”⁶⁵ Otros autores lo conceptualizan como “el lucro verdadero dejado de percibir.”⁶⁶ Fischer, citado por Puig Peña debido a la vaguedad del concepto expone los siguientes criterios para establecerlo, Así, dice que existirá indudablemente lucro frustrado en los siguientes supuestos:

- a) “Cuando para alcanzar las ganancias no se considere necesario que el perjudicado realice acto alguno; como, por ejemplo, el vendedor, por razón de insolvencia de la que él mismo es culpable, no entrega al comprador el solar vendido, el cual aumenta considerablemente de valor al quedar incluido en el trazado de nuevas calles.
- b) Cuando para realizar las ganancias hubiera bastado una simple aceptación o el incumplimiento de una condición potestativa, pues no hay porque suponer que el perjudicado hubiera desperdiciado tan fácil ocasión.

⁶⁵ González, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. Pág. 148

⁶⁶ Mazeud Henri. **Ob. Cit**; pàg. 123

- c) Cuando las adquisiciones que hubiera hecho el perjudicado no eran más que consecuencia del despliegue de la diligencia moral y común. Esta regla tiene cierto matiz objetivo ya que se hace independiente de las circunstancias de que el perjudicado sea o no una persona particularmente diligente y puede operar aún en contra del mismo perjudicado, pues no puede admitirse la probabilidad de ganancias resultantes de actos que normalmente acarean perjuicios y que, por tanto, toda persona inteligente tiende a evitar.”⁶⁷

En relación a los daños y perjuicios civiles derivados de la responsabilidad penal explica el licenciado de Mata Vela lo siguiente: “La ley no explica nada más, desde el punto de vista técnico (strictu sensu) el perjuicio se identifica con la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena, culposa o dolosa; se diferencia del daño porque éste es el que recae directamente sobre el bien patrimonial (el deterioro) mientras del perjuicio deviene precisamente de ese daño causado sobre los mismos, y el perjuicio es el que sufren los propietarios a causa del daño, de tal manera que las responsabilidades civiles deben cubrir los daños y perjuicios que sufren el sujeto pasivo y ofendido en el delito.”⁶⁸

El Artículo 122 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República establece que: “En cuanto a lo no previsto, se aplicarán las disposiciones que sobre la materia contiene el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil. “

⁶⁷ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho Civil**. Pág. 176

⁶⁸ **Ob. Cit.** Pág. 386

3.4.1 Clasificación del daño

El daño se clasifica en daño patrimonial y no patrimonial.

3.4.1.1. El daño patrimonial

Se subdivide en: a) Material strito sensu, b) emergente: damnun emergens, c) Lucro cesante: lucrum cessans

El daño material es reconocido expresamente por el Código Penal en el Artículo 121 el cual regula: “(Reparación del daño material). La reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el e afección del agraviado si constare o pudiere apreciarse”

El daño emergente es la disminución que ocasiona en el patrimonio el daño material o corporal sufrido por la víctima, es decir, al reclamo de las cantidades invertidas en la reparación de algo.

El lucro cesante en cambio, está representado por la imposibilidad de incrementar el patrimonio (carencia de patrimonio), como consecuencia del daño sufrido. Es el caso de un paciente que a raíz de una sobredosis de anestesia queda en estado vegetativo, lo cual obviamente le ocasiona incapacidad total y permanente para el trabajo, situación que le

impide seguir obtener ingresos monetarios o lo que es lo mismo, mejorar o incrementar su patrimonio.

3.4.1.2 El daño no patrimonial

Se divide también en daño moral y daño corporal

El daño moral es conceptualizado como: “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”⁶⁹

Asimismo es definido como: “Todo menoscabo de un bien no patrimonial a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.”⁷⁰

El doctor. Alejandro Pietri, citado por Edwin Corredor y Maria Alejandra Cabeza en referencia a la clasificación del daño comenta: “(...) daño moral es, por exclusión, el daño no patrimonial... o que cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no lesión material en los

⁶⁹ Fueyo Laneri, Fernando **Instituciones de derecho civil moderno**. Pág. 684

⁷⁰ Domínguez Hidalgo, Carmen. **La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado**. Pág. 43

mismos, causa una perturbación anímica en su titular... El daño moral es, pues, daño espiritual, daño inferido en los derechos de la estricta espiritualidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material o económica... no excluye la circunstancia de que el daño moral pueda originarse... unido o como consecuencia de ofensas o daños causados en los bienes patrimoniales o económicos del ofendido... caben en él todos (los daños) los que pertenecen a esferas tan distantes como la vida, el honor, la libertad, el crédito, la capacidad o aptitud profesional, el afecto que una persona pueda sentir por otras personas, vivas o muertas, o por las cosas, etc.... Atendiendo a sus efectos podemos... considerar la existencia de dos clases de daños morales: los susceptibles de estimación pecuniaria, por producir una pérdida real, una disminución en el patrimonio de una persona o una disminución en sus ingresos o en el ritmo de los mismos, y los morales **strito sensu**, es decir, aquellos en que la afección no sale del campo de lo estrictamente espiritual, moral del sujeto, no siendo susceptibles de valoración económicas...”.⁷¹

Atinente a lo expuesto por el autor citado la legislación civil en el Artículo 1656 establece: “En caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará e proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron.”

Explica también el citado autor, que cuando la reposición al estado anterior al daño es posible, es lógico imponer al autor del daño, que realice la reposición: “Es el caso de ofensas inferidas

⁷¹Corredor Rincon, Edwin y Cabeza, María Alejandra. **La responsabilidad patronal frente a los accidentes en el trabajo.** <<http://www2.scielo.org>. (02-10-2008).

a la reputación de una persona, como consecuencia de las cuales resulta disminuida para los demás, si mediante una retractación pública de las afirmaciones ofensivas se consigue la devolución de dicha reputación, aparte de la pena que pudiera corresponder”.⁷²

En cuanto al daño corporal se dice que el concepto resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica. El cual es definido como: “cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana.”

73

Por su parte Hernández Cueto, citado por Bartolomé Marin, lo define como “las consecuencias que un suceso traumático determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona”. Agrega el citado autor que “Cuando el suceso traumático es atribuible a un tercero, éste está obligado a responder de dichas consecuencias, sean de orden penal, civil, laboral o contencioso administrativo.”⁷⁴

La sustentante es del criterio que la legislación guatemalteca es congruente con la clasificación del daño no patrimonial que hace la doctrina y con las definiciones que los

⁷² **Ibid**

⁷³ Bartolome Marin, José Luis. **Valoración del daño corporal en fisioterapia**. Pág. 56

⁷⁴ **Ibid.**

estudiosos han formulado en relación al daño corporal pues regula en el Artículo 1655 del Decreto Ley Número 106: “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 que resulten de 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; y
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 muerte los herederos de la víctima, o las personas que tenían Derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar, explica el doctor Bartolome Marín que: “La reparación del daño personal significa el resarcimiento íntegro, esto es, de todos los daños y perjuicios sufridos.”⁷⁵

En conclusión es menester añadir que atendiendo al ordenamiento jurídico vigente, existen algunas posibilidades de orden jurídico que pueden disminuir o anular las consecuencias dañosas de la acción de responsabilidad, tales como: “Seguro médico: permite trasladar el

⁷⁵ Bartolomé Marín. **Ob. Cit;** pág. 57

resarcimiento en caso de responsabilidad. Sometimiento a arbitraje a fin de evitar el proceso judicial. Ello implica solucionar la controversia en forma más rápida, a través de un procedimiento de carácter privado que se funda en el deber de secreto profesional de los árbitros. Además elimina la posibilidad que el médico vea perjudicado su prestigio por transacciones extrajudiciales. Junto a estas dos últimas posibilidades de orden jurídico caben otras de carácter profesional, como la actualización de conocimientos, protocolización de historias clínicas y cumplimiento riguroso del deber de información verbal y escrito.”⁷⁶

⁷⁶ Cáceres Freyre. **Ob. Cit.**

CAPÍTULO IV

4. La mala práctica médica y su realidad

Conviene precisar aquí que en los capítulos precedentes se reseñan conceptos y definiciones de mala práctica médica, historia clínica generalmente desde un punto de vista clínico pues los mismos son expuestos por profesionales sanitarios en virtud de que tal y como señala la Doctora Susana Gabriela Pérez, médica clínica con experiencia en informática médica, la mala praxis “No se define por la opinión del paciente o de sus familiares y amigos, y que tampoco puede definirse por la opinión del juez que participa del caso, cuya misión es definir la culpabilidad de la mala praxis y la magnitud del resarcimiento del perjudicado.”

En tal sentido luego de haber descrito la problemática y sus aspectos circundantes así como sus consecuencias jurídicas, la ponente fiel creyente de que un problema no basta su definición para comprenderlo, sino es necesario contrastarlo con la realidad para solucionarlo en este capítulo se propone ilustrar la necesidad de su regulación, el conocimiento e interés de la población y opinión de los profesionales sanitarios en relación al tema con fundamento en las encuestas formuladas a la población y a las principales teorías expuestas en relación al tema.

4.1. La población en general y la mala práctica médica

A efecto de determinar socialmente cuales son las causas que fomentan la mala

práctica médica y el impacto que produce la ausencia de regulación legal sobre el tema, se realizó una pequeña investigación de campo en el Municipio de Escuintla departamento de Escuintla el cual fue el área geográfica elegida para desarrollar la presente investigación, se encuestó a cincuenta personas entre ellos hombres y mujeres del referido municipio quienes oscilaban aproximadamente entre las edades de treinta a cuarenta y cinco años de edad y dijeron, desempeñaban en ocupaciones varias.

Del total de personas encuestadas el 86% dijeron no saber que era mala práctica médica, asimismo del total de la muestra un 90 % señalo no saber que es la historia clínica y cual es su contenido, de igual manera a dicho grupo se les preguntó si tenían conocimiento de algún caso de mala práctica médica ocurrido en localidad, respondiendo a dicho cuestionamiento un 99 % que no, y solamente una persona respondió que sí,” que se trataba de un niño, pero que no deseaba revelarlo, porque la violencia engendra más violencia y que aunque la familia sabía de lo ocurrido por temor no habían querido hacer nada, sino lo habían confiado a la justicia divina. “

Se considera que dicha actitud merece un comentario, puesto que el deseo de no provocar más violencia es loable en cualquier persona, pero en opinión de la ponente ese deseo tiene un límite marcado por la obligación que tienen todos los seres humanos de no permanecer ajenos al conocimiento de un hecho delictivo que atenta contra la vida de una persona y mucho más en el caso de un menor cuyo deber era de los padres del mismo, al omitir la denuncia y permanecer como espectador ante un hecho de presunta mala práctica quien lo hace está permitiendo que la vida de otro ser humano se encuentre en peligro. ¿Pues de que otra manera puede corregirse tal actitud en caso de existir?, la ponente es de al convicción

que callar u omitir la denuncia de presunta mala práctica no ayuda a nuestros semejantes y por el contrario los expone a la concurrencia de dicho hecho o acto el cual puede tener consecuencias fatales,

Al grupo de la muestra se les preguntó: ¿Si usted se encontrara frente a un caso de presunta mala práctica cometido en contra de su familia lo denunciaría?, un 58 % contestó que sí y un 42 % manifestó que no, exponiendo diversas razones, como por ejemplo: “ En Guatemala, no se castiga a los delincuentes menos a un medico”, “aquí no se castiga, nada”, “los galenos siempre van a negarlo”, “nunca se ha visto que encarcelen a un medico por eso”, “Yo no lo haría porque no tengo dinero para ello”, “Los médicos, los jueces y los abogados son iguales todos tienen precio”, “Si supiera que de alguna manera va a cambiar algo yo lo haría pero como se que no, no”, “ Yo no lo haría porque aquí todos se conocen y yo llevaría las de perder.” “Cuando se pierde un ser querido el dolor es muy grande y no quedan fuerzas para ello”, “Si al denunciar las cosas volvieran a su estado anterior, yo lo haría”, “Es muy difícil probar que un mal se produjo por culpa de un medico”.

De las respuestas externadas por la población precisa resaltar las siguientes: a) la que señala que en Guatemala nunca se ha visto que encarcelen a un médico; por eso, refiriéndose a la mala práctica médica, en mi opinión la persona que lo externo tiene razón, pues de los casos ilustrados en el presente trabajo en ninguno se señala que los responsables hayan sido sancionados con pena de prisión y mucho menos que hayan sido inhabilitados para el ejercicio de la medicina, pues en su generalidad únicamente las instituciones en la que los médicos han prestado sus servicios han sido condenadas al pago de los daños y perjuicios ocasionados. B) Igualmente precisa comentario lo externado por la población en cuanto a la

falta de recursos económicos para denunciar un presunto caso de mala práctica médica, pues para iniciar un proceso de este tipo han de sortearse una serie de dificultades iniciando porque no está tipificada dicha conducta, en tal caso si el agraviado está vivo, dicha conducta muy probablemente habrá de encuadrarse en los delitos en contra de la salud o delito de lesiones leves, graves o gravísimas atendiendo a la magnitud de la lesión causada.

Si la conducta del profesional sanitario encuadrare en el delito de lesiones, el factor económico en mi opinión es importante, pues en este caso la acción es pública dependiente de instancia particular, lo que significa que el particular agraviado tendrá que asesorarse adecuadamente por varios profesionales de la medicina y profesionales del derecho para evaluar si la acción que pretende entablar es viable, desde el punto de vista médico legal, es decir si existen elementos suficientes para probar que el daño causado es derivado de la ejecución del acto médico, asimismo para demostrar el dolo o la culpa concurrente en el acto lo cual solamente podrá hacerse con la asesoría de un médico con experiencia en la especialidad respectiva.

En el peor de los casos cuando el agraviado ha sido privado de la vida a raíz de un presunto acto médico mal ejecutado, el factor económico no deja de ser determinante pues si bien es cierto, en caso de homicidio la acción pública corresponde al Ministerio Público, ello no significa que el conyugue, los padres o los hijos de la víctima del presunto delito, si quisieran adherirse a la acción penal y desempeñar adecuadamente su función como querellantes adhesivos puedan prescindir de la asesoría de profesionales de la medicina y del derecho, a efecto de probar la aplicación de tratamientos médicos-quirúrgicos obsoletos, erróneos o apartados de los protocolos y cánones establecidos por el conjunto de las mejores prácticas universalmente aceptadas para ello.

Como se puede observar las personas encuestadas, a pesar de que la Constitución Política de la Republica de Guatemala garantiza el derecho a la vida y a la salud, manifiestan sentirse indefensas en contra de los ataques al cuerpo o a la mente de que puedan ser victimas con ocasión de un acto medico, tal indefensión se deriva de aspectos tales como desconfianza en el sistema de justicia, ausencia de legislación adecuada, desconocimiento de los derechos y obligaciones que se derivan de la relación médico paciente y falta de recursos económicos.

4.2 Los profesionales sanitarios y la mala práctica médica

Con el objeto de establecer con mayor precisión las causas que originan la mala práctica médica y como la ausencia de regulación legal sobre el tema, la fomenta. También se hizo el mejor esfuerzo por entrevistar a varios profesionales sanitarios de diferentes especialidades, cuyos consultorios se encuentran ubicados en el municipio de Escuintla dentro de ellos, un odontólogo, dos ginecólogos, un médico general, una pediatra y un oftalmólogo.

Precisa aclarar porque al inicio de este párrafo se manifiesta “ se hizo el mejor esfuerzo por entrevistar”, pues bien, resulta que la mayoría de los profesionales sanitarios atienden en los consultorios solamente determinado número de horas y durante dicho lapso de tiempo ellos no hacen casi ninguna otra cosa que atender a los pacientes y visitantes médicos que generalmente ya les esperan, por lo que lograr una pequeña entrevista generalmente lleva de tres a cuatro horas de espera y luego la presentación de la razón que motiva el presente trabajo, ellos se muestran renuentes a abordar el tema, pues su actitud, demuestra que sienten como una intromisión de parte del entrevistador en sus quehaceres, la ponente siempre les explico la importancia y utilidad para el médico de la comprensión del fenómeno y

de la necesidad de tomar medidas para su prevención, a fin de evitar los reclamos y demandas judiciales justificadas o no, empero ellos resguardándose bajo la ética médica, muy gentilmente manifestaron no poder revelar datos de sus pacientes.

4.3 El vacío de ley en cuanto a la regulación de la mala práctica médica en la ley penal

Cada vez que los medios de comunicación dan a conocer un caso que bien podría encuadrarse dentro de los conceptos de mala práctica médica, los diferentes sectores de la sociedad se pronuncian en relación a la laguna de ley existente en la ley penal, a la parquedad con que dicho tema es tratado en el ordenamiento jurídico guatemalteco y a la necesidad de sancionar dicha práctica y la obligación de los responsables de resarcir os daños causados, pero hasta el día de hoy, a pesar de la importancia que este reviste para cualquier ciudadano tal cuestión, pues ninguno se encuentra exento de ser víctima, nada se ha hecho al respecto.

En relación a las lagunas o vacíos de ley se discute vivamente en la doctrina si el ordenamiento jurídico presenta lagunas o no, pues existen quienes afirman que “la cuestión esta relacionada con la interpretación, porque si existen lagunas, el interprete deberá colmarlas con el procedimiento analógico (interpretación en sentido amplio). se afirma la existencia de lagunas alegando que, para el legislador es imposible preveer todos los casos que la realidad presenta y los que va creando la vida, por lo que el interprete agotados los medios interpretativos ordinarios, se encontrará a veces con que no puede suministrarle la ley solución para tales casos.

En contra de tal planteamiento, el jurista español Espin Canovas explica: “se observa que el ordenamiento jurídico forma en si un todo cerrado, sin espacios vacíos en virtud de su fuerza expansiva, ya que tiene horror al vacío; las relaciones no reguladas por la ley se someten a ella en virtud de los principios generales que la informan; por esto dicen los partidarios de esta teoría denominada de la plenitud de ordenamiento jurídico que si existen lagunas no están en el Derecho sino en el interprete el cual no ha sabido hallar el principio correspondiente; otros partidarios de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico niegan la existencia de lagunas afirmando que existe una norma general que comprende negativamente los casos no previstos.”⁷⁷

El referido autor continua señalando que: “En realidad no se puede desconocer que hay casos para los que la ley no presenta solución y en este sentido cabe hablar de lagunas, pero es inexacto creer que estas lagunas que presenta la ley no pueden llenarse con otras normas jurídicas extrapositivas; por eso, en su conjunto el ordenamiento jurídico no presenta lagunas, no por la pretendida norma general negativa, sino porque los casos no resueltos en la ley encuentran solución en normas extrapositivas que sirven de fundamento al propio derecho positivo y a las cuales tiene que acudir el intérprete cabe hablar, por tanto, de lagunas de la ley pero no de lagunas de derecho.”

Es decir que con fundamento en lo expuesto puede afirmarse que en el caso de la mala práctica médica, lo que existe es una laguna de ley en el ordenamiento penal por no encontrarse regulada de manera específica.

⁷⁷ Manual de derecho civil Español. Pág. 155

“La doctrina señala diversos tipos o formas de producirse las lagunas. Así Enneccerus señala lo siguiente: 1) la ley da solo una orientación general, remitiéndose a conceptos que el Juez debe investigar en cada caso (la equidad, la buena fe, lo justo, etc.) 2) la ley no da ninguna solución ya intencionadamente porque el problema aún no estaba maduro para solución, o involuntariamente porque no ha previsto la cuestión; 3) se produce también una laguna cuando dos leyes sin preferencia entre si, se contradicen haciéndose ineficaces y 4) hay laguna cuando una ley es inaplicable por comprender casos que el legislador no habría ordenado de haberlos conocido.”

En cuanto a la forma de producirse la laguna de ley que aquí se señala, es posible afirmar, que esta se origina en el segundo presupuesto, antes expuesto porque la ley penal no da un solución específica al problema de la mala práctica médica y evita su tratamiento, pues el mismo no era potencial en el momento de su creación.

Encontrar una solución adecuada a la problemática de la ausencia de regulación de la mala práctica médica, plantea un problema más, pues en dicho caso no puede resolverse por vía de interpretación en sentido amplio o analógicamente ya que tal procedimiento se encuentra expresamente prohibido, en el Artículo siete del Decreto 17-73 del Congreso de la Republica. el cual establece. “(Exclusión de la analogía), Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

Es decir que a efecto de que el derecho a la vida y la salud sean efectivamente protegidos, y los hechos o actos que configuren mala práctica médica puedan ser prohibidos y sancionados por dicho ordenamiento y de esa manera buscar para los responsables la aplicación de una pena estos deben estar expresamente regulados por el Estado a través del procedimiento de creación de ley respectivo.

Pues actualmente como la responsabilidad penal no está contemplada como delito, la responsabilidad que nace de los hechos que configuran mala práctica médica, carecen de fundamento para la aplicación de una pena y solamente originan la obligación de indemnizar al otro por los daños y perjuicios causados.

4.4 Propuesta de solución

Es de conocimiento público el colapso que el sistema de salud actualmente padece afectando a todos sus integrantes. El excesivo cuestionamiento a la actividad médica, el desmesurado crecimiento de las acciones judiciales originadas por responsabilidad profesional han puesto en evidencia la necesidad de regular la mala práctica médica, en tal sentido como aporte de la ponente se propone la siguiente reforma por adición al Código Penal de la siguiente manera:

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona que su fin supremo es la realización del bien común, de igual manera debe garantizarles a los habitantes de la república la vida, la salud e integridad física psíquica y moral de la persona.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República reconoce que el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano sin discriminación alguna, y obliga al Estado a velar por la misma, desarrollando a través de sus instituciones acciones de prevención, promoción, recuperación y rehabilitación, a fin de procurarles a los habitantes el más completo bienestar físico, mental y social, reconociendo, asimismo, que la salud de los habitantes de la Nación es un bien público.

CONSIDERANDO:

Que para el logro de tan loables fines se hace necesaria la inclusión de nuevas normas que regulen de forma adecuada el ejercicio de la medicina .y la participación del personal inmerso en dichos actos.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente

REFORMA POR ADICIÓN DEL ARTÍCULO 151 BIS y 151 TER DEL CÓDIGO PENAL, DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

ARTÍCULO 1 “MALA PRÁCTICA MÉDICA. ARTÍCULO 151 BIS: Quien por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte. Será sancionado con prisión de quince a cuarenta años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales.

ARTICULO 151 TER: Se impondrá prisión de uno a tres años o multa de seis mil a quince mil quetzales e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, expusiere a otro al contagio de enfermedad o causare daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 146,147, 148, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de diez mil quetzales e inhabilitación especial por dieciocho meses.”

ARTÍCULO 2. El presente decreto entrará en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIÓN DEL ORGANISMO EJECUTIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA,
A LOS DÍAS DEL MES DE DE DOS MIL NUEVE.

CONCLUSIONES

1. La población en general independientemente de su edad, ocupación, género, estado civil u otra condición no conoce con precisión el concepto o definición de mala práctica médica, así como los hechos o actos que pueden ser constitutivos de tal noción.
2. El Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, contiene escasas disposiciones atinentes a la historia clínica y los profesionales encargados de su elaboración la escriben de manera poco inteligible para cualquier otra persona ajena a la profesión sanitaria.
3. De conformidad con el ordenamiento legal guatemalteco, los actos constitutivos de mala práctica médica no generan responsabilidad penal sino únicamente responsabilidad civil.
4. En Guatemala cualquier decisión equivocada, ausencia de tratamiento adecuado, no aplicación o mala aplicación de un tratamiento médico-quirúrgico por parte de los profesionales sanitarios, en el cuerpo de un paciente, no puede ser sancionado penalmente pues no es un hecho constitutivo de delito.
5. Los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en hospitales públicos o privados, con carencias de materiales necesarios para la prestación del servicio se encuentran generalmente más expuestos a la ejecución de actos constitutivos de mala práctica médica.

RECOMENDACIONES

1. El Estado a través del Ministerio de Salud, debe promover campañas dirigidas a la población en general, que tengan por objeto informar qué actos pueden ser constitutivos de mala práctica médica y cómo proceder frente a ello.
2. El Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, debe a través de circulares ampliar las disposiciones atinentes a la historia clínica a efecto de que ésta sea redactada de manera legible y de fácil comprensión para cualquier persona.
3. El Congreso de la República debe promover una iniciativa de ley que reforme el Código Penal a efecto de que los actos que configuren mala práctica médica, no generen solamente responsabilidad civil sino también responsabilidad penal.
4. El Estado de Guatemala, en tanto no se legisle la mala práctica médica en la ley penal, debe crear políticas dirigidas a prevenir por parte de los profesionales médicos, la aplicación o falta de aplicación de tratamientos médico-quirúrgicos adecuados, en el cuerpo de un paciente.
5. Las instituciones públicas o privadas que prestan servicios médicos a efecto de evitar incurrir en responsabilidades deben proporcionar al personal que labora en dichas entidades los materiales adecuados y necesarios para la ejecución de las labores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. **La responsabilidad extracontractual en el derecho civil**. Santiago de Chile: Ed. Imprenta Universal, 1981.
- ALVAREZ GALINDO. Hector Leonel. **La mala práctica causa de muerte**. Boletín informativo de huehuetenango. No. 41 del 29 de junio al 5 de julio 2003. Guatemala, C.A.
- ANDREA GONZALEZ, Gilberto Antonio, y DE LEON ALONSO DE ANDREA. Emilia. **Mala praxis médica: Concepto & consecuencias**. <http://andreadeleon.blogspot.com>.
- BARTOLOME MARIN. José Luis. **Valoración del daño corporal en fisioterapia**. 2005.
- CÀCERES FREYRE. Franklin. **Apuntes sobre la mala práctica médica**. estrobles@terra.Com. pe.
- CORREDOR RINCON, Edwin y CABEZA, María Alejandra. **La responsabilidad patronal frente a los accidentes en el trabajo**. <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php1315-36> ISSN 1315-3617.
- CRIADO DEL RIO, María Teresa. **Aspectos medico-legales de la historia clínica**. Coles Madrid, 1999.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela **Derecho penal guatemalteco**. Parte general y Parte Especial. 13ª.ed.; corregida y actualizada; Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. **El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina**, Ed. Jurídica de Chile, 1997.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. **La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado**. Revista Chilena de Derecho, Vol. 25.
- ESPAT GODOY, Shajida Beatriz. **La negligencia médica y su necesidad de tipificación en el Código Penal**. Universidad Francisco Marroquín Facultad De Derecho Guatemala, 1993
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español. Parte General** Vol. 1. 5a. ed. revisada y ampliada, Editoriales de Derecho Unidas. España 1975

FUEYO LANERI, Fernando. **Instituciones de derecho civil moderno**. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1990.

GINOCCHIO REYES, Luis Felipe. **Negligencia médica**. www. Monografías.com

LAÍN ENTRALGO, P. **La historia clínica**. 3ª ed. Madrid: Tricastela, 1998.

LINCOLN MAYLLE, Antaurco. **Què es mala práctica médica**. <http://www.lincolnmaylleantaurco.blogspot.com>.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. **La responsabilidad civil extracontractual en Colombia**. 4ª ed. Medellín: Ed. Biblioteca jurídica Diké, 1988.

MAZEAUD, HENRI. León, Jean. **Lecciones de derecho civil**. 2ª .Parte, v. II. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

MÉNDEZ ARAUZ DE CAMPOLLO, Carmen Aída. **La mala práctica médica en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y sus consecuencias jurídicas**, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Mayo 1997.

NAVARRO BATRES, Tomas Baudilio. **Medicina Legal**. USAC. 2005

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.

ORDOQUI, Gustavo y OLIVIERA, Ricardo. **Derecho extracontractual. Compendio de responsabilidad extracontractual**. Vol. 2. Montevideo: Ed. Jurídicas Amalio M. Fernández, 1974.

PEREZ, Susana Gabriela. **Malapràctica médica**. www. Enplenitud.com.ar.

RABY, Carlos Alonso. **La responsabilidad profesional del mèdico**. Info,@.ama.med. com

REYNOSO, Conie. **Acusan a médico de mala práctica médica**. Prensa libre. Pàgina 9. (7 de septiembre, 2005).

REVOLORIO, Julio. **La Corte de Constitucionalidad ordenó al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a pagar tres y medio millones de quetzales a una mujer infectada de sida por una transfusión**. El Periódico. Pàgina 17 (21 de abril 2009)

RODRÍGUEZ ALMADA H: **Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención.** Rev Med Uruguay 2001.

VASQUEZ ORTIZ, Carlos. **Derecho civil III. Obligaciones I,** (s.e). (s.E.).

VÁZQUEZ FERREYRA, R. **Historia clínica. Problemas jurídicos. In: Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina.** Buenos Aires: Hammurabi, 1992

Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley 106, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Código Penal, Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala. 1973.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92, del Congreso de la República de Guatemala. 1992.