

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INTERCONTINENTAL  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**MALA PRAXIS EN EL CAMPO DE LA MEDICINA**

**Susana Estefanía Bareiro Galeano**

**Tutora: Dra. Teresita Sánchez Noguera**

**Trabajo de Conclusión de Carrera presentado en la Universidad Tecnológica  
Intercontinental como requisito parcial para la obtención de título de Abogada**

**Asunción, 2022**

## **CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE TUTORÍA**

Quien suscribe, **PROFESORA DRA. TERESITA SÁNCHEZ NOGUERA** con documento: Cédula de Identidad Civil N° **1.336.639** Tutora del Trabajo de Investigación titulado: “**MALA PRAXIS EN EL CAMPO DE LA MEDICINA**”, elaborado por la estudiante: **SUSANA ESTEFANÍA BAREIRO GALEANO** con documento: Cédula de Identidad Civil N° **4.262.324** para la Obtención del Título de Abogada, hace constar que dicho trabajo reúne los requisitos exigidos por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; **UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INTERCONTINENTAL U.T.I.C** y puede ser sometido a evaluación y presentarse ante los docentes que fueren designados para integrar la mesa examinadora.

En la ciudad de Asunción, a los 20 días del mes de Octubre del año 2022.

.....  
**PROF. DRA. TERESITA SÁNCHEZ NOGUERA**  
**TUTORA**

### **Dedicatoria**

En este pequeño apartado textual, pero que encierra gran parte de lo que expresa mi corazón, me ocupa la necesidad de dedicar esta tarea investigativa con inmenso amor y gratitud a los promotores de mi fuerza, esperanza, de mi realización personal y objetivos de vida, mis amados padres: Osmar Bareiro, mi padre y María Susana Galeano De Bareiro, representan para mí un pilar fundamental para seguir adelante.

A mis humanos más especiales, mis hermanos mayores, Francisco Gabriel Bareiro y Eladio Osmar Bareiro, alicientes y razón de mi orgullo de ser.

Con el sentimiento de felicidad más honesto que aflora de mí, entrego a cada uno de ellos este peldaño tan anhelado que he alcanzado en mi vida, por ustedes y gracias a ustedes. Los amo.

### **Agradecimiento**

Con el alma llena de gratitud quiero mencionar a toda mi familia; abuelita, tíos/as, primos y sobrinos, por su respaldo y confianza incondicional, por ser mi centro, mi motivación mi parada y refugio. Gracias por caminar conmigo hasta el logro de esta meta, que hoy es más que preciada por tenerlos ahí para acompañarme a verla realizada y celebrarla conmigo como si fuera suya.

Quiero también agradecer de manera especial a la Universidad Tecnológica Intercontinental y al plantel docente que ésta me brindado; por haberme formado en la Ciencia del Derecho, por transmitirme sus conocimientos, sus innumerables enseñanzas, su incondicionalidad, profesionalismo, paciencia y dedicación en este trasegar académico.

En el trayecto de mi formación tuve la gran fortuna de contar con la colaboración, impulso, guía y direccionamiento de mi Asesora de Tesis: Dra. Teresita Sánchez Noguera, que gracias a su paciencia, capacidad y conocimiento pude llegar a la correcta elaboración y culminación de esta tesis de grado.

En general, a todas las personas que encontré a lo largo de este camino recorrido, por ofrecerme de alguna u otra manera su mano amiga en pos de mi formación.

## Tabla de contenido

|  |           |
|--|-----------|
| Carátula   | i         |
| Constancia de aprobación de tutoría                          | ii        |
| Dedicatoria  | iii       |
| Agradecimiento   | iv        |
| Tabla de contenido   | v         |
| Portada  | 1         |
| Resumen  | 2         |
| <b>Marco introductorio</b>                                   | <b>3</b>  |
| Introducción   | 3         |
| Planteamiento del problema                                   | 7         |
| Preguntas de la investigación                                | 8         |
| Pregunta general   | 8         |
| Preguntas específicas  | 8         |
| Objetivos de la investigación                                | 8         |
| Objetivo general   | 8         |
| Objetivos específicos  | 8         |
| Justificación y viabilidad                                   | 9         |
| <b>Marco teórico</b>   | <b>11</b> |
| Antecedente investigativo                                    | 11        |
| Bases teóricas   | 15        |
| <b>Mala praxis</b>   | <b>15</b> |
| Definición. Análisis terminológico                           | 15        |
| Modalidades  | 19        |
| Naturaleza de la responsabilidad médica                      | 22        |
| La culpa o acción descuidada                                 | 24        |
| Agentes de la salud involucrados y grados de responsabilidad | 25        |
| Situaciones más comunes de negligencia médica                | 26        |
| Especialidades médicas más afectadas                         | 27        |

|   |    |
|---|----|
| <b>Conducta</b>   | 29 |
| Posición de garante de los profesionales de la salud                              | 29 |
| Lex artis médica  | 31 |
| Deontología médica  | 35 |
| Características del acto médico   | 36 |
| <b>Tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis</b>  | 37 |
| El error médico y su diferencia con la mala praxis                                | 37 |
| La previsibilidad en la imprudencia   | 38 |
| Injusto imprudente. Tipo objetivo   | 39 |
| <b>Factores que implican la presentación de denuncias</b>                         | 45 |
| Peligro y daño en la mala praxis médica   | 45 |
| Clases de peligros  | 47 |
| Riesgo permitido  | 49 |
| Riesgo típicamente relevante  | 51 |
| La mala praxis como un delito de omisión  | 53 |
| Vías para canalizar la presentación de las denuncias                              | 54 |
| Relación entre el acto médico, el acto jurídico y el hecho jurídico               | 55 |
| Causas de justificación o de atenuación de la mala praxis                         | 57 |
| Regulación internacional de la mala praxis médica con consecuencias para la salud | 57 |
| Responsabilidad de los centros hospitalarios                                      | 60 |
| <b>Comunicación ética en la relación médico-paciente</b>                          | 64 |
| Derechos de los pacientes   | 64 |
| Deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente           | 65 |
| El consentimiento informado   | 70 |
| Rol del consentimiento en el riesgo permitido                                     | 74 |

|  |    |
|--|----|
| El deber objetivo de cuidado                             | 74 |
| <b>Operacionalización del cuadro de variables</b>        | 81 |
| <b>Marco metodológico</b>                                | 83 |
| Tipo de investigación                                    | 83 |
| Nivel de conocimiento esperado                           | 83 |
| Técnicas e instrumentos de recolección de<br>información | 84 |
| Población  | 84 |
| Diseño de investigación                                  | 84 |
| <b>Marco analítico</b>                                   | 85 |
| <b>Conclusiones</b>                                      | 85 |
| <b>Recomendaciones</b>                                   | 90 |
| <b>Referencias bibliográficas</b>                        | 92 |

**Mala praxis en el campo de la medicina**

**Susana Estefanía Bareiro Galeano**

**Universidad Tecnológica Intercontinental**

Facultad en Derecho y Ciencias Sociales

Carrera de Derecho

susicadi6@gmail.com

## Resumen

La investigación enfatizó sobre la problemática de la mala praxis en el campo de la medicina para lo cual se realizó una revisión bibliográfica sobre la temática propuesta, cuyo contenido informativo, empleándose la metodología correspondiente al enfoque cualitativo, se extendió en exponer las generalidades del tema, explicó la terminología mala praxis, desarrolló la consideración legal respecto a la tipificación conducta, detalló la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis, abordó los factores que implican la presentación de denuncias y determinó la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente. Concluyó que los riesgos aunado a la desinformación acarrea nefastas secuelas en los/as pacientes, resultando ser una de las causales generales de mala praxis, y a la orden del día se presentan como una forma de dispensar las faltas en la actuación médica del deber de información frente a su paciente, obviando el cumplimiento de un modelo de salud respetuoso de los Derechos Humanos, donde en muchas de las intervenciones o tratamientos actuales se pierde respeto a la vida, al principio de la dignidad, a la integridad personal y la autodeterminación del/la paciente. También se logró visualizar las falencias de la Legislación Nacional, siendo el debilitamiento normativo en este sentido, otros de los factores intervinientes en la afectación de muchas familias por estos sucesos que provocan la pérdida o incapacidad de sus seres queridos y; en el incremento de la impunidad de los actos médicos quedando un estado deplorable del ámbito de la salud en Paraguay.

*Palabras claves:* Acto médico, responsabilidad médica, mala praxis, derechos del paciente, comunicación médico-paciente, competencia profesional, lex artis.

## Marco introductorio

### Introducción

El presente material investigativo aborda un tema de actualidad dentro de la responsabilidad penal implicada por la mala praxis en el campo de la medicina, puesto que es una temática que no ha sido abarcada lo suficiente, centrándose en el análisis y visibilización de la falta de encrudecimiento de las Normas Jurídicas en el país, específicamente se examina la normatividad penal.

Una de las problemáticas centrales a las que se enfrenta Paraguay al momento de la judicialización penal a los profesionales médicos y las instituciones clínicas se debe a la ausencia de una tipificación directa y clara sobre la implicancia de la labor médica en asuntos de procedimientos/intervenciones o tratamientos llevados a cabo bajo ciertas características impropias o bien alejadas de la ética correspondiente a dicha labor. Es por ello que, como futura coadyuvante de la Justicia me resulta de trascendental interés del reconocimiento de estas falencias en el plano jurídico interno, adentrándome en analizar y exponer las causas y las secuelas que este fenómeno tan actualmente progresivo genera en nuestro país centrando el foco en la implicancia penal en cuanto a la responsabilidad por las actuaciones médicas que incurran en mala praxis, esto en vista de que provoca daños gigantescos y muchas veces irreparables a nuestra sociedad, convirtiéndose en una problemática para la Salud Pública que de por sí está en decadencia, y no sólo como profesional sino que como parte de esta sociedad me involucra en la teoría como en la práctica haciendo empleo de los conocimientos que a través del desarrollo de investigaciones como la propuesta el llegar a hallar alternativas que minimicen estos casos, apuntando de primera mano siempre a la generación de conciencia y a la visualización de los riesgos latentes que giran en torno al campo de medicina y, por ende, los Derechos a los que los/as pacientes pueden acceder si resultasen víctimas. Igualmente, se pretende visibilizar la existencia de herramientas que pudieran garantizar la eficacia de los procesos en los casos de mala praxis médica, pero que el empleo de estas se ven imposibilitadas en brindar las garantías del debido proceso en gran medida por la improcedencia de las funciones institucionales jurídicas como de entidades, lo cual a su vez genera la falta de avance de impedir que personas inescrupulosas, se lucren de la medicina, dejando efectos calamitosos en las personas, exponiendo a grandes peligros sus vidas.

La Legislación Nacional sigue en deuda en este aspecto, pues se debería riguroso con urgencia la regulación de las actividades médicas exigiendo que la idoneidad y capacidad que debería de revestir la profesión médica se vea realmente reflejada en su práctica y siempre vaya ligada de la más alta ética, lo cual se cristalizaría con el requerimiento de que se lleven a cabo las funciones de control y supervisión tanto de personal de salud como de instalaciones destinadas para los procedimientos, tomándose en serio la situación de protección de la vida y la integridad de las personas, porque el Derecho a la Salud es un Derecho Humano Fundamental recogido y tutelado por nuestra Norma Fundamental y por los Tratados Internacionales. De ahí radica la imperiosa necesidad de real protección normativa de estos Derechos.

La presente tarea de investigación previa a la obtención del grado de Abogada se encuentra estructurada en cinco dimensiones:

La primera de ellas es la mala praxis, de esta se ahonda en la definición y en su análisis terminológico, se profundiza en las modalidades; así también la naturaleza de la responsabilidad médica, la culpa o acción descuidada, los agentes de la salud involucrados y grados de responsabilidad, como así también las situaciones más comunes de negligencia médica y las especialidades médicas más afectadas.

La segunda dimensión trata sobre la conducta, de este punto se estudia la posición de garante de los profesionales de la salud, la Lex Artis médica, la deontología médica y las características del acto médico.

La tercera dimensión abarca la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis, esta se expone sobre el error médico y su diferencia con la mala praxis, la previsibilidad en la imprudencia, el injusto imprudente al igual que el tipo objetivo.

La cuarta dimensión desarrolla sobre los factores que implican la presentación de denuncias, de ella se desglosa el peligro y daño en la mala praxis médica, las clases de peligros, el riesgo permitido, el riesgo típicamente relevante, la mala praxis como un delito de omisión. También sobre las vías para canalizar la presentación de las denuncias, la relación entre el acto médico, el acto jurídico y el hecho jurídico; las causas de justificación o de atenuación de la mala praxis, la regulación internacional de la mala praxis médica con consecuencias para la salud y; la responsabilidad de los Centros Hospitalarios.

La quinta y última dimensión se adentra a investigar sobre comunicación ética en la relación médico-paciente, de ésta se expone los Derechos de los pacientes, el deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente, el consentimiento informado, el rol del consentimiento en el riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado.

Atendiendo a lo expuesto, el presente trabajo se estructurará en base a seis interrogantes: ¿Qué determina el fundamento normativo a nivel nacional respecto a la configuración de la mala praxis en el campo de la medicina?, ¿qué se entiende por la terminología mala praxis?, ¿cuál es la consideración legal respecto a la tipificación conducta?, ¿cuál es la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis?, ¿cuáles son los factores que implican la presentación de denuncias? y; ¿en qué radica la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente?.

La interrogante general tratará de ser clarificada por medio del análisis de la determinación del fundamento normativo a nivel nacional respecto a la configuración de la mala praxis en el campo de la medicina.

En cuanto a las interrogantes específicas: en la primera, se explicará la terminología mala praxis, la segunda plantea desarrollar la consideración legal respecto a la tipificación conducta. En tercera posición, se detallará la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis; en la cuarta se abordará los factores que implican la presentación de denuncias, y; por quinto y último lugar, se determinará la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente.

Por lo anteriormente descrito, se considera necesario el desarrollo de la presente investigación, estructurándose para ello el trabajo en cuatro marcos:

Marco introductorio, en esta parte se consignan la determinación y planteamiento del problema, formulación de interrogantes, los objetivos, la justificación e importancia de la investigación.

Marco teórico, se abordan los antecedentes investigativos del estudio, se presentan teorías y conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teóricas; es decir, se podrá constatar el desarrollo de las dimensiones en las que se haya dividida la tarea investigativa que más arriba han sido mencionadas.

Marco metodológico, en el cual se formulan el diseño metodológico, especificando: el tipo de investigación, el nivel de conocimiento esperado, las técnicas e instrumentos de recolección de información, la población y el diseño de investigación. A este respecto en el proceso de investigación el tipo de investigación aplicado fue el enfoque cualitativo.

Marco analítico, que comprende las conclusiones en función de los objetivos propuestos, se han formulado importantes y significativas deducciones, recomendaciones, para dar posibles soluciones al problema, la que consta como una recomendación especial, producto de dichas conclusiones. Asimismo, en el trabajo de investigación se consideran las referencias bibliográficas que contribuyen a una mejor comprensión del mismo.

En la forma expuesta queda descrito el contenido y desarrollo de mi investigación que lo pongo a consideración de la Comunidad Universitaria, la ciudadanía en general y muy particularmente, a conocimiento de los Sres./as. Lectores/as y Miembros de Mesa Examinadora de Defensa de Grado.

**Planteamiento del problema**

En la actualidad nacional paraguaya son cada vez más los casos resonados referentes a la pérdida de vidas humanas por la mala actuación médica o mala praxis médica, en especial en contexto de procedimientos de cirugías estéticas, como así también en otros contextos del campo de la medicina lo cual ha sido un foco de interés no sólo jurídico, sino que también ha tomado tal importancia que ha despertado la preocupación de la ciudadanía en general, pues nadie está exento/a de ser víctima de la violación del deber de cuidado en este aspecto médico/hospitalario por parte de los/as doctores/as especialistas, o bien, subordinados/as del área.

Si bien en la atención de salud cada intervención es llevada a cabo con la finalidad de beneficiar al/la paciente, en ocasiones éstas pueden ocasionarles daños severos hasta incluso la pérdida de sus vidas por la complejidad de combinaciones tecnológicas, procedimentales o interacción humana que, en la práctica de la medicina vendrían a configurar la modernización del sistema con el objeto de proporcionar grandes beneficios en los seres humanos. En el mismo sentido, también implican posibles e inevitables riesgos de que se presenten acontecimientos adversos, y efectivamente, ocurren con demasiada frecuencia, por lo que hoy por hoy, la exposición de la seguridad del/la paciente y la instauración de demandas por presunta responsabilidad profesional son cuestiones que constituyen una preocupación de primer orden en todo el mundo y más aún en el gremio médico. A consecuencia de ello, las demandas contra los profesionales médicos son cada vez más frecuentes, lo que se ha convertido en hecho habitual en el ámbito jurídico, a lo largo del tiempo siempre han existido, pero por la dificultad de los procedimientos actuales van en alza.

**Preguntas de la investigación**

**Pregunta general**

¿Qué determina el fundamento normativo a nivel nacional respecto a la configuración de la mala praxis en el campo de la medicina?

**Preguntas específicas**

¿Qué se entiende por la terminología mala praxis?

¿Cuál es la consideración legal respecto a la tipificación conducta?

¿Cuál es la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis?

¿Cuáles son los factores que implican la presentación de denuncias?

¿En qué radica la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente?

**Objetivos de la investigación**

**Objetivo general**

Analizar la determinación del fundamento normativo a nivel nacional respecto a la configuración de la mala praxis en el campo de la medicina.

**Objetivos específicos**

Explicar la terminología mala praxis.

Desarrollar la consideración legal respecto a la tipificación conducta.

Detallar la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis.

Abordar los factores que implican la presentación de denuncias.

Determinar la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente.

**Justificación y viabilidad**

A pesar de que existen numerosos casos de mala praxis médica en el país, nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé un tipo penal sancionador específico sobre este ilícito, por lo que los/as responsables no son condenados/as a pesar de haber lesionado un bien jurídico protegido, (no por ello puede concluirse que tales actos no son punibles); convirtiendo a la impunidad en el peor mal que adolece nuestro país. Como consecuencia de ello, la relación médico-paciente en el ámbito interno se reduce en una de tipo despenalizado. Por ello, se inicia la presente investigación con la intención de marcar pautas para la aplicabilidad de sanciones reales y justas por parte de nuestra Legislación respecto a las causas que impliquen mala praxis en el campo de la medicina en Paraguay, a través de un análisis que permita ampliar el panorama con relación a la temática planteada, buscando de esta manera proporcionar una solución viable debido al notable aumento en la realidad práctica de impunidad en el ejercicio errático de la medicina en Paraguay.

Las metas esenciales son realizar un análisis efectivo de los principales déficits dentro del Sistema Jurídico y del Sistema de Salud en este plano seleccionado (área estética), brindando así, un análisis respecto a ello, aportando una serie de sugerencias para otorgar posibles soluciones a esta problemática social y jurídica.

Se justifica el trabajo de investigación desde el punto de vista legal en cuanto a que se fijan criterios o parámetros jurídicos que contribuyan a esclarecimiento de las situaciones en las que los profesionales del área de la medicina incurren en actuaciones de mala praxis, y asociados con los Derechos de Información debidos al/la paciente ante la actuación del médico tratante.

La importancia desde el punto de vista ético radica en que obliga a los profesionales del área médica, no solamente desde la perspectiva jurídica, también abarca el lado ético del deber ser, a brindar información adecuada y respetuosa de la dignidad de los/as pacientes como persona humana sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos a los que pueden estar expuestos/as. Institucionalmente también pretende generar un impacto, ya que advierte la puesta en marcha de una serie de pautas políticas por parte del Estado, en pos a garantizar el Derecho a la Información adecuada y responsable en las dependencias de salud privadas o públicas.

Socialmente la tarea investigativa se justifica por la finalidad de proponer al colectivo en general mayor seguridad en la Salud Pública, al imponer como

obligación clave a los profesionales del área médica el apuntar a que la comunicación manejada sea adecuada, motivadora, trasmite seguridad, demuestre paciencia, cortesía y confianza.

Los beneficiarios son todas aquellas personas que resultasen víctimas de mala praxis acentuando en aquellas víctimas de cirugías estéticas que en algún momento afronten una situación en la que se ponga en estado de vulneración su integridad física, y no permitan ser avasalladas por el ejercicio errático de profesionales del área médica. Igualmente, va dirigido como una referencia informativa para otros/as estudiantes de la carrera de Derecho.

En cuanto a la viabilidad, este estudio es absolutamente viable en vista de que se cuenta con todos los elementos documentales-informativos y jurídicos que fundamentarán la tarea investigativa.

## Marco teórico

### Antecedente investigativo

#### Estudios internacionales

En el estudio realizado por **Álvarez González, F., Hidalgo Salvador, E., Sánchez Del Castillo, D. & García Pérez, H. (2007)** denominado “Estudio retrospectivo de las Denuncias por Mala Praxis Médica en la Provincia de Málaga”, de 74 casos estudiados el 51% de las denuncias fueron interpuestas por el propio perjudicado. En un 40% la denuncia fue interpuesta por un familiar del perjudicado, generalmente el cónyuge y también, aunque menos frecuentemente. El 66,6% de los actos médicos denunciados se debieron a lesiones y el 33,4% restante se debió a actos médicos con resultado de muerte. El servicio más afectado fue el de Traumatología y Cirugía ortopédica: 15 casos, seguida en orden de frecuencia por Cirugía y Ginecología y Obstetricia, en el 4% de los casos no se emitió Informe Médico Forense.

Los Informes Médicos Forenses desestimaron la existencia de mala praxis médica en un 82,5% de los casos mientras que en un 13,5% de los casos, estimaron la existencia de la misma. La distribución de casos según el sexo de los afectados no encuentra grandes diferencias, encontrándose un mayor número de asuntos en los que las afectadas eran mujeres (54%). Las cuestiones de responsabilidad profesional médica en que los afectados eran varones suponiendo un 46%. En cuanto a la distribución por edades, el grupo de edad donde mayor número de afectados se encontró que es el de los mayores de 60 años, siendo el comprendido entre 0 y 15 años, el grupo de edad menos denunciado. En 52% la asistencia se realizó en el Sistema Sanitario Público. (**Álvarez González, F., Hidalgo Salvador, E., Sánchez Del Castillo, D. & García Pérez, H. 2007; p. 19**).

**Arango J., Pérez P., Avedaño Ayala F. & Martínez Quiñonez, I. (2012)**, en su trabajo “Demandas por Responsabilidad Médica atendidas en el CENDES” de la Universidad de CES. Medellín, de 143 expedientes completos encontraron que la mayoría de los casos son llevados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (66%), seguida de la Jurisdicción Civil (33%); el grupo de profesionales más demandados fueron los Médicos Generales (26%); en cuanto a especialidades, las áreas quirúrgicas fueron las más demandadas (50%); las denuncias contra las instituciones públicas representaron el 61% de los casos; las instituciones de alta

complejidad reciben el mayor número de denuncias (54%); la muerte es el evento que más denuncias generó (72 de 143 casos); la falla en el servicio (64%), seguido de la negligencia (28%) fueron las principales causales de responsabilidad; los perjuicios morales y los perjuicios materiales fueron los principales daños encontrados en el estudio. (Arango J., Pérez P., Avedaño Ayala F. & Martínez Quiñonez, I. 2012; p. 31).

En otro estudio realizado por Tamara, L., Jaramillo, Sh. & Muñoz, L. (2012), denominado “Informes Periciales por Presunta Responsabilidad Médica en Bogotá” se recolectó la información de 402 casos. El 77% de los casos fueron en la ciudad de Bogotá. 69,2% en mujeres. El promedio de edad fue de 36,4 años. Los prestadores de salud privados fueron el 52%. El 80% de las denuncias fueron contra el Estado y directamente contra los profesionales, el 59% de las denuncias fueron penales. El tipo de especialidades médicas más frecuentes en los casos analizados fueron 41% en ginecológica y obstetricia, 45% en otras áreas quirúrgicas, 6% en áreas clínicas y 5% en pediatría.

Los diagnósticos más frecuentes fueron la muerte fetal de causa no especificada, la punción o laceración accidental durante un procedimiento. 45%, de los informes fueron hechos por especialistas clínicos o quirúrgicos. En 225 informes se concluyó que se trataba de una complicación y en 165 que la atención se apartaba de la norma de atención. (Tamara, L., Jaramillo, Sh. & Muñoz, L. 2012; p. 20).

Navarro Sandoval, C., Arones Guevara, S., Carrera Palao, R., Casana Jara, K. & Colque Jaliri, T. (2013), en su trabajo “Estudio de las Denuncias Penales por Responsabilidad Profesional Médica” en el Instituto de Medicina Legal de Lima, Perú, el 60,3% (495/821) de las denuncias penales por responsabilidad profesional médica fueron valoradas como acuerdo a la Lex Artis; el 16,8% (138/821) no acuerdo a la Lex Artis; en 13% (107/821) de los casos no se pudo emitir conclusiones, y en 9,9% (81/821) las conclusiones del Informe Pericial no incluyeron una valoración del acto médico. Los casos donde la lesión se atribuyó al propio proceso de la enfermedad correspondieron al 80,9% (502/620), y los que se consideraron resultado de la asistencia sanitaria al 19,0% (118/620). La distribución de la causa de la lesión según el cumplimiento de la Lex Artis mostró diferencias significativas. Se concluyó que, en Perú, las denuncias por presunta responsabilidad médica se encuentran en aumento, predominantemente en las especialidades

quirúrgicas, donde la probabilidad de ser considerado como un acto médico no adecuado a la Lex Artis es mayor. Asimismo, en un porcentaje importante de casos no se llegaron a emitir conclusiones valorativas sobre el acto médico. (Navarro Sandoval, C., Arones Guevara, S., Carrera Palao, R., Casana Jara, K. & Colque Jaliri, T. 2013; p. 413).

### **Situación actual interna paraguaya en la materia**

En la actualidad la Política Sanitaria no ha tenido un desarrollo propio, al contrario, está supeditada a las Políticas de los Organismos Internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), determinando una dependencia en cuanto a las acciones para encarar los problemas sanitarios.

La salud constituye un Derecho inalienable que toda sociedad debe alcanzar, pero el camino para este logro ha cambiado según el partido político gobernante de turno, en el momento actual se concibe al Estado como el responsable de ofrecer a la población todos los beneficios de la Seguridad Social, junto a que la salud debe ser gratuita, aspecto que definitivamente constituye un espejismo contrario a la lógica, debido a que los costes de personal de salud, así como de los medicamentos y equipos necesarios deben ser cubiertos mediante los impuestos de toda la población.

No se han realizado estudios anteriores tan pormenorizados sobre el tema en nuestro país, pero se han observado casos de este tipo, razón por la cual se considera interesante realizar este trabajo. (Florentín, M. 2016; p. 39).

*En el campo del ejercicio del modelo médico actual no estamos alejados de los acontecimientos que suceden en otros países, donde las figuras de negligencia junto a la mala praxis constituyen una rutina y donde surgen los cuestionamientos referidos a la responsabilidad profesional, por lo tanto, se ha dado un incremento de demandas por estas figuras, así como también la búsqueda de nuevas figuras que permitan a los médicos combatir la judicialización del acto médico.*

*Los factores son diversos y son precisamente los que aborda la presente investigación, simplemente se podría señalar que hoy en día a diferencia de lo que acontecía en el pasado, la salud ha generado un cambio de actitud por parte de la población; es decir, que durante*

*gestiones pasadas se ha introducido en la conciencia social que el Derecho a la Salud se conquista con la movilización organizada y por otra parte, los conocimientos básicos sobre la salud han llegado al poblador, de tal manera que en el momento actual las personas que recurren a los servicios de salud ya conocen de las principales patologías y, por lo tanto, efectúan un seguimiento de los actos médicos, con mayor precisión, un elemento importante para esto constituyen los medios masivos de comunicación (radio televisión e Internet) por lo que también es importante mencionar que en nuestra sociedad actual se presentan muchas denuncias y movilizaciones por algunos casos denunciados se hace mención a la sanción en casos de mala praxis médica y la salud universal.*

*La salud es un Derecho que solo se podrá conquistar con la organización del pueblo y lógicamente no constituye de ninguna manera un regalo de nadie.*

## Bases teóricas

### Mala praxis

#### **Definición. Análisis terminológico**

Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia, negligencia o impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes, con apartamiento de la normativa aplicable. Esto ocurre cuando el facultativo tratante se aparta de los criterios de actuación seguidos por la comunidad sanitaria y científica y con ello produce un daño en la salud del paciente.

El primer elemento que exige la mala praxis para ser pasible de sanción es la necesidad de que haya producido un daño constatable en el cuerpo, en el organismo, en la salud, sea esta física o mental, o trastornos psicológicos, laborales, individuales y de relación. El daño se proyecta sobre todas las actividades del afectado. El daño causado debe darse como consecuencia del actuar imprudente, negligente o como derivación de la impericia o del apartamiento de las normas y deberes por parte del médico obrante. Ahora bien, el actuar médico con consecuencias lesivas para la salud puede acarrear responsabilidades civiles y responsabilidades penales, llegando en la mayoría de las ocasiones a interrelacionarse. Debe aclararse que la responsabilidad penal abarca fundamentalmente el aspecto punitivo del acto lesivo, en tanto que por la vía civil se busca exclusivamente el resarcimiento patrimonial por el daño causado.

Generalmente, la acción ejercida por la vía penal cuenta con mayor celeridad en la resolución de casos que en el fuero civil. No obstante, el profesional de la salud que resulte absuelto en una causa penal, puede ser condenado en el fuero civil. Al respecto, cabe apuntar que la práctica en el foro ha demostrado que los abogados especialistas en este tipo de litigios obran de la siguiente forma: la acción penal precede a la acción civil por lo que la sentencia civil tiende a aguardar la resolución del caso en lo penal.

Si se produce una sentencia condenatoria, acarrea consigo dos efectos: la sanción del condenado y la existencia innegable de los hechos. **(Montero, J. 2014; p. 287).**

Si partimos de que “mal” es apócope de malo y “praxis” es un vocablo de origen griego sinónimo de “práctica” (ejercicio de cualquier arte o facultad conforme a sus reglas), mala praxis, significa cualquier forma de ejercicio inadecuado de una profesión. El fundamento de este concepto se encuentra primeramente en el conocimiento de las condiciones personales del paciente (que surge mediante la relación médico-paciente) y, en segundo lugar, en los principios racionales del acto de curar (que surgen de los conocimientos adquiridos). Estos conocimientos son fruto de los años de formación en la Universidad, eventuales estudios de Postgrado, participación en congresos y seminarios, etc. De estos dos fundamentos deriva la “idealidad” del médico tratante que incurrirá en mala praxis cuando omita la apropiada prestación del servicio a que está obligado. Es así como surge la responsabilidad médica, que para estos efectos es de tipo culposo, es decir, aquella en que se incurre sin tener la intención de causar daño a otro y comprende cuatro variantes: impericia, negligencia, imprudencia, e inobservancia de reglamentos. **(Salazar, B. & Quintana, R. 1994; p. 31).**

Los procedimientos médicos imprudentes que configuran casos de mala praxis médica, son situaciones a las que diariamente se enfrentan miles de personas en los diferentes países del mundo. En consecuencia, la manera más común de solucionar estos problemas en el campo legal es mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, es decir, a través de una compensación pecuniaria por los daños causados. Pero ¿acaso la vida humana, las lesiones irreversibles o los daños psicológicos que se le pueden irrogar a un paciente tienen un valor monetario?, ¿Acaso el tener una licencia médica exonera de sanciones penales a quienes cometen actos criminales?. Debe tomarse en cuenta que la especial responsabilidad del médico se deriva de su “obligación de medios u obligación de actividad; la cual abarca todo tipo de tratamientos, procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos”. Por todo esto, cualquier tipo de conducta imprudente debe ser penalmente sancionada por ser antijurídica y contraria al Derecho. **(Rodríguez Montañés, T. 2008; p. 10).**

La mala praxis médica se da por una actuación culposa por parte de un profesional de la salud. En consecuencia, resulta indignante pensar que una simple indemnización compense los terribles daños que sufren las víctimas; es necesario que esta conducta se penalice, pues ésta puede exponer al paciente a un riesgo innecesario, provocarle lesiones permanentes e incluso causarle la muerte.

La mala praxis médica, podría definirse como un ejercicio errado, una omisión o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o a la integridad física del paciente. Ésta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional. Los supuestos de mala praxis médica pueden darse principalmente por la ignorancia de médico o la institución y la irresponsabilidad.

Se podría señalar tres tipos de práctica: deliberada mala praxis, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que se sabe que se pondrá en peligro o se causará muerte al paciente a cargo; mala praxis médica por negligencia, comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal o deshonesto, pero sí una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente; y la mala praxis por ignorancia, que se configura por la inapropiada administración de medicinas, no adecuadas o en una dosis incorrecta. De ello se desprende que los más frecuentes casos de mala praxis médica sean relacionados a fallas o errores al diagnosticar oportunamente, al ordenar un tratamiento apropiado, al ordenar los tests necesarios, al omitir procedimiento y cuidados necesarios, al prescribir la medicación pertinente y en operaciones quirúrgicas. **(Rodríguez Montañés, T. 2008; p. 11).**

En términos legales a los profesionales de la salud, sólo se les exige un nivel de cuidado ordinario y normal. Por lo que cuando un médico es encontrado culpable de negligencia, “significa que ha fallado al emplear el mismo grado de habilidad y aprendizaje, bajo circunstancias idénticas o similares, que son usadas por otros miembros de la profesión médica”. **(Rodríguez Montañés, T. 2008; p. 12).**

*En nuestro país no existe una disposición específica que establezca la mala praxis médica como figura jurídica independiente para el resarcimiento económico frente al acto médico, así como la responsabilidad penal de los responsables de un acto que no se adecue dentro de un tipo penal. Así, la mayor parte de las demandas de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la mala praxis médica, se sustentan de conformidad al Código Civil y asimilando tipos del Código Penal que no permiten establecer una sanción adecuada.*

*Por lo general, la mala praxis médica suele materializarse cuando produce un resultado final como ya sea la muerte o lesiones*

*irreversibles; más debe tomarse en cuenta que la exposición al paciente a un riesgo innecesario también configura una conducta de mala praxis médica que amerita ser penalmente sancionada, para lo que resulta necesario ubicarnos en el umbral de los delitos de peligro.*

*Implementos quirúrgicos y gasas olvidados en el interior de un paciente, suturas mal realizadas que no llegan a ocasionar lesiones permanentes o la muerte siguen siendo casos de mala praxis médica, en los cuales los pacientes son expuestos a un riesgo mayor, que al consentido al momento de someterse a una intervención quirúrgica.*

*Por lo que resulta necesario que ante estos casos se cree dentro de nuestro Código Penal un tipo penal adecuado para sancionar este tipo de conductas, que producen la muerte, lesiones o colocan en una situación de peligro a los pacientes debido al obrar imprudente de los profesionales de la salud. Por ende, un actuar serio y diligente por parte de los profesionales de la salud, es lo único que puede eximirlos de responsabilidad, ya que cualquier prueba sobre la existencia de desidia dentro de la práctica profesional debería ser considerada como un hecho ilícito; debido a que la indolencia, pereza, descuido y dejadez que el profesional de la medicina ha demostrado en los procedimientos médicos realizados configuran casos de mala praxis médica, ya que se están violando las obligaciones profesionales de los médicos.*

*Los médicos deben ser responsables penal y patrimonialmente, en casos que hayan actuado con negligencia, impericia, desidia o temeridad, produciendo daños corporales o la muerte del paciente.*

*Esto se debe a que, dentro de la relación médico-paciente, el profesional presta un servicio, el mismo que puede ser efectuado en forma defectuosa como en los casos antes mencionados causando daños al enfermo. Si a esto sumamos que el actual desarrollo de la medicina; si bien brinda mayores herramientas al médico para un óptimo tratamiento al/la paciente, también puede generar una serie de peligros dado que la técnica ha invadido la Ciencia Médica. Por*

*ello, las personas tienen que ser amparadas contra los eventuales peligros e irregularidades en el ejercicio profesional.*

Se puede ver que algunos doctores causan daño incurriendo en delitos tanto de peligro como de resultado, a través de sus errores, ignorancia, negligencia, falta de pericia y diagnósticos errados. Estudios publicados por el Instituto de medicina de los Estados Unidos (Institute of Medicine IOM) muestran que alrededor de 98.000 pacientes mueren cada año como resultado de errores médicos en hospitales, se estima que más del 13% de ingresos al hospital se deben a factores adversos en el diagnóstico o en el tratamiento y se llega a demostrar que casi el 70% de las complicaciones iatrogénicas son prevenibles. **(Rodríguez Montañés, T. 2008; p. 13).**

La mala praxis médica, puede configurar delitos de peligro y de resultado; los delitos de peligro consisten en la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que lleva la necesidad de conceptualizar el peligro como base de la identificación de un ilícito; por otro lado los delitos de resultado o de lesión, son aquellos en los que se verifica un resultado, es decir, que la “acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta”. **(Rodríguez Montañés, T. 2008; p. 14).**

### **Modalidades**

**a. La impericia:** La impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinada. Son los actos que se ejercen con la ignorancia de las reglas respectivas.

**Alberto Arteaga (1989)** la define como:

“El ejercicio de una actividad profesional o técnicas sin los conocimientos necesarios, o sin la habilidad requerida, pudiendo definirse en síntesis como la falta de habilidad normalmente requerida para el ejercicio de una determinada profesión lo que puede derivar de la carencia de los conocimientos necesarios, o de la necesaria experiencia, o de la ineptitud del profesional. La pericia que se exige es la pericia media, la pericia normal. Esto es, no se es imperito simplemente por no saber, sino por no saber lo que normalmente se debe saber”. **(Arteaga, A. 1989; p. 74).**

Al médico no se le exige que posea conocimientos extraordinarios o fuera de los normales, sino los que la sana lógica indica que debe poseer un profesional en esta materia. La impericia es un concepto relativo ya que pueden variar con el tiempo, el

lugar y las condiciones en que se realice el acto médico y por ello, para determinarlas se tiene en cuenta la situación en particular y los medios disponibles.

**b. La negligencia:** La negligencia es aparentemente una de las formas más frecuentes de mala praxis. Debido a ello es que es grande la cantidad de autores que se refieren a la misma.

**Jorge Riu (1981)** la define como:

“Una actitud negativa carente, por parte del profesional que no ha puesto el empeño necesario, el celo requerido, la diligencia exigible, la preocupación correspondiente, el control debido, la verificación pertinente, el cuidado socio y hasta la imaginación suficiente, que la atención del paciente demande”. (**Riu, J. 1981**).

La negligencia está presente ya sea que el médico no posea la destreza requerida o que a pesar de poseerla no la ejerza. Por ello algunos autores la consideran la forma pasiva de la imprudencia porque implica el “olvido” de las precauciones impuestas por la prudencia. Algunas formas son:

**1. Abandono del paciente:** Cuando el médico unilateralmente termina la relación médico-paciente sin notificación adecuada para que busque un sustituto, aun cuando éste requería de su atención.

**2. Negligencias y reacciones alérgicas a medicamentos:** El médico está obligado a conocer las propiedades de las drogas y sus efectos adversos (inmediatos y mediatos), así como a conocer bien las condiciones del paciente para su administración. (**Salazar, B. & Quintana, R. 1994; p. 31**).

Algunas veces la estructura de determinados medicamentos sumada a la receptividad del paciente puede ocasionar alergias (aumento de sensibilidad), por ello es necesario que se aplique una prueba previa o en su defecto, aunque no muy conveniente dejar constancia del interrogatorio del paciente sobre el tema. Por otro lado, si se prueba que el medicamento administrado no era útil para el proceso en cuestión puede invocarse negligencia aun cuando la reacción fuese imposible de prever.

**3. Negligencia por desactualización:** Comete negligencia quien no estudia, que se conforma con lo que aprendió en sus años de Universidad, no se prepara bien para sus casos y que no los consulta. Dentro de los deberes del médico se encuentran el de informarse sobre los progresos científicos de la medicina.

**c. La imprudencia:** La imprudencia es la actuación temeraria o precipitada inexcusable.

Según **Jiménez De Azúa (1950)** la imprudencia supone:

“El emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos. Es hacer más de lo debido, implica una conducta peligrosa. Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia”.

“Imprudente es quien actúa sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio”. (**Jiménez De Azúa, L. 1950**).

Como vemos, con ésta se pone en peligro la vida o salud del paciente debido a la falta de tiempo o a un excederse por parte del médico. La imprudencia viene a ser una conducta positiva, consistente ya sea en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. La inobservancia del reglamento se lleva a cabo cuando un médico viola disposiciones expresamente dispuestas que han sido dictadas por la autoridad pública. También pueden estar predisuestas por los particulares con la finalidad de evitar daños en bienes jurídicos, debido al desarrollo de actividades que implica riesgo y que requieren, por ende, de precauciones especiales.

El fundamento de la incriminación surge de la indiferencia o menosprecio a esas disposiciones. No basta para que su la responsabilidad culposa la simple inobservancia de las normas. Se requiere no solo una relación de causalidad entre la inobservancia y el resultado dañoso, sino además que el resultado sea el que se pretendía evitar con la norma. (**Salazar, B. & Quintana, R. 1994; p. 32**).

*La negligencia médica se determina no sólo por el incumplimiento de los deberes legales sino por el incumplimiento las mejores prácticas referidas, pero ¿cómo se determinan esas mejores prácticas o cuáles es ese máximo deber al que están sujetos los médicos cuando se hace un procedimiento de responsabilidad?. En este sentido, se debe de individualizar en el caso, y no es lo mismo el tratamiento que pueda recibir una persona, debería de ser, pero en la práctica no lo es; no es lo mismo que un/a paciente sea atendido/a en un hospital público, a si el paciente es atendido en un hospital*

*privado con toda la tecnología que existe en el momento de dicha práctica procedimental.*

*Efectivamente, la Medicina se revoluciona continuamente por eso es que los Consejos de Especialidades Médicas exigen al médico para poderlo certificar que cubra un puntaje que cada consejo impone atendido a las actualizaciones que se van dando.*

*Atendiendo a la Lex Artis de otras Legislaciones, y eso mismo aterrizado a nivel local muchas veces por la precariedad de la infraestructura y de los aparatos tecnológicos empleados con propósitos sanitarios no puede compararse ni cumplirse a cabalidad, en el caso de contar con todo ello puede aplicarse, pero no puede exigirse atendiendo al contexto nacional de la situación de nuestros hospitales públicos que un profesional médico aplique la Lex Artis que aplica un hospital privado que cuenta con todos los recursos de salvataje. Mientras que se realice el diagnóstico adecuado y correcto con todo lo que la sintomatología, todos los auxiliares de diagnóstico expongan para dar un tratamiento correcto eso es lo que debe determinar la Lex Artis para ese momento, para ese lugar y para ese médico, porque de nada sirve que un médico vaya a capacitarse a otro lado del mundo cuando no cuenta con los recursos mínimos, indispensables para aplicar su conocimiento adquirido a nivel internacional en el plano local.*

### **Naturaleza de la responsabilidad médica**

Tomando en cuenta el origen estructural del deber de reparar, la responsabilidad puede ser a consecuencia que son:

Cargo deber u oficio.

Relación contractual.

Relación de parentesco natural.

**Contractual:** Cuando la responsabilidad deriva del incumplimiento de un contrato, es decir, supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas.

**Extracontractual:** Cuando la responsabilidad deriva de otro obrar dañoso, pero no de un contrato preexistente; es la violación a un deber genérico de no dañar.

**(Mollinedo Pillco, L. 2010; p. 72).**

Bajo esta óptica la relación médico-paciente es de carácter contractual, pues atiende a la existencia de un contrato entre las partes. Este contrato que une al médico y al paciente es la locación de servicios, mediante el cual el paciente contrata los servicios de un profesional de la medicina, a cambio de un pago que hace en forma directa o a través de terceros.

La locación de servicios se define en los siguientes términos:

“La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones del Código Civil sobre las Obligaciones de Hacer”.

Excepcionalmente, la responsabilidad puede ser extracontractual, cuando el médico causa daño en relación a la atención de un paciente prestado fuera de todo contrato, en los siguientes casos:

Cuando los servicios del médico son requeridos por otra persona distinta del paciente. En relación al paciente la responsabilidad es extracontractual, en relación a quien requirió su servicio contractual.

Cuando los servicios médicos son prestados espontáneamente, sin consentimiento del paciente. Por ejemplo, cuando hay un accidente en la vía pública y el médico auxilia a la víctima.

Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente, por ejemplo, cuando se auxilia a un suicida.

¿Cuándo comete el médico un delito?, por ejemplo, cuando practica un aborto.  
**(Mollinedo Pillco, L. 2010; p. 73).**

*Independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, la obligación del médico es siempre la misma: actuar con diligencia y conforme a las normas de su profesión. El médico en un paciente terminal nunca puede prometer la conservación de la vida del/la paciente ni la desaparición total de la enfermedad; basta que actúe en la conducción de sus actos*

*profesionales con la diligencia común a todo ser humano. Debe poner en ejecución de sus obligaciones todo el cuidado y la atención exigibles a su calidad profesional.*

### **La culpa o acción descuidada**

En los casos de mala praxis médica, el actuar del profesional de la salud se produce de manera descuidada o, en otros términos, sin tener en cuenta los deberes de cuidado necesarios para la realización del acto médico, lo que genera como resultado una lesión a la integridad física o afecta a la vida misma del paciente. Esto, en términos legales implica “culpa”, que es la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas, a diferencia del dolo, que consiste en “saber y querer realizar los elementos objetivos del tipo”.

La mala praxis médica comprende los elementos de la culpa, lo que implica que, para hablar de mala praxis, el profesional médico debió haber actuado con descuido, imprudencia, impericia o negligencia. No se hace referencia en este punto a los casos en que el galeno actúa incorrectamente porque para el tratamiento del caso se requieren conocimientos que aún no se encuentran disponibles en la ciencia, sino a actuaciones que se hayan dado al margen de los conocimientos con que ya cuentan los profesionales de la salud.

En ese contexto, según la Doctrina en la materia, la acción descuidada puede tratarse de:

**Imprudencia:** Es una acción conductual positiva, que se da en los casos en que el profesional se excede en la prestación y ello acarrea la falta de cautela, precaución y discernimiento por parte del profesional de la salud.

**Negligencia:** Se trata de una actitud negativa, una conducta omisiva, que va contraria a las normas que imponen determinado comportamiento al profesional. Es entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, que están indicadas y forman parte de los estudios en las profesiones que comprenden la salud.

**Impericia:** Insuficiencia de conocimientos técnicos para la atención del caso.

Proviene del latín “peritia”, que se refiere a la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Se refiere además a la falta de destreza que se presume y por lo tanto consideran adquiridos con la obtención del título profesional y el ejercicio mismo de la profesión. (Torres Kirmser, J. 2001; p. 288).

Otra de las clasificaciones en cuanto al tema refiere a la Inobservancia de los Reglamentos o Normativas Legales aplicables al caso como una forma de mala praxis, aunque está más bien debería incluirse dentro del concepto de negligencia, puesto que se trata de incumplimientos de reglas de cuidado. En efecto, se señala al respecto que el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración profesional de la salud, en algunos países, se encuentra regulada por Leyes y Decretos Reglamentarios, en nuestro caso por Protocolos del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y su incumplimiento con consecuencias dañinas para la salud genera responsabilidades en quienes las incumplen. **(Torres Kirmser, J. 2001; p. 289).**

### **Agentes de la salud involucrados y grados de responsabilidad**

Se entiende por agentes de la mala praxis médica a todos los profesionales de la salud desde instituciones médicas y médicos tratantes, hasta enfermeros y auxiliares que hayan participado en la atención del paciente que reclama el daño ocasionado. En estos casos, queda a cargo de la judicatura interviniente discernir la participación de cada agente de acuerdo a las acciones desplegadas y con relación a la producción efectiva del daño a la salud o a la vida, así como gravedad de la pena o sanción económica correspondiente, en base a las pruebas que se produzcan en el juicio.

En la mala praxis, los agentes intervinientes son responsables por el daño ocasionado, siempre que ello se desprenda de las conductas realizadas por cada uno y que el daño haya sido la consecuencia de esas acciones. Esto es válido en materia penal como civil, sin embargo, las instituciones hospitalarias o los sanatorios responden por el daño con su patrimonio, a fin de dar una indemnización pecuniaria a ser dirimida en el fuero civil, en tanto que quedan exentas de las sanciones penales puesto que se tratan de personas jurídicas de existencia ideal no física y la responsabilidad penal personalísima e intransferible. **(Montanelli, N. 2003; p. 289).**

**Situaciones más comunes de negligencia médica**

Es importante resaltar cuales son los casos de negligencia médica que se presentan más comúnmente en la práctica y, a partir de ellos, destacar los errores detectados en el actuar de los agentes de la salud, cuyas conductas resulten compatibles con el concepto de mala praxis médica. En ese contexto, los casos más conocidos son:

Retraso o error en el diagnóstico de un paciente. El factor tiempo puede resultar fundamental a la hora de emplear los procesos médicos adecuados. Un diagnóstico tardío puede generar serias y dañinas consecuencias para la salud del paciente, como el empeoramiento del estado de salud en general. **(Ataz López, J. 1985; p. 298).**

Apartarse de los protocolos determinados por la autoridad competente.

Ofrecer una prescripción inadecuada de medicamentos.

Realizar una intervención quirúrgica con resultados lesivos para el paciente.

Contagio de una infección grave a causa de una falta de higiene en el centro hospitalario.

No prestar asistencia sanitaria de urgencia.

Falta de supervisión postoperatoria.

Falta de información al paciente.

El Centro Médico donde se llevará a cabo la cirugía, debe cerciorarse que el paciente que será sometido a un procedimiento que podría acarrear secuelas o que traiga consigo un alto riesgo, cuente con toda la información necesaria antes de ser sometido a una intervención de esta magnitud. La omisión de esta información, antes de la obtención del consentimiento del paciente, acarrea consigo sanciones al Centro Hospitalario y al personal interviniente.

Como puede apreciarse, la mayoría de los errores de los servicios sanitarios y de los médicos pueden caer en el ámbito administrativo y civil, no necesariamente en el ámbito penal, aunque indefectiblemente debe existir un daño a la salud del paciente y que dicho daño haya sido ocasionado por la acción descuidada del agente sanitario en cuestión. **(Ataz López, J. 1985; p. 299).**

### Especialidades médicas más afectadas

Los errores médicos más mediáticos son los provocados por las negligencias en las cirugías estéticas. La obligación asumida por la cirugía clásica fue siempre de medios, en tanto que en la cirugía plástica se tiene una obligación de resultados. En la mayoría de las cirugías plásticas, el paciente se encuentra en óptimas condiciones físicas, conforme lo refieren los estudios preoperatorios y conforme lo exige el galeno, por lo que resulta inaceptable cualquier deterioro físico que provenga de la conducta profesional del médico, ya que cualquiera sea el daño en el cuerpo o en la salud, es siempre un daño emergente del hecho antijurídico.

De las especialidades médicas más afectadas, un alto porcentaje incluye a las ramas de Ginecología y Obstetricia, Cirugía, Cirugía Plástica, Traumatología, Clínica Médica y Anestesiología. (Espinoza, R. & Fonseca, A. 1989; p. 300).

*El número de casos que se denuncian a la fecha ha ido en aumento de manera considerable, el boom de la información ha generado que el/la paciente sea más exigente y demandante. Por lo que es muy interesante como se relaciona la Medicina con el Derecho, ya que atiende a una visión no sólo netamente jurídica, sino que se trata de un aspecto humano, normativo y necesariamente con la Ciencia Médica, especialmente en los casos donde se discute la violación o no de una norma, de un deber, donde se contrasta también con muchos aspectos médicos que convienen a conformar los deberes que tiene un médico conforme a la Lex Artis Médica, ¿qué significa entonces que se violen estos deberes?.*

*Siendo que la Lex Artis Médica implica aquellas pautas que derivadas de la Ciencia Médica se han tenido como las mejores prácticas para resolver un determinado problema o conflicto médico, pues la Ciencia Médica ha ido evolucionando no es algo estático donde los médicos desde hace antaño señalan que ésta es exactamente las pautas que se deben de seguir, sino que son criterios científicos que ellos mismos a partir de los estudios doctrinarios, científicos, de pruebas biológicas, químicas, de imagen, han podido determinar de acuerdo cuáles son las prácticas que tienen que llevar a cabo en cada determinado caso.*

*Entonces, lo importante es ser conscientes de que la Lex Artis va cambiando y evolucionando a la par de esos cambios científicos, y esto a su vez dificulta al Juzgador acercarse a este tipo de casos para determinar específicamente qué es esta Lex Artis Médica, y mucho se hace tanto a partir de estudios que el propio Juez puede tomar medidas de mejor proveer o estudios que le aporten las pruebas como los dictámenes periciales que por lo general se van aportando en casos en materia administrativa, en casos civiles o penales y obviamente también hay guías y protocolos, donde el propio Ministerio de Salud o autoridades sanitarias establecen pautas que en ese momento se consideran como las mejores prácticas médicas.*

## Conducta

### Posición de garante de los profesionales de la salud

La posición de garante que poseen los profesionales de la salud, hace que el sujeto deba asumir una responsabilidad directa sobre la garantía de seguridad que posee, respecto a elementos peligrosos que se encuentran bajo su “personal y exclusivo manejo y control”, y que podrían afectar a terceros. La afectación del paciente se da como consecuencia de la infracción del deber del médico, al no evitar un resultado disvalioso y sobre todo cuando la acción omitida había evitado que se dé el resultado dañoso para el paciente.

La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, en los delitos impropios de omisión, esta posición convierte a aquellos que omiten impedir un resultado “en autores de la omisión en sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo”.

La Teoría de la Posición de Garante, surge como una evolución doctrinal sobre el origen de la obligación de actuar del sujeto activo. Es así que la teoría formal de las fuentes del deber que consideraba como origen del deber jurídico a la Ley, el contrato y el previo hacer peligroso fue reemplazada por la teoría funcional de las fuentes del deber, la cual ya intenta explicar los fundamentos de la posición de garante. El reemplazo de la teoría formal de las fuentes del deber se debe a que su posición sobre la acción esperada consideraba que quien debía considerar como esperada a determinada acción era el Orden Jurídico, en la medida en que pudiera fundamentar un deber de actuar que obligara al omitente.

El problema surge al proponer como fuentes del deber de actuación a la Ley en general y al contrato, puesto que ciertos autores consideran que esto violenta al principio de legalidad por fundamentar el deber de previsión en Normas Jurídicas No Penales que no contienen ninguna sanción penal que sean consecuencia de la acción omitida; así mismo, se critica tanto la aceptación convencional del deber, por considerarlo como ajeno ámbito del Derecho Penal; como el fundar el deber actuar en una conducta precedente del autor de la omisión; lesionando así el principio “*nullum crimen, nulla poena sien lege*”. (Galán Cáceres, J. 2014; p. 84).

Por su parte, la Teoría Funcional de las Fuentes del Deber sostiene que sólo la infracción de un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico por parte de un garante constituye un delito impropio de omisión. Mediante la

Doctrina de la posición de garante, ya se le impone a la persona que ostenta esta posición el deber de evitar el resultado y en caso de no hacerlo se le imputa responsabilidad jurídico-penal. Es así que la protección de garante se da cuando “le corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro en ciertas situaciones”; lo que refleja la situación típica en la que se encuentran los profesionales de la salud. Al profesional de la salud, por encontrarse en posición de garante, le corresponde una función específica de protección de un bien jurídico afectado o del dominio de una fuente de peligro. Por lo que puede decirse que la posición de garante de los profesionales de la salud proviene de tres distintos supuestos:

La función de protección de un bien jurídico; la cual se da por relaciones sociales o conductas voluntarias que someten a un bien jurídico a la dependencia de un sujeto y de ese modo el sujeto, en este caso el profesional de la salud, se vuelve garante de dicho bien jurídico protegido.

La existencia de una comunidad de peligro, en la que se hace referencia a la participación de varias personas en actividades peligrosas, como es el caso del paciente que se somete a una cirugía, ocasiona que los intervinientes están obligados a brindar el socorro debido en caso de que alguno, en este caso el paciente, sufra un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida. Quien tiene control sobre la situación se encuentra en posición de garante, ya que, si una persona asume determinada actividad de riesgo como someterse a una intervención quirúrgica, lo hace sobre la confianza de ayuda que representa el profesional de la salud en caso de que surja cualquier inconveniente. **(Galán Cáceres, J. 2014; p. 85).**

La asunción voluntaria de una función de protección, se da cuando un individuo, el profesional de la salud, asume una protección que lleva al sujeto protegido a una situación de decisiva dependencia. En el supuesto de la práctica médica, debido a la confianza que desprende el médico, el paciente se atreve a correr riesgos mayores, por lo el generador de dicha confianza se encuentra en posición de garante. A esto debe agregarse el dominio que posee el profesional de la salud en cuanto a la atención médica, la cual es una actividad de riesgo, que brindará a su paciente. De lo que se desprende que el deber de control de fuentes de peligro que se sitúan en el propio ámbito de dominio, genere en la relación médico paciente una posición de garante del primero. Siguiendo la regla de “quien posee en su ámbito de

organización una fuente de peligro para bienes jurídicos responde para que el peligro no se realice”.

Finalmente, debe siempre considerarse que la punibilidad de la omisión médica va directamente ligada a la naturaleza de la profesión, en cuya intervención confió el paciente, por lo que el médico lesiona los intereses que se hayan encomendados a su cuidado al omitir la actividad esperada, dejando desprotegido al paciente y a los bienes jurídicos de éste que debían ser protegidos por el profesional de la salud. **(Galán Cáceres, J. 2014; p. 86).**

### **Lex artis médica**

Según a **Araya (2010)**:

Se refiere a las reglas que regulan a los médicos, como, por ejemplo:

Código de Moral Médica.

Ley del Colegio de Médicos y Cirujanos. **(Araya, F. 2010; p. 197).**

Como punto de partida y antes de analizar qué se entiende y qué connotaciones presenta el concepto de Lex Artis Médica, se ha de señalar de modo introductorio, que en relación a la salud de las personas, como Derecho Fundamental protegido y protegible, no se puede exigir, y desde luego el médico no puede garantizar, que la asistencia que se presta en el ámbito sanitario sea una asistencia que garantice resultados, es decir, que vaya a conseguir siempre y en todo lugar, un resultado favorable para la vida y/o la salud. Por otra parte, se puede decir que, la relación entre el médico y el paciente, sigue siendo una relación basada en un arrendamiento de servicios, de modo que la obligación del primero se caracteriza como una obligación de medios o diligencia, comprometiéndose únicamente, porque atentaría incluso contra el sentido común ampliar dicho compromiso, a emplear todos los medios que tenga a su disposición atendiendo a la Lex Artis derivada de las circunstancias a las que se hará referencia más adelante, sin garantizar un resultado final curativo.

La medicina no es una ciencia exacta y de resultados sino muy al contrario, una ciencia de medios, lo que significa que efectivamente, el médico está obligado a emplear todos los medios a su alcance y toda su pericia profesional en el cuidado de la salud, como así ocurre en la práctica, pero sin asegurar un resultado que obviamente, es incierto. Nadie duda del hecho de que, si el médico no ha empleado o

no ha hecho uso de tales medios y de todos sus conocimientos, pueda y hasta incluso deba ser sometido a un juicio ante los Tribunales. **(De la Garza, J. 1995; p. 45).**

El término Lex Artis proviene del latín que significa “Ley del Arte”, o “Regla de la Técnica de Actuación” de la profesión que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Por su parte la Doctrina ha definido la Lex Artis como la aplicación de las Reglas Generales Médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme a cuidado objetivamente debido.

No cabe la aplicación de la Lex Artis a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la Lex Artis es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional. **(De la Garza, J. 1995; p. 46).**

**Pedro Montaña Gómez (1986)** dice:

“Determinadas las profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que, en consonancia con el estado del saber de esa misma ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales. Es lo que se denomina la Lex Artis y según ello, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de estas reglas y procedimientos y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente, cuya salud les ha sido encomendada. El profesional de la salud, para actuar dentro de la Lex Artis, deberá dominar las materias estudiadas en su carrera, es decir, tener los conocimientos necesarios y exigibles para poder ejercer la medicina sin temeridad, lo contrario llevaría al enfermo a agravar su dolor con peligro y grave riesgo para su salud y vida”. **(Montaña Gómez, P. 1986).**

Lo profesionales deben renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance que crean adecuados, sabiéndolos interpretar y utilizar en beneficio de su paciente, sin caer en la medicina defensiva, y prevaleciendo siempre el criterio científico sobre el economicista. Utilizarán el tratamiento indicado y nunca el contraindicado, con conocimiento de los efectos del mismo y vigilando al enfermo en su aplicación. Deberán seguir criterios suficientemente experimentados, internacionalizados y propios en el

ejercicio, sin olvidar su criterio personal como mejor conocedor del enfermo, es decir de su arte.

Los profesionales deberán seguir su máxima hipocrática donde se resume la Lex Artis, es decir, deberán tratar al enfermo como quisieran ser tratados ellos.

Se podría de alguna manera, enumerar algunos elementos de la Lex Artis, mismos que deberían ser característicos, que se los puede enmarcar en:

**Un profesional idóneo.** Entendida la idoneidad como una cualidad de aplicación de lo que tiene las condiciones necesarias para un cierto servicio, y en este caso la persona con las cualidades específicas para ejercer un arte o una actividad. Esta idoneidad, en principio, podrá evidenciarse con los respectivos títulos que acrediten los estudios realizados por el profesional de la salud en las condiciones y con el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la profesión. (Hernández Gil, A. 2004; p. 47).

**Un estudio y análisis previo del paciente.** Nos establece que el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente. El diagnóstico es un acto médico complejo, resultado de un examen pormenorizado y su posterior evaluación, que conforme al nivel profesional del médico emite un resultado que es la base de una actuación médica individual o en equipo. El diagnóstico es una pieza fundamental en la posterior evaluación jurídica de la responsabilidad, un error en el diagnóstico produce, inevitablemente, una actuación también errónea en cascada que, en ocasiones, puede desvirtuar la verdadera responsabilidad de acciones las cuales ajustándose a la Lex Artis devienen en Procesos Judiciales. La prescripción de la terapéutica correspondiente o adecuada, será dada libremente por el profesional, de acuerdo a lo que dicte su ciencia y conciencia.

**Empleo de técnicas o medios convenientes con aceptación universal.** El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica.

**El consentimiento del paciente.** Consiste en la autorización que da el paciente al médico para que efectúe el acto médico propuesto, teniendo como base la información veraz recibida del galeno sobre la enfermedad y sus opciones de diagnóstico y tratamiento, con sus riesgos y beneficios. **(Hernández Gil, A. 2004; p. 48).**

Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad física o mental puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso en casos de emergencias el médico puede intervenir unilateralmente.

Es conveniente destacar que toda persona tiene libertad para decidir si se somete o no a un acto médico y por ello su consentimiento siempre debe obtenerse y respetarse, salvo en aquellos casos donde esté en juego su vida y no sea posible pedir autorización. Se debe señalar igualmente que, el médico es el que decide cuál tratamiento es más conveniente para el enfermo, pero, sin embargo, tiene el deber de informar a su paciente y familiares sobre los posibles riesgos que éste acarrea, con el fin de que sea autorizado para llevarlo a cabo. Esta manifestación de voluntad al autorizar la intervención ajena en una órbita privada está cumpliendo con dos funciones, la primera trasladar la responsabilidad por los resultados derivados del actuar del tercero al individuo titular del bien jurídico que manifestó su consentimiento, siempre que el tercero ejecute su conducta de acuerdo a lo informado a quien consiente; la segunda, legitimar la conducta del tercero, al recibir una autorización del titular del bien jurídico individual para intervenir en la órbita privada, que el Ordenamiento Jurídico garantiza para el ejercicio de este Derecho. **(Hernández Gil, A. 2004; p. 49).**

*Significa lo anterior, que al emitir el paciente un consentimiento válido, está en primer lugar asumiendo responsabilidad por las consecuencias, tanto favorables como desfavorables derivadas de la actuación consentida, eximiendo así al facultativo de la responsabilidad frente a los padecimientos físicos derivados de la ejecución del procedimiento autorizado; en segundo lugar, legitima la imposición del procedimiento por parte del médico, liberándolo de un eventual proceso, y que en el caso particular de la medicina, se*

*origina cuando a un paciente se le aplica un procedimiento sin haber obtenido su consentimiento o habiéndolo obtenido viciadamente.*

*El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados, pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le debe explicar al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

### **Deontología médica**

Es el estudio de los Derechos y obligaciones de los profesionales para con sus pacientes (clientes). Por tanto, Deontología Médica se define como el estudio de los deberes del médico ante sus pacientes, ante sus colegas y ante la sociedad en que se desenvuelve y ante el estado. Esta es una materia ausente en los programas académicos de la mayoría de las facultades de medicina del mundo, sin embargo, durante las últimas décadas y ante la progresiva “deshumanización” de la medicina ha retomado gran importancia al punto de que existen en países como los miembros de la Unión Europea el Código de Ética Médica con fuerza de Ley y con controladores jurídicos que conllevan sanciones de varios tipos a quienes lo infrinjan. También la Asociación Médica Mundial AMM, que agrupa a los Colegios Médicos del mundo, tiene su propio Código de Ética y Bioética reconocido y validado por Naciones Unidas.

Los Códigos de Ética Médica, sin embargo, no son algo nuevo; en EEUU en 1845 se estableció un primer Código de Ética Médica, en México en 1903 se publicó el Código de Moral Médica y Cortesía Profesional, en 1918 se publicó el Reglamento de Deontología Médica, en 1919 se da a conocer la Oración del Médico y es hasta después de la Segunda Guerra Mundial en 1948 en Ginebra que se propone el Juramento Médico Universal y el Código Internacional de Ética Médica. Estos dos documentos modernizan el Juramento Hipocrático adecuándolo a tiempos más modernos. (López Jacoiste, J. 2010; p. 43).

### Características del acto médico

El acto médico puede ser directo (que da origen a la responsabilidad civil y penal) y el indirecto, es decir los que no ejecuta el médico de manera directa sino a través de sus auxiliares, de exámenes y diagnósticos de laboratorios mediante los cuales se apoya para tomar una decisión; ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.).

**Acto médico directo.** Para la Doctrina actos médicos directos constituyen “aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo”.

Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación. Para un mayor entendimiento, explicaremos estos actos brevemente:

**a) Preventivos:** Los preventivos hacen referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

**b) Diagnósticos:** El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente. (Lledó Yagüe, F. & Morillas Cueva, L. 2012; p. 58).

**c) Terapéuticos:** La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

**d) La rehabilitación:** Es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

En conjunto todos estos actos médicos buscan hacer un análisis acertado de la situación del paciente con el fin de determinar el tratamiento a seguir para lograr su alivio y curación.

**Acto médico documental.** El acto médico documental es complementario del acto médico directo y del acto médico indirecto; el acto médico documental sirve como soporte en el sentido de que deja constancia de la actuación del médico frente a un caso determinado, su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. En él se incluyen todos los documentos médicos legales entre los que se destacan: el certificado médico, la receta o fórmula médica y la historia clínica, documento considerado el más importante de todos. (Lledó Yagüe, F. & Morillas Cueva, L. 2012; p. 59).

## Tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis

### El error médico y su diferencia con la mala praxis

Actualmente no existe un consenso internacional sobre la definición del error médico. Se ha sido definido como el fracaso de aplicar completamente un plan de acción como fue propuesto o también del uso de un plan equivocado para alcanzar un objetivo. Los errores pueden incluir problemas de la práctica, productos, proceder o procedimiento y sistemas. (Limaylla Vega, G. 2018; p. 65).

Para el Instituto de Medicina de los EE.UU. (IOM), señalan **Bórquez Vera & Burgos Salinas (2016)**:

“El error médico es un evento adverso o cerca de ser producido, que en su mayoría puede ser prevenido, con los actuales conocimientos de las Ciencias Médicas. Es importante diferenciar el error médico de la mala praxis y sus variantes como la infracción o imprudencia, negligencia, la mala fe, el abandono, impericia; puesto que la mala praxis implica responsabilidad moral y legal del profesional”. (Bórquez Vera, P. & Burgos Salinas, R. 2016).

Los casos de error médico serían:

1. Tratamiento innecesario o que tiene pocas probabilidades de beneficios. Como, por ejemplo: indicar incorrectamente un antibiótico que causa resistencia y reacciones adversas, realizar una operación innecesaria.
2. No utilizar o demorar un servicio o tratamiento potencialmente adecuado, que trae como consecuencia complicaciones, muertes prematuras y altos costos. Por ejemplo: no realizar un control adecuado a los diabéticos para la prevención de complicaciones, no utilizar el examen para el diagnóstico precoz del cáncer del cuello uterino o la mamografía, un inadecuado seguimiento del embarazo, no lavarse las manos como está normado.
3. Errores en el diagnóstico, por diferentes factores, que demora o atrasa una oportuna conducta o tratamiento, que causan innecesarios eventos adversos y peligro de perder la vida. Se considera que este grupo incluye la mayoría de las causas de error médico”. (Limaylla Vega, G. 2018; p. 66).

### **La previsibilidad en la imprudencia**

Al momento de tratar la imprudencia, debe tomarse en consideración si hubo no previsión de un resultado previsible. Por lo que, en este supuesto, la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Podría incluso decirse que la previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad sustitutiva del elemento intencional propio del dolo.

La falta de previsión puede ser considerada de extrema importancia dentro del injusto imprudente, ya que es característico de la imprudencia prever el resultado y no aceptarlo o no preverlo pudiendo o debiendo hacerlo. En el caso de los profesionales de la salud, éstos siempre se encuentran en la obligación de prever el posible resultado de sus acciones debido a la naturaleza de su profesión. La no previsión de las posibles consecuencias que se podrían desprender de su conducta es sin duda una actuación sin la diligencia debida pudiendo lesionar los bienes jurídicos protegidos de sus pacientes; por lo que la previsibilidad no resulta solamente útil para efectos probatorios, sino que por el contrario es un elemento del tipo imprudente. **(García Rivas, N. 1999; p. 53).**

El deber de previsibilidad para que no se configure un injusto imprudente siempre debe ser respetado por los profesionales de la salud, para que desde una perspectiva ex ante puedan analizar sus procedimientos y guiarlos hacia un correcto accionar. La previsibilidad subjetiva, real o potencial, es el elemento que constituye el tipo subjetivo imprudente junto a la no observancia del cuidado objetivamente requerido.

Sin embargo, de lo antes dicho tanto la apreciación de la imprudencia como error y la especial connotación que recibe la previsibilidad al momento de calificar a la conducta imprudente, estas dos teorías poseen una concepción bastante psicológica de la culpa; por lo que no deben ser consideradas de manera aislada y absoluta para determinar si existe o no imprudencia, ya que pueden presentar problemas al momento de analizar un caso culpa inconsciente debido a la falta de conexión psíquica entre el autor y el resultado, como ya se explicó con anterioridad. En consecuencia, a más de las antes dichas teorías, debe atenderse al carácter normativo de la imprudencia ya que éste determina la sustitución de la concepción normativa de la culpabilidad por la concepción normativa que brinda un mayor grado de certeza a los individuos. **(García Rivas, N. 1999; p. 54).**

**Injusto imprudente. Tipo objetivo**

El delito imprudente, se estructura a partir de la exigencia normativa de que al realizar determinadas acciones se observe el cuidado necesario para evitar lesionar o poner en peligro a un bien jurídicamente protegido. Por lo que se puede decir que lo que la Norma Penal pretende motivar es la observancia del cuidado debido en cada situación para evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Es esencia de la imprudencia, el momento normativo de la infracción de la norma de cuidado.

**(Gutiérrez Aranguren, J. 2006; p. 54).**

En consecuencia, esta infracción o lesión del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción constituye el núcleo del tipo del injusto imprudente. De lo que se deriva de manera lógica que la inobservancia por parte de los profesionales de la salud del deber de cuidado que tienen para con sus pacientes, debe encontrarse dentro de un tipo penal individual. Por lo que puede concluirse que la consideración del injusto imprudente, como infracción de la norma de cuidado, se deriva de la concepción de la norma penal como norma de determinación. De lo que se desprende la necesidad de que se cree un tipo penal que sancione a la mala praxis médica como un delito y que se deje de lado la asimilación a otros tipos penales que no permiten que se dé una sanción adecuada e impiden que se dé una efectiva tutela del bien jurídico protegido.

La existencia del deber objetivo de cuidado, si bien ha tomado mayor realce en la época moderna, no puede ser considerado como un modismo, ya que desde 1813 dentro del proyecto de Código Bávaro, se encuentra plasmado el deber autónomo de diligencia. En consecuencia, puede verse que la idea de la infracción del deber de cuidado no es nueva, lo que sí “es relativamente reciente es su incorporación a la estructura del injusto, como núcleo del mismo”. Así mismo la infracción del deber objetivo de cuidado es lo que ha de determinar la creación de un peligro típicamente relevante.

El proceso de determinación que le da el carácter de penalmente relevante a determinado hecho, exige la constatación de la concurrencia de ciertos elementos como: la existencia de un tipo penal en el que esté prevista la norma general que demanda la observancia de cuidado para evitar la afectación de determinado bien jurídico; así mismo, para la concreción del cuidado correspondiente a esa situación,

se entenderá a la existencia o no de reglas técnicas provenientes de la Lex Artis, las mismas que tendrán un valor indicativo. (**Gutiérrez Aranguren, J. 2006; p. 55**).

El conocimiento profesional que posee el actor es fundamental para la configuración del injusto imprudente; ya que la determinación del deber objetivo de cuidado no es posible sin tomar en consideración los conocimientos que el sujeto tenía o debería tener sobre la peligrosidad de su conducta.

Debe tomarse en cuenta que, en los delitos imprudentes, la adecuación social y el riesgo permitido, se concatenan en el cuidado necesario que debe tenerse dentro del tráfico como elemento objetivo del tipo imprudente. Lo que resulta siempre necesario es la previsibilidad objetiva de la realización típica. Ya que el cuidado objetivo que debe ser seguido por los médicos debe procurar que se dé la realización típica y “esta evitación depende lógicamente de la previsibilidad de la realización típica”. En consecuencia, “el deber de prever y el deber de evitar conforman el contenido del deber de cuidado objetivo lo que configuraría una causalidad adecuada”.

La esencia del cuidado que deben tener los médicos, se relaciona directamente con la norma de cuidado mediante la que deben guiar sus actos. (**Gutiérrez Aranguren, J. 2006; p. 56**).

Ubicando a la norma de cuidado dentro del tipo y núcleo del injusto imprudente, puede apreciarse a la norma de cuidado como elemento integrante del tipo imprudente, es una norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos, motivando a los individuos a no realizar conductas que configuren un delito.

Es decir, que la norma se conforma de acuerdo al cuidado general exigible para evitar la realización de “conductas que crean o incrementan el riesgo” al que se expone el paciente, de “forma penalmente relevante”.

En el supuesto del profesional de la salud que le provoca la muerte a su paciente, nos encontramos ante el delito de homicidio; la norma del homicidio es lesionada por quien realiza una acción peligrosa para la vida, por quien habiendo causado un peligro para la vida de otro no hace nada para evitarlo y por quien no cumple el deber jurídico de atención.

“La imprudencia es esencialmente, según esta construcción, una infracción del deber subjetivo de cuidado”; con ello no se prueba el poder de motivación de la

norma en los delitos imprudentes por lo que la solución debe buscarse en la eficacia motivadora del deber objetivo de cuidado. “El cuidado viene determinado por las circunstancias objetivas, pero las cualidades personales del autor juegan un papel esencial en la concreción del deber objetivo de cuidado”.

El profesional de la salud que actúa de manera imprudente, materializa la realización típica en el momento en que se infringe una norma de cuidado que crea un riesgo adecuado de muerte, aun cuando a partir de ese momento se pierda todo control sobre los acontecimientos. La observancia de los deberes de cuidado por parte de los médicos es fundamental para que el resultado de sus conductas no sea penalmente sancionado comprobando que actuaron con la diligencia debida en el caso concreto.

“El cuidado exigible en el caso concreto, desde el punto de vista de las Normas Jurídicas no es el contenido en un deber cuya no realización produce responsabilidad, sino solamente en una condición bajo la cual ha de realizarse la conducta”. (Piña, R. 2004; p. 57).

En consecuencia, si no se observan estas condiciones y se produce un resultado lesivo, debe darse al actor una sanción penal. La norma de cuidado origina un objetivo y concreto deber jurídico cuya lesión ha de evitar el sujeto actuante. Este deber jurídico ha de distinguirse de la norma, puesto que la norma es un deber general, mientras que el deber jurídico es ese deber para ese determinado autor en un determinado momento.

Como ya se mencionó anteriormente, el injusto del hecho imprudente se fundamenta en la lesión de una norma de cuidado, más debe guardarse especial consideración al hecho de que para el injusto imprudente, lo relevante no es que el médico haya advertido el peligro al que exponía a su paciente, sino la posibilidad y el deber de advertir ese peligro.

La atribución de significado penal a una conducta equivale a afirmar la existencia de infracción de la norma de cuidado, más para determinar la responsabilidad en el caso concreto, es necesario atender a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor. Tanto el cuidado interno como el externo que deben poseer los profesionales de la salud, puede ser determinado desde un punto de vista objetivo, según el comportamiento de un

hombre de mediano juicio y desde un punto de vista subjetivo según el poder individual del autor.

En síntesis, debe advertirse que el cuidado objetivo, nos indica la forma en la que debe comportarse un sujeto para que su conducta se caracterice como correcta o adecuada. Por lo que el sujeto activo tendrá que realizar esta conducta de acuerdo con sus posibilidades, ya que está obligado a cumplir el cuidado objetivo en la medida que ello sea posible.

El cuidado objetivo podrá consistir en actuar de una forma determinada, adquirir conocimientos previos o no actuar cuando no sea posible hacerlo atendiendo al cuidado objetivo. Por lo que los profesionales de la salud deben ser conscientes de que el deber de cuidado objetivo se determinará en atención a las circunstancias concurrentes, a los conocimientos y capacidades del autor en el caso concreto. **(Piña, R. 2004; p. 58).**

*Todos los días en el país se llevan a cabo muchos procedimientos médicos, muchos de ellos incluso procedimientos quirúrgicos, ciertamente un porcentaje menor de estos procedimientos no se llevan a cabo conforme a los protocolos, a las reglas aplicables al conocimiento, en el área de la práctica médica y eso da lugar a responsabilidades, responsabilidades que pueden ser imputadas a los propios médicos, al personal que les colabora, personal que tiene que ver con enfermería o personas que de alguna manera está participando en esos procedimientos, ¿y qué tipo de responsabilidades se derivan de la mala praxis médica a los profesionales de la medicina y a sus auxiliares, y cómo exigir estas responsabilidades en el caso de qué resulten afectados los Derechos de los pacientes para defender esos Derechos conculcados?*

*En cuanto a los elementos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que en el ámbito civil para que se dé la responsabilidad se debe atender a dos conceptos fundamentales que es el daño y/o el perjuicio como el incumplimiento de obligaciones, esto significa que debemos acudir a saber cuáles son las obligaciones del médico, las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, además de las obligaciones de seguridad de tal suerte que*

*estos conceptos daño y perjuicio nos ayudarán a saber hasta dónde llegó la responsabilidad del médico.*

*Debemos recordar que en el ámbito civil la relación médico-paciente se da básicamente bajo dos aspectos, bajo relaciones contractuales o bajo relaciones extracontractuales, esto es muy importante porque servirá para determinar cargas de la prueba, base de la acción durante un proceso determinado, pero desafortunadamente en Paraguay casi todas las relaciones médico-paciente en el ámbito privado se dan de manera extracontractual, incluso en temas muy delicados como para realizar una intervención quirúrgica muy pocas veces el médico se preocupa porque el/la paciente, el representante o de tutor del/la paciente según sea el caso firme un contrato de prestación de servicios profesionales. Muchas veces los médicos en este ámbito particular que regula el Derecho Civil, no saben cómo celebrar un contrato de prestación de servicios, cuáles son sus obligaciones, no tiene ni siquiera a veces un formato, por lo que cabe decir que un/a abogado/a siempre necesita un médico, pero un médico también necesita un/a abogado/a, y son con estos conceptos que más o menos podemos ir formando lo que sería la responsabilidad en el ámbito civil.*

*Suponiendo, aunque es menor el porcentaje, hubiera un contrato de prestación de servicios profesionales y en ese contrato existiera una cláusula medio disfrazada como redactada con cierta maña para excluir de responsabilidad al médico, es decir, parecería que el paciente al firmar el contrato acepta los riesgos, pero digamos no los riesgos naturales que pueden devenir de un procedimiento terapéutico o quirúrgico, sino los riesgos de la mala praxis también, ¿qué sucede con este tipo de cláusulas?*

*Como en cualquier contrato si la cláusula está viciada o tiene alguna circunstancia que la lleve a ser nula por más que la voluntad de las partes sea la Ley máxima de los contratos, pues tendrá que declararse nula y ahí es donde entra acertadamente que el facultativo está obligado a brindar resultados de medios y en algunos casos*

*como en las cirugías estéticas, por ejemplo, tiene la obligación de resultado.*

*Si el médico ofrece una cirugía estética a un paciente para quedar de alguna u otra manera, está ofreciendo un resultado, pero si en el contrato está poniendo una cláusula donde dicen que el paciente deja de responsabilizar al médico, el médico tiene la posibilidad de hacer lo que quiera, pensando que no incurrirá en responsabilidad, lo cual es absolutamente ilegal, y además podría llevar a estas nulidades, pero no solamente eso, sino que pudiera incluso bajo estas vertientes el médico podría incurrir en algún delito que lo pudiera involucrar e incluso sancionar con pena privativa de libertad. Y el argumento de decir que se cuenta con un contrato donde se lo excluye de responsabilidad, en este sentido tendría que verse hasta dónde ese contrato le resulta útil o no, para eximirlo de la responsabilidad civil, pero también de la responsabilidad penal.*

*En este punto sobre lo que se debe reflexionar es sobre la importancia de la celebración de un contrato y la información que el médico proporciona al paciente sobre no sólo la cirugía, sino lo que posteriormente puede darse.*

## Factores que implican la presentación de denuncias

### Peligro y daño en la mala praxis médica

El Derecho Penal, es un sistema que se ocupa de garantizar la protección de bienes jurídicos protegidos, en consecuencia, se ocupa de sancionar a quienes efectivamente los lesionan y a quienes los exponen a un peligro no tolerable por encontrarse fuera de los límites del riesgo permitido. Dentro de la mala praxis médica pueden surgir supuestos tanto de delitos de peligro como de daño; éstos últimos no presentan mayor dificultad al momento de ser identificados y sancionados, ya que son aquellos en donde se produce un resultado o daño evidenciable como la muerte o las lesiones. **(Iraola, L. & Gutiérrez Zaldívar, H. 2012; p. 87).**

Los delitos de daño, también conocidos como delitos de lesión o de resultado, se dan cuando el delito produce un daño efectivo que transgrede un concreto bien jurídico protegido de un individuo determinado. Es decir que estos delitos son aquellos que efectivamente causan un daño, produciendo la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido, como se verifica en la muerte y lesiones producidas por mala praxis médica.

Debido a la posibilidad de verificar de manera clara que se incurre en un delito de peligro siempre que por cualquier vía se lesiona un bien jurídico, como la vida o la integridad personal del paciente, este tipo de delitos no presenta mayor dificultad que “determinar el inicio de la lesión, que es problema del iter criminis y la relación de causalidad”. Por su parte los delitos de peligro se producen cuando el bien jurídico sufre una amenaza intolerable por el individuo, más no llega a producirse una lesión efectiva y concreta, implicando siempre la existencia de una acción por parte del sujeto activo; en el caso que nos compete por parte de los profesionales de la salud.

En los delitos de peligro, la acción se concreta al riesgo de deterioro del bien jurídico protegido, por lo que se ve un adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la lesión, imponiendo de esta manera penas a quien ponga en peligro a un bien jurídico protegido; encontrando su justificación en un Sistema Penal orientado a la prevención e imposición de pautas de conductas adecuadas para la sociedad; limitando la peligrosidad de determinadas conductas.

Cuando nos encontramos ante conductas peligrosas en sí mismas como la medicina, la vida social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites. En consecuencia, la superación de dichos límites es lo que determina la antijuridicidad de la conducta. **(Iraola, L. & Gutiérrez Zaldívar, H. 2012; p. 88).**

La tipificación del peligro en materia penal suele tener una doble consideración, por una parte, la existencia de un peligro como “cosa en sí” y por otra la vinculación del peligro a un daño del bien jurídico, considerándolo como “cosa para algo”.

Dentro de la consideración del peligro como “cosa en sí”, se tiene en cuenta al peligro como el reflejo de una situación que se da en la realidad, independientemente de la voluntad o intervención de los sujetos actuantes. Por lo que la norma se considera agredida cuando se desarrolla determinada conducta que “altera el status del mundo social” y que por sí sola es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad.

El peligro considerado como “cosa para algo” es mirado como potencialmente apto para causar un daño. Esa aptitud de la amenaza o del riesgo se busca a través de la llamada Ley de posibilidad o probabilidad, que ha sido usualmente tomada como patrón para establecer la relevancia del nexo.

Debido al carácter culposo de los delitos de mala praxis médica, resulta conveniente analizar a los mismos desde la perspectiva del delito imprudente, pudiendo así decirse que los delitos de peligro surgen para “castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar que el resultado se produzca”.

Lo que genera un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente, normalmente impune, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia de la forma lesiva de la forma de ataque al mismo, en ciertos ámbitos en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido tipificar la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado, sin menoscabo de la Seguridad Jurídica. **(Iraola, L. & Gutiérrez Zaldívar, H. 2012; p. 89).**

Para los supuestos de mala praxis médica, resulta extremadamente necesario este adelantamiento de la protección, ya que al ser éste un delito imprudente y no

existir la posibilidad de tentativa dentro del delito culposo o imprudente; no sería aceptable que la exposición al paciente a un riesgo alejado de lo permitido quedara en la impunidad.

Ya que se está exponiendo al paciente a una gran posibilidad de lesión de un bien jurídico protegido como la vida y la integridad persona; lo cual se presenta por lo general en los casos de oblitio quirúrgico por parte de los profesionales de la salud.

De lo antes mencionado se desprende que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar, por lo que se consideraría que los delitos de peligro no tienen un injusto propio. En consecuencia, se entendería que el peligro no es un “estado a evitar en sí mismo, sino sólo en cuanto medio para evitar la lesión del bien jurídico protegido”, haciendo así que la prohibición en incurrir en una acción peligrosa responda a la necesidad preventiva y político criminal, de adelantar la protección de la posible vulneración de bienes jurídicos protegidos, al momento de actuación peligrosa. Por otra parte, existe otra corriente doctrinaria que considera que los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, el mismo que se encuentra constituido por la “dañosidad del peligro”; que se refleja en la pérdida de la seguridad del bien jurídico, “lo que supone convertirlos en una especie de delitos de lesión contra ese específico bien jurídico”. **(Iraola, L. & Gutiérrez Zaldívar, H. 2012; p. 90).**

### **Clases de peligros**

Como se ha mencionado con anterioridad, la sociedad actual debido a sus avances tecnológicos y la constante realización de actividades riesgosas que generan una utilidad social, requiere de una intervención cada vez más extensa del Derecho Penal. **(Puppe, I. 2007; p. 90).**

En consecuencia, se ha dado un proceso de tipificación que guarde consonancia con las nuevas formas y modalidades de asunción de riesgos de la sociedad actual, llegando a ser considerada como “sociedad de riesgo”. Debido a que los riesgos a los que se enfrenta la sociedad son de distinta índole, deben distinguirse entre distintas clases de delitos de peligro; la distinción clásica separa los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

El delito de peligro concreto requiere de la concreta puesta en peligro de un bien jurídico protegido, considerándose al peligro concreto como el resultado típico. Estos delitos involucran un resultado de peligro, es decir se sanciona el resultado peligroso

concreto. La tipicidad del delito de peligro concreto, exige que se compruebe la existencia real del peligro, por lo que la Ley hace referencia expresa a la posibilidad de peligro. Por otra parte, los delitos de peligro abstracto con aquellos en los que se castiga la acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto, sin exigir que en el caso concreto se haya efectivamente verificado un resultado. Por lo general se da en delitos de mera actividad, en los cuales sólo su actividad ya genera peligro, por lo que se sanciona la probabilidad del resultado.

En los delitos de peligro abstracto, se describe una conducta “cuya sola realización crea la situación de peligro para el bien jurídico”, es decir, “que la Ley presume que cada vez que se realiza la conducta tipificada surge la situación de peligro”. Debe considerarse que, para evaluar el peligro, resulta fundamental utilizar una perspectiva ex ante para ver la peligrosidad en la acción y una perspectiva ex post para el resultado peligroso. (Puppe, I. 2007; p. 91).

Otra clasificación propuesta para los delitos de peligro, la cual resulta especialmente relevante para los delitos de peligro concreto distingue entre delitos de peligro común o general y delitos de peligro individual. De acuerdo a la Doctrina antigua, para algunos autores, la diferencia radica en la unicidad o pluralidad de personas o bienes puestos en peligro; mientras que, para otros autores, la diferenciación apunta a la determinación o indeterminación del número o de la individualidad de los objetos puestos en peligro.

Por su parte, la Doctrina moderna considera que el objeto del peligro común, es la colectividad, sin que esto signifique que se deba poner en peligro necesariamente a una pluralidad de personas, sino que “esa colectividad puede venir representada por una sola persona indeterminada ex ante, como parte de esa colectividad”. Es decir que, basta el peligro de una sola persona, no considerada en su individualidad sino en representación del colectivo de los participantes de determinada actividad, cuya seguridad se ve vulnerada, como colectividad, por una actuación peligrosa.

Por su parte, el peligro individual se refiere a la puesta en peligro de la persona como individuo, es decir, que los sujetos se encuentran perfectamente determinados, aunque constituyan un colectivo más o menos amplio a los que se les garantizan ciertos parámetros de protección. Existe también la propuesta de la existencia de un tipo mixto de peligro, es decir el peligro abstracto concreto, el cual combina elementos de estas dos clases de peligro. Este supuesto resulta válido cuando “la

aptitud para la producción de un resultado lesivo es elemento del tipo sin que se establezca una caracterización más precisa del ataque contra bienes jurídicos individuales”. (Tamayo Martínez, J. 2007; p. 92).

Debido a la naturaleza de la mala praxis médica, en el supuesto de olvido quirúrgico, puede decirse que el delito de peligro que puede desprenderse del mismo es un delito de peligro concreto individual. Ya que se puede comprobar de manera clara la existencia del peligro para un bien jurídico protegido, que puede ser tanto la vida como la integridad personal, sancionando un resultado peligroso concreto. Puesto que es innegable que el olvido por parte de profesionales de la salud de instrumentos quirúrgicos dentro de un paciente lo expone sin duda alguna a un riesgo no permitido, en el cual se amenaza de manera directa sus bienes jurídicos protegidos. (Tamayo Martínez, J. 2007; p. 93).

### **Riesgo permitido**

Debe tomarse en cuenta que muchas actividades riesgosas con necesarias no solo para la economía sino también para el desarrollo de la sociedad. Lo que puede llevarse al campo de la profesión médica, ya que en este sector están en juego por un lado la utilidad social del desempeño de las actividades médicas y por otro el peligro en que se coloca a los pacientes por la realización de algunos procedimientos. Si bien en muchas ocasiones es el paciente el que da su consentimiento para el obrar de los profesionales de la salud, esto no implica que, por dicho consentimiento previamente expresado, el profesional que por una actuación negligente irroge daños a la persona que se encuentra bajo su cuidado vaya a ser exento de la responsabilidad penal que un comportamiento y un daño de tal naturaleza deban acarrear. La sanción penal que se le daría a un profesional de la salud que actúe en dicho supuesto se desprende del deber objetivo de cuidado que debe guardar frente a su paciente y a la posición de garante en la que se encuentra para con el enfermo bajo su cuidado desde el momento que el profesional de la salud conoce del estado del paciente. (Chinchilla Sandí, C. 2004; p. 64).

Existe una estrecha relación entre las actividades riesgosas y el delito imprudente, ya que la mayor parte de las realizaciones típicas imprudentes tienen lugar en el desempeño de actividades peligrosas, pero permitidas por su utilidad social, como el de la medicina. En estos supuestos el deber de cuidado obliga a no sobrepasar el riesgo permitido, mirando al deber de cuidado como un deber de actuar

prudentemente en situaciones peligrosas. Esto implica que la conducta permitida crea un peligro abstracto de lesión de un bien jurídico; lo cual sitúa al sujeto en posición de garante frente a ese bien jurídico en peligro, por lo que no deben sobrepasarse los límites del riesgo permitido.

Dentro de la profesión médica, se encuentran inmersas ciertas actividades que representan un peligro de lesión para bienes jurídicos protegidos, no obstante, se encuentran autorizadas siempre que no sobrepasen cierto grado de riesgo. Es decir, que la acción profesional resulta intolerable cuando supera el riesgo permitido en el arte médico, no debiendo, el profesional de la salud, actuar de manera que exponga la vida de su paciente a un mayor riesgo. Puede decirse que el riesgo permitido intenta construir un criterio válido de delimitación a la posible imputación frente a un resultado previsible en el ámbito de la imprudencia, buscando que se contemple la existencia de riesgo mínimo que no sea penalmente sancionado. En consecuencia, el riesgo permitido es un criterio adecuado para la restricción del tipo, por lo que, si no se actúa fuera del riesgo permitido no se incurre en la conducta descrita en el tipo penal. **(Chinchilla Sandí, C. 2004; p. 65).**

Debe verse al riesgo permitido como un peligro concreto que el profesional de la salud puede crear sin que por ello o por la lesión de un bien jurídico que de ello se derive pueda ser hecho responsable penalmente. Esta posibilidad se da debido a la utilidad social que representa la práctica profesional médica, por lo que a pesar de los peligros que conlleva este tipo de actividad, no se pueden castigar todas las muertes y lesiones que se produzcan justificándose en que aquello que es útil para la sociedad como un conjunto, lo es también para el sujeto en peligro, “como lo es la realización de una operación peligrosa para salvaguardar la vida del paciente de una enfermedad también peligrosa”.

La mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se transforme en lesión del bien jurídico, permitiría en ciertas circunstancias negar la relevancia típica del riesgo; podría decirse que las fuentes de riesgo permitido se encuentran delimitados por la Lex Artis y no son un criterio subjetivo que puede justificar toda actuación médica dejando desprotegidos a los pacientes. En consecuencia, aquello que se considerará como riesgo permitido debe verse contenido en las Leyes; guías y protocolos de manejo; literatura científica; y en el baremo, que implica medir el

comportamiento de un médico con el de otro profesional que posea sus mismos conocimientos y experiencias.

La figura de riesgo permitido es necesaria en el ámbito de las actividades peligrosas, como la medicina, ya que en éstas aun actuando con observancia de todas las medidas de cuidado exigibles, son previsibles riesgos distintos que no es posible evitar.

“La conducta que encierra riesgos propios sólo puede emprenderse adoptando todas las medidas de prudencia, control y supervisión al realizar la acción para así descartar o mantener dentro de ciertos límites a los peligros implicados”, por lo que la permisión del riesgo se condiciona a la aplicación de ese especial cuidado dirigido a mantener el riesgo en sus niveles mínimos. Es decir que el principio de riesgo permitido trata de reducir al máximo los peligros de la actividad médica a través de la exigencia de mayores medidas de seguridad “cuando mayor sea el peligro en ese ámbito de tráfico”. (Chinchilla Sandí, C. 2004; p. 66).

Debe tenerse siempre claro que el ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa no debe calificarse como riesgo permitido, puesto que éste es aquel riesgo existente que no resulta abarcado por el deber objetivo de cuidado y que se justifica por la utilidad social de la actividad. Mediante la clara delimitación del riesgo permitido dentro de la profesión médica se le brinda al profesional mayor seguridad jurídica ya que no lo expone a demandas indiscriminadas por parte de sus pacientes, en consecuencia, al momento de que se enjuicie a un profesional de la salud, debe motivarse que éste actuó sin respetar los parámetros del riesgo permitido.

La frontera entre el riesgo permitido y el no permitido, debe ser analizada buscando una valoración ex ante de los intereses en juego. El riesgo permitido debe ponderar por un lado la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y por otro la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico, es decir el grado de probabilidad de lesión del bien jurídico protegido. (Chinchilla Sandí, C. 2004; p. 67).

### **Riesgo típicamente relevante**

Los tipos penales que versan sobre delitos imprudentes, responden a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico. Ésta norma de cuidado posee un carácter general frente a todos los sujetos y las circunstancias en las que éstos se

desenvuelvan. En consecuencia, el riesgo será típicamente relevante cuando sea adecuado para causar la lesión de un determinado bien jurídico protegido y le fuese posible y exigible al sujeto su evitación. Es decir, el peligro típicamente relevante se crea con la conducta realizada sin cumplir con el deber de cuidado.

La infracción de la norma de cuidado es el fundamento de la creación de un riesgo típicamente relevante, ya que el presupuesto de la imputación constituye la configuración del riesgo típicamente relevante, por lo que el fundamento de este supuesto es prima facie la infracción de la norma de cuidado. Por ello, se sostiene que no es suficiente que la conducta cree un riesgo de lesión de un bien jurídico, sino que, además, es necesario que este riesgo sea consecuencia de la infracción de una norma de cuidado. Sólo en este supuesto nos encontramos ante un riesgo penalmente relevante.

Una conducta será típica en sentido objetivo cuando despliegue un riesgo relevante en el sentido del tipo. Dicho de otro modo: cuando despliegue un riesgo típicamente relevante (o jurídico-penalmente relevante) en el sentido de los riesgos que la norma en cuestión pretende prevenir (esto es suficiente para tipos de mera actividad y tentativas), que se realiza en el resultado (lo cual es necesario para tipos de resultado). **(Lombana, J. 2007; p. 68).**

La conducta prohibida y descrita en un tipo crea un riesgo jurídicamente desaprobado que debe ser sancionado salvo que concurra alguna causa de justificación, la misma que deberá ser motivada de manera detallada por el profesional de la salud que la alegue debido a la naturaleza de la profesión médica.

No debe dejarse de lado que un riesgo típicamente relevante ocasiona que el profesional de la salud que lo transgreda sea penalmente responsable, es el supuesto de culpa por asunción de riesgos, es decir cuando el médico asume la terapia de un paciente sin que el tratamiento que le va a proporcionar corresponda a su especialidad.

Este supuesto recibe un reproche penal, ya que se está exponiendo al paciente a un riesgo innecesario que no está obligado a resistir. Pueden ser casos de culpa por asunción de riesgo, cuando habiendo posibilidad de hacerlo, el profesional de la salud no solicita la colaboración de un especialista, cuando no se remite al paciente a un Centro Asistencial que cuanta con mejores medios para su tratamiento o cuando una vez iniciada una intervención quirúrgica, el médico que peca que su

diagnóstico inicial no era el correcto y sin contar con la preparación necesaria procede a participar y hacerse cargo de una intervención no planificada inicialmente. **(Lombana, J. 2007; p. 69).**

### **La mala praxis como un delito de omisión**

Suele distinguirse a los ilícitos de acuerdo a la modalidad del acto entre delitos de acción (comisión) u omisión según se refieren a una infracción de una prohibición de hacer o en la forma de desobediencia a un mandato de acción. **(Meincke, M. 2001; p. 70).**

La acción es la modalidad por la que se dan la mayoría de delitos, “se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente que causa un resultado dañoso”. Mientras que la omisión, se presenta como un voluntario no hacer algo, “que debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba”. Por lo que podría considerarse a la omisión como un “no desarrollar una actividad que el Sistema Jurídico espera de una persona, o el no impedir un resultado concreto que el sujeto tiene el deber jurídico de evitar”.

En el delito de omisión, se ve presente un problema normativo, en virtud del cual la comunidad confía en la intervención de alguien, quien, al no realizar aquello que la comunidad espera de él, infringe los intereses que le han sido confiados. Dentro de la omisión, se puede evidenciar un comportamiento pasivo consistente con la no ejecución de una determinada acción, que se esperaba que un sujeto realice debido a determinada disposición legal.

Ya que el delito omisivo se configura con un no hacer, cuando la norma manda a hacer algo, no se juzgará el acto cometido sino el esperado. Es decir, la Ley Penal sanciona “la desobediencia del propio mandato de obrar de determinada manera”. La omisión se da en los casos en los que no se actúa conforme a lo dispuesto en Normas Jurídicas que ordenan la realización de acciones que tengan resultados socialmente esperados y evitan que se produzcan lesiones.

No todo no hacer puede ser sancionado, la imputación del delito omisivo depende no sólo de la inactividad del autor, sino que además requiere que el agente haya estado en condición de realizar aquello que se le ordenaba. **(Meincke, M. 2001; p. 71).**

La Doctrina señala que el delito de omisión puede ser de dos tipos, delitos de omisión simple o propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión. La omisión propia se da en aquellos casos en que el no hacer está previsto en la propia Ley Penal, es decir, que en la Ley se establece de manera implícita un mandato de actuar de una manera determinada. Por otra parte, la omisión impropia consiste en no evitar la lesión de un bien jurídico cuya tutela sólo está prevista frente a acciones positivas.

La teoría formal de las fuentes de la posición de garante no es aceptada de manera unánime por toda la Doctrina, ya que hay quienes consideran que la posibilidad de considerar al contrato como fuente de un deber actuar de carácter penal, es inadecuada, debido a que supondría una “translación” de discusiones civiles al área penal en relación a la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa del contrato. En consecuencia, la teoría moderna prescinde del negocio jurídico en su sentido civil para determinar la posición de garante, y considera que la misma se desprende de un deber de actuar especial del sujeto. Tal como se verá más adelante. (Meincke, M. 2001; p. 72).

La mala praxis médica, no permanece ajena al delito omisivo, ya que ésta es una de sus manifestaciones debido a que en la profesión médica existe un especial deber de obrar, el cual es un fuerte condicionante para los profesionales de la salud, ya que la omisión al cumplimiento estricto de dicha obligación, abre la posibilidad de ser imputados por mala praxis médica en sede penal. En consecuencia, las omisiones médicas, se entenderán especialmente relacionadas con el deber de obrar impuesto a los profesionales de la salud. Este deber médico funge como condicionante para que omitir los deberes y obligaciones que de derivan de la profesión médica, impliquen para el galeno ser directamente imputado por un hecho dañoso. (Meincke, M. 2001; p. 73).

### **Vías para canalizar la presentación de las denuncias**

Se pueden utilizar estas vías:

Administrativa.

Penal.

Civil.

Contencioso administrativo, en cuanto que la institución estatal, con rango constitucional, que proporciona los servicios de salud, se denomina.

Estas denuncias responden al tema de la inseguridad ciudadana, particularizada en el terreno de los servicios públicos, como es el de la salud, dando lugar a la inseguridad ciudadana en el terreno de la salud pública. (Solano, P. 2001; p. 116).

### **Relación entre el acto médico, el acto jurídico y el hecho jurídico**

Una vez definido y estudiado el acto médico, se procederá a definir el acto jurídico como “la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”.

Para **Jiménez De Asúa (1979)** el acto jurídico es:

“La manifestación de la voluntad que mediante una acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguarda”. (Jiménez De Asúa, L. 1979).

Finalmente, el maestro **Galgano (1992)** considera que:

“El acto o la declaración de voluntad no produce efectos si se consta que el sujeto no los había querido. En el acto jurídico las relaciones jurídicas surgen por la manifestación de la voluntad, en la voluntad se manifiesta el ejercicio de la libertad individual; en el acto jurídico, la voluntad debe ser libre y estar dirigida a la modificación, creación o extinción de las relaciones jurídicas”. (Galgano, F. 1992).

Según **Quirós (2005)**:

“Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la Ley. Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. En efecto, cuando el médico ejecuta el acto médico produce un movimiento en el mundo externo ocasionando consecuencias en el mundo del Derecho al actuar dos Sujetos del Derecho a saber, el médico y el paciente. Posición que comparte la Doctrina al señalar que, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene Derechos; el médico tendrá que preservar estos Derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos”. (Quirós, M. 2005; p. 60).

Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal. Estos Derechos han sido reconocidos previamente por la Ley como Derechos Subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en

nuestro favor aquellos Derechos que el Ordenamiento Legal previamente nos haya concedido).

Es así como, la actuación del médico puede encuadrar con la violación de un Derecho sancionado por la Ley, caso en el cual se estará vulnerando el Derecho Subjetivo del paciente al encuadrarse la conducta al supuesto de hecho descrito por la Ley. La Doctrina agrega que, jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un Derecho:

El primero, de consagración abstracta e impersonal (Derecho Objetivo).

El segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto (Derecho Subjetivo). Por ejemplo, el consagrado constitucionalmente “toda persona tiene Derecho a la Vida” puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció. En materia penal la única fuente de Derecho es la Ley, en la medida en que el acto médico encuadra en la norma habría lugar a imputar responsabilidad médica. **(Quirós, M. 2005; p. 61).**

En efecto, el Dr. **Guzmán Mora (1994)** sostiene que:

El problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los Derechos Subjetivos. Y como el Derecho Subjetivo encuentra su fuerza en la norma de Derecho Objetivo, hay que concluir que el Derecho Subjetivo tiene su fuente en la Ley. Sólo que el nacimiento de ese Derecho Subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de Derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico. **(Guzmán Mora, F. 1994).**

El hecho jurídico debe ser entendido en términos generales como:

“Cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el Ordenamiento Jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o modificativo o extintivo de relaciones jurídicas”. Hecho jurídico puede ser, por tanto, un acontecimiento natural absolutamente independiente de la voluntad del hombre o, un hecho humano. **(Llobet, J. 2001; p. 61).**

El acto médico por tanto puede ser un acto jurídico o un hecho jurídico lo que origina que al acto médico se le deriven efectos jurídicos. Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos, mientras aquellos buscan un

resultado concreto en el Derecho, (por ejemplo, un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de tránsito, la lesión hecho producido por el hombre no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada). (Llobet, J. 2001; p. 62).

### **Causas de justificación o de atenuación de la mala praxis**

Consentimiento del titular del Derecho (del lado del paciente).

Estado de necesidad.

El caso fortuito y el de fuerza mayor.

El caso de iatrogenia (del lado del médico). (Tiffer, C. 2001; p. 49).

### **Regulación internacional de la mala praxis médica con consecuencias para la salud**

A nivel internacional fue adoptada la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981, que fue enmendada en la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005. La declaración proclama algunos de los principales Derechos del paciente que la profesión médica ratifica y promueve. Los médicos y otras personas u organismos que proporcionan atención médica, tienen la responsabilidad conjunta de reconocer y respetar estos derechos. Los principios reconocidos en la Declaración son los siguientes:

**Derecho a la atención médica de buena calidad.** En este punto se regula el Derecho que tiene toda persona, sin discriminación, a una atención médica apropiada, a ser atendido por un médico que tiene libertad para dar una opinión clínica y ética, sin ninguna interferencia exterior y a ser tratado respetando sus mejores intereses, conforme a los principios médicos generalmente aprobados. Asimismo, en circunstancias cuando se debe elegir entre pacientes potenciales para un tratamiento particular, el que es limitado, todos esos pacientes tienen derecho a una selección justa para ese tratamiento, basada en criterios médicos y sin discriminación. (Benítez Cabrera, E. 2008; p. 290).

También implica el Derecho a una atención médica continua y que el médico tiene la obligación de cooperar en la coordinación de la atención médicamente indicada, con otro personal de salud que trata al paciente.

**Derecho a la libertad de elección.** Se trata del Derecho del paciente a elegir o cambiar libremente su médico y hospital o institución de servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado y a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento del tratamiento.

**Derecho a la autodeterminación.** El paciente tiene Derecho a la libre autodeterminación en relación a su persona, así como también cuenta con el Derecho de que el médico le informe las consecuencias de su decisión. En este contexto, el paciente puede dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia y debe entender cuáles son las consecuencias de no brindar su consentimiento.

También implica que el paciente tiene Derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

**El paciente inconsciente.** En los casos en que el paciente se encuentre inconsciente o no pueda expresar su voluntad, esta Declaración determina que se debe obtener el consentimiento de un representante legal, cuando sea posible. Si no se dispone de un representante legal y se necesita urgente una intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, que éste rechazaría la intervención en esa situación.

**El paciente legalmente incapacitado.** En los casos de pacientes menores de edad o legalmente incapacitados, la Declaración establece que se necesitará el consentimiento de un representante legal, aunque se debe intentar que este participe en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad. **(Benítez Cabrera, E. 2008; p. 291).**

En efecto, si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene Derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal.

**Procedimientos contra la voluntad del paciente.** El único caso en el que la Declaración admite el diagnóstico o tratamiento contra la voluntad del paciente, es

cuando, excepcional y específicamente, lo autoriza la Ley y estos se encuentran acordes a los principios de ética médica.

**Derecho a la información.** En cuanto a este ítem de la Declaración, se tiene que el paciente tiene Derecho a recibir información sobre su persona y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición.

Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que esta representaría un serio peligro para su vida o su salud. En cuanto a la información, esta se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.

**Derecho al secreto.** La Declaración dispone que toda la información del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte. Asimismo, toda información identificable del paciente debe ser protegida de manera apropiada.

**Derecho a la educación sobre la salud.** Esto significa que toda persona tiene Derecho a la educación sobre la salud que le ayude a tomar decisiones informadas sobre su salud personal y sobre los servicios de salud disponibles.

**Derecho a la dignidad.** En cuanto a la dignidad del paciente y el Derecho a su vida privada, la Declaración determina que deben ser respetados en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores. (Benítez Cabrera, E. 2008; p. 292).

Asimismo, el paciente tiene Derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales y, en su caso, tiene Derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible.

**Derecho a la asistencia religiosa.** Se reconoce al paciente el Derecho a recibir o rechazar asistencia espiritual y moral, inclusive la de un representante de su religión.

Todos estos Derechos plasmados en la Declaración de referencia, si bien son meramente declarativos, generan una suerte de compromiso en los profesionales de la salud para la atención médica, puesto que más allá de su obligatoriedad o no, tienen que ver con la propia dignidad humana del paciente. (Benítez Cabrera, E. 2008; p. 293).

### **Responsabilidad de los centros hospitalarios**

Para poder determinar la responsabilidad en los Centros Hospitalarios, sean éstos clínicas, hospitales, cajas de salud, asistencia pública, también se debe identificar la fuente obligacional que estos Centros de Salud emplean para dar servicios a los pacientes, a la vez de poder determinar cuál es la relación entre el paciente, el Centro de Salud y el profesional médico. Referido a las obligaciones, se encuentra estipulado el contrato a favor de terceros, el mismo que indica:

Es válida la estipulación a favor de un tercero, cuando el estipulante, actuando en nombre propio, tiene un interés lícito en hacerla.

El tercero adquiere, en virtud de lo estipulado e independiente de que acepta o no, Derecho a la prestación, contra el obligado a prestarla, excepto pacto en contrario.

El estipulante tiene, asimismo, el Derecho de exigir al promitente revocar o modificar la estipulación antes que el tercero haya declarado, expreso o tácitamente, que quiere aprovecharla. En tal sentido, quien contrata a un profesional, lo hace para que éste ponga sus servicios y conocimientos a disposición del establecimiento, sea público o privado, con la finalidad de que un tercero pueda beneficiarse de la atención de dicho profesional, quien a su vez contrata los servicios del establecimiento para obtener, en caso necesario, los medios adecuados para la preservación de la salud propia o de terceros. **(Gavilanes, C. 2011; p. 135).**

Este preámbulo se hace necesario para poder determinar la responsabilidad civil de quien comete la falta profesional, dado que, en tal situación, existen dos contratos y un solo representante, a la vez de existir dos responsables y una sola víctima. En este caso, el establecimiento actúa como persona jurídica, susceptible de toda prerrogativa que la Ley le otorga, así como de toda obligación en caso de fallar en la atención que brinda, de manera mancomunada con quienes dependen directamente de dicho establecimiento. Se observa que de esta relación se forma un triángulo de responsabilidades, por la cual surge un nexo entre el paciente y el profesional a través de la persona jurídica, en este caso el Centro Médico, de la siguiente manera:

“El Centro Médico contrata los servicios de profesionales para que este presta sus conocimientos y ciencia a la institución, pública o privada, a la vez que el paciente toma un seguro, por la caja nacional de Seguridad Social o por vía privada, para recibir atención médica oportuna, hasta este momento está establecida la

relación contractual a favor de terceros por la que la empresa pública, llámese Estado, o la empresa privada, contrata los servicios profesionales para la atención médica, la causa, abriendo la posibilidad para que cualquier sujeto contrate los servicios de dicha institución para asegurar a un conjunto de personas o a sí mismo, como persona jurídica o natural respectivamente”.

**Centros públicos y responsabilidad estatal.** Entre los Centros de Atención Pública se tiene principalmente a los hospitales, que tienen un procedimiento especial para la contratación de servicios y la puesta de dichas atenciones ante el público. De la misma manera responden por las faltas de los médicos intervinientes, en tanto haya una obligación preexistente, de origen contractual, falta médica, daño, relación causal entre la falta y el daño e imputabilidad del médico interviniente, con independencia de la relación existente entre éste y el establecimiento. (**Gavilanes, C. 2011; p. 136**).

En el resarcimiento, en supuesto de existir una falta médica, por parte de la entidad, debe demostrarse previamente el incumplimiento por parte del médico, lo cual se constituye de manera directa en la base de la responsabilidad del establecimiento como tal, mismo que, al momento de la contratación de los servicios profesionales, vuelca su confianza en una obligación de garantía por la conducta de quienes pasan a ser dependientes, subordinados o sustitutos, quienes hacen suyas las obligaciones que asume el establecimiento como persona jurídica. Sin embargo, a la fecha tenemos conocimiento que algún nosocomio se haga responsable por el personal que está siendo investigado por mala praxis, además se debe tomar en cuenta que muchos de los hospitales públicos por la mala infraestructura y la saturación de pacientes como por la escasez de personal de salud también puede influir para que el médico no cumpla a cabalidad con el deber de cuidado. Tanto para que los hospitales públicos o privados se encuentran las siguientes definiciones:

El Estatuto del Médico Empleado es el conjunto de normas que regulan los Derechos y obligaciones entre organismos del Gobierno Central, Instituciones Públicas, Descentralizadas, Empresas Privadas, Fuerzas Armadas de la Nación, Policía, Organizaciones No Gubernamentales y los profesionales médicos que trabajan en sus servicios.

Se entiende por médico empleado, al profesional médico que trabaja en tales entidades sujetos a remuneración mensual. Así se observa la contratación de

servicios médicos por entes jurídicos para la atención al público en general, dígase en el área pública o privada, en el cual sólo se encuentra la salvedad de quienes brindan sus servicios ante las Fuerzas Armadas, quienes a la vez encuentran su excepción en cuanto al régimen de incompatibilidades. (Gavilanes, C. 2011; p. 137).

Son requisitos para ser considerado médico empleado lo siguiente:

Poseer Título Académico y en Provisión Nacional, otorgado o revalidado conforme a Leyes vigentes de la Nación.

Estar inscrito en el Ministerio de Previsión Social y Salud Pública y estar inscrito en el Colegio Médico.

Se enumera ciertas prerrogativas de las cuales goza el profesional que se sujeta a este estatuto y tipo de empleo, de las que pueden destacarse las siguientes:

Todos los beneficios que otorga la Ley General del Trabajo y específicamente este Estatuto. De inamovilidad en su trabajo, no pudiendo ser destituido ni alterar su horario o tiempo de trabajo, ni traslado de localidad geográfica de sus funciones, sin previo consentimiento o proceso que compruebe y justifique la medida. A recibir una remuneración de acuerdo al nivel técnico administrativo del cargo.

**Responsabilidad del equipo médico.** Una vez que se han analizado las consecuencias en la responsabilidad médica cuando se trata de un médico empleado, se puede hacer referencia, entonces, a la teoría de la responsabilidad el equipo médico.

De la cual se puede hacer referencia a dos tipos de responsabilidades que surjan como consecuencia del trabajo conjunto, cuando ésta surge de una operación quirúrgica en la ejecución del equipo médico es más evidente que en cualquier otra situación, tanto en la fase pre operatoria (preparación del paciente), así como en la cirugía misma y su recuperación.

A la vez se tiene otro tipo de responsabilidad del equipo médico, en el entendido de que todo médico opera o atiende al paciente circunscrito a un entorno profesional, en el cual se encuentra un conjunto humano que hace que el trabajo el médico sea concreto, por cuanto la segunda faceta de la responsabilidad el equipo médico se da, cuando se trata de la atención al paciente y su recuperación. (Gavilanes, C. 2011; p. 138).

En cuanto al trabajo de equipo se debe observar y determinar, para los fines de la presente, quien resultaría responsable, tanto penal como civilmente, por la comisión de un acto que implique una imprudencia, impericia o negligencia médica al momento de la intervención del equipo, cuando se refiere al aspecto médico:

“El equipo médico es aquel que realiza una actividad conjunta, dado que el avance de la ciencia y de la técnica requiere un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio del equipo”. **(Gavilanes, C. 2011; p. 139)**.

## Comunicación ética en la relación médico-paciente

### Derechos de los pacientes

Atendiendo a lo que exponen **Araya & Martínez (2001)**:

De conformidad con el desarrollo de la ideología de los Derechos Humanos, también se enuncian los Derechos del paciente, del siguiente modo:

Que se le proporcione la información correcta sobre el estado de su salud.

Que se le dé buena atención médica.

Que se le permita o no, aceptar el tratamiento médico respectivo, con base en la información correspondiente que tiene ser certeza, veraz.

Que se le dé a su información médica el tratamiento de confidencialidad.

**(Araya, A. & Martínez, L. 2001; p. 15).**

*Haciendo referencia a la responsabilidad de los Centros Hospitalarios debe tenerse en cuenta una diferenciación en públicos y privados, pero, por ejemplo, si hospitales privados directamente tiene el indebido acto médico fue ocasionado por la falla de un aparato donde hay responsabilidad estricta del hospital de darle mantenimiento, por confusión, colocación de medicina donde el médico no lo pudo haber advertido en esa parte es una obligación y responsabilidad directa por parte del hospital, y en este sentido, los hospitales privados deben ser responsables solidarios cuando se acredita una responsabilidad por parte de los médicos con ciertas exclusiones; es decir, si una persona acude a un hospital comúnmente no conoce a los médicos que están ahí o, si los conocen que esta es la excepción el médico le dice o direcciona de alguna manera que acceda a determinado hospital lo pueden atender una gran serie de médicos, entonces en situaciones en las que los hospitales privados quieran alegar que no tienen una responsabilidad de trabajo con el médico demandado, que solamente existía entre ellos un contrato de alquiler por la ocupación de una sala y los materiales quirúrgicos, estos argumentos no pueden resultar suficientes ni válidos para excluir al hospital de cualquier tipo de responsabilidad, para lo cual se puede acudir a una Doctrina del Derecho Comparado que se llama*

*la Teoría de la Representación Aparente que lo que quiere decir es que si en el caso de responsabilidad médica se advierte que los médicos que actuaron en toda la etapa médica porque no siempre es uno, pueden ser varios, son sucesivos a interconsultas, el/la paciente o hay elementos para advertir que el médico actuó como un representante del hospital, de manera indirecta se entiende que el hospital debe tener responsabilidad junto con el médico porque el hospital se beneficia de la actuación del hospital, pero entonces si se beneficia de la actuación del médico, también si hay una especie de problema como en un caso de negligencia corre solidariamente en responsabilidad con el médico y esto se puede ver de una manera indirecta que el médico no está sólo, que el médico cuenta y trabaja en un hospital, y dicho hospital debe contar con una serie de características para que este médico pueda llevar adelante el desarrollo de su trabajo de la manera más correcta, esto a la vez es una especie de protección para los/as pacientes porque muchas veces acuden no por elegir a un médico determinado, sino porque eligen a una institución y dicha institución es quien escoge a los médicos, y esto teniendo en cuenta prácticas legales, éticas establecidas y también normatizadas para seleccionarlos.*

### **Deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente**

El deber de información que tiene el médico con el paciente, dentro del nuevo modelo informativo, o modelo del consumidor, en la relación médico-paciente, establece que el paciente tiene Derecho a:

“Obtener toda la información que sea veraz, oportuna, comprensible, acerca de su diagnóstico, tratamiento y pronóstico”.

“El médico debe explicar al paciente sobre la naturaleza de sus síntomas o su enfermedad, posible o probable, hasta que éste comprenda su situación clínica, ponderando el Principio del Privilegio Terapéutico, por el cual el médico decide las restricciones pertinentes. En caso de incompetencia del paciente, la información debe ser proporcionada a las personas legalmente responsables del mismo”.

En igual sentido, se señala que el paciente tiene Derecho a:

“Recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren”; asimismo, tiene Derecho a:

“Ser informado sobre su Derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa”. (Cervilla Garzón, M. 2003; p. 26).

Complementando lo dicho, el paciente tiene Derecho a:

“Aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento después de haber sido adecuadamente informado o a revocar su decisión en cualquier momento, sin obligación de expresión de causa”. En contrapartida, de lo citado, se indica que:

“Es deber del médico tratante informar al paciente que tiene Derecho a solicitar una segunda opinión si lo considera conveniente”.

“El médico debe relacionarse con el paciente en igualdad de condiciones respecto de su condición humana, en forma tal que supere el paternalismo tradicional, lo cual no implica que abdique de su competencia profesional”.

“El paciente tiene Derecho a recibir la información del médico en términos comprensibles. El médico se encuentra en una situación cultural diferente a la del paciente, basado en la ciencia que desarrolla; por lo que el lenguaje y la terminología particular con la que describe su ciencia debe ser adaptada a un lenguaje simple, comprensible al hombre común”.

“Es fundamental que el médico explique de modo simple las ventajas e inconvenientes de una u otra posibilidad diagnóstica y terapéutica, manifestando su opinión sobre las razones por las que se inclinaría hacia una de ellas. Lo contrario supone abandonar al paciente en su desconocimiento, y vulnerar el Derecho a la información que tiene el paciente para que éste pueda decidir disponiendo sobre su propio cuerpo, pero con conocimiento sobre su decisión”.

Otro aspecto relevante es lo relacionado al Derecho que tiene el paciente a recibir información completa. En ese sentido, “la información debe ser lo más completa y pormenorizada posible. No debemos olvidar que la información es la base y el presupuesto del consentimiento, por lo que una información defectuosa o inexacta puede ser causa de un vicio en el consentimiento y generar responsabilidad

para el médico”. En tal sentido, el médico debe dar información sobre la naturaleza de sus síntomas o su enfermedad, posible o probable; pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. (Cervilla Garzón, M. 2003; p. 27).

**Lourdes Blanco (2006)** ha diferenciado el grado de información que debe suministrarse al paciente, para lo cual refiere los siguientes criterios:

**Capacidad del paciente:** Para comprender la información y alcanzar una decisión a partir de las consecuencias de la misma.

**Deseos del paciente:** En ocasiones el paciente deja en manos del médico toda decisión, lo que no exime a éste de informarle, si bien será una información mucho más somera que si el paciente pregunta por el tratamiento, posibilidades, alternativas, etc.

**Necesidad de tratamiento:** Si el tratamiento es esencial para la salud del paciente, el deber de informar será en general menor que si los actos médicos a realizar no son esenciales.

**El nivel de riesgo que entrañe el tratamiento:** Ya que, si el riesgo es grave, el deber de información pesará mucho más que si se trata de un riesgo despreciable o poco importante. (Blanco, L. 2006).

La falta de información al paciente, previo al consentimiento, se considera una mala praxis médica que debe ser indemnizada. (Aulló Chaves, M. & Pelayo Pardos, S. 2000; p. 28).

“El paciente debe ser adecuadamente informado con anterioridad a que preste su consentimiento para el acto médico con el cual tiene relevancia, dejando constancia que se trata de un consentimiento de carácter temporal y revocable. En tal razón, un consentimiento prestado por el paciente meses antes de una práctica determinada puede ser inválido o no haber subsistido. Del mismo modo, un consentimiento prestado después de una intervención médica es ineficaz como tal, aunque el enfermo puede ratificar lo decidido por el galeno, si no se afectara con ello una norma imperativa o el Orden Público”. Por ello, “uno de los elementos esenciales para la eficacia del consentimiento del paciente (y, por ello, se habla de un binomio consentimiento-información que da lugar al llamado consentimiento informado) es que éste haya sido precedido de la adecuada información. Siguiendo esta pauta

expresamente la Ley impone que el consentimiento informado deberá otorgarse en “oportunidad previa” a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento. A menos que sean casos de suma urgencia, “es necesario que transcurra un periodo de tiempo razonable entre la prestación del consentimiento informado y la actuación o intervención ya que ello garantizaría el poder entender que se está ante una decisión tomada desde la valoración y la madurez necesarias”.

“En ningún caso se facilitará información al paciente cuanto esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico”.

Resulta relevante traer acotación sobre “la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la Lex Artis para llevar a cabo la actividad médica, entre otras”. (Aulló Chaves, M. & Pelayo Pardos, S. 2000; p. 29).

“Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

“Ahora, aclarar que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente. El paciente debe recibir una información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la actuación”.

Respecto al consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto, la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. La información debe extenderse a las características de la intervención o el tratamiento que se propone y sus beneficios, las recomendaciones,

los riesgos que implica y sus consecuencias (generales y específicos del paciente atendiendo a cada situación clínica particular), las contraindicaciones y las alternativas posibles. (Aulló Chaves, M. & Pelayo Pardos, S. 2000; p. 30).

La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del Derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses. Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza.

La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria.

Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. (Entralgo, J. 2019; p. 31).

En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria prescindible o de una necesidad relativa.

La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil. (Entralgo, J. 2019; p. 32).

*El deber de informar es complejo, se lleva a lo largo de todas las etapas médicas y el objetivo de este deber de informar es primero que la persona conozca cuál es su diagnóstico y sus familiares conozcan también porque hay veces que las personas no pueden tomar decisiones por sí mismas, conozcan cuáles son las pautas, las rutas a*

*seguir, las alternativas si se realizarán ciertas prácticas, ya que en este aspecto actúa lo que se conoce como consentimiento informado.*

*Entonces, este deber de informar involucra de manera específica que el médico otorgue toda la información necesaria al/la paciente para que el/la mismo/a pueda tomar las determinaciones sobre su cuerpo y su tratamiento médico de la manera más fiable y contando con la mayor cantidad de información posible, y este deber de informar es igual de importante y relacionado con el expediente clínico porque los médicos van poniendo anotaciones de todas las informaciones recolectadas a lo largo del acto médico para una futura asignación o no de cierta responsabilidad del personal médico; el hecho de que documenten sus actuaciones los puede ayudar incluso a protegerse ante una posible demanda.*

### **El consentimiento informado**

El consentimiento informado, señala **Enrique Varsi**:

“Es la anuencia libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, a efectos que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud”. (**Varsi, E. 2006**).

Para **Fernández Sessarego (2011)**, siguiendo la Doctrina de la autodeterminación del paciente, señala que:

“El consentimiento informado es un Derecho sui generis del paciente sobre su libertad constitutiva y su correspondiente ejercicio, su vida, su integridad psicosomática, su salud, su intimidad. Es una declaración de voluntad unilateral”.

(**Fernández Sessarego, C. 2011**).

“Todos o algunos de los Derechos Fundamentales del ser humano podrían verse afectados si el médico no cumpliera con el deber de informar al paciente sobre todo lo relacionado con su enfermedad y con el tratamiento propuesto para la recuperación o alivio de su salud, a fin de que este pueda adoptar una decisión libre, voluntaria y consciente sobre si acepta o no una intervención sobre su cuerpo. De ahí que, sólo a raíz de su “asentimiento”, puede el médico actuar sobre el cuerpo del enfermo”.

También, por ello, el paciente en cualquier momento del tratamiento, puede decidir suspenderlo o rehusar definitivamente continuar con él. **(Broggi, M., Simón Lorda, P. & Casanova, C. 2002; p. 36).**

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos de 1984 define el consentimiento informado, señalando:

“El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”.

La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente AMM, estipula sobre el consentimiento informado, lo siguiente:

“El paciente tiene Derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación con su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene Derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene Derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento”.

Se recalca constantemente que una condición necesaria para el consentimiento informado es la buena comunicación entre el médico y el paciente. Cuando impera el paternalismo médico, la comunicación era relativamente simple: consistía en las instrucciones del médico al paciente para seguir tal o cual tratamiento. Hoy en día es diferente, la comunicación exige mucho más de los médicos, ya que deben entregar a los pacientes toda la información que necesita para tomar sus decisiones de manera autónoma. **(Broggi, M., Simón Lorda, P. & Casanova, C. 2002; p. 37).**

Esto incluye la explicación de diagnósticos, pronosis y tratamientos complejos en un lenguaje simple, confirmar o corregir la información que los pacientes puedan haber obtenido de otras fuentes (por ejemplo, otros médicos, revistas, Internet, etc.), asegurarse que los pacientes entiendan las opciones de tratamiento, incluidas las

ventajas y desventajas de cada una, contestar las preguntas que tengan y comprender la decisión que tome el paciente y, si es posible, sus razones. (Broggi, M., Simón Lorda, P. & Casanova, C. 2002; p. 38).

*Referente al consentimiento informado, ¿cómo se recaba este consentimiento?, dándose éste desde el momento en el que una persona acude a un consultorio a un Centro de Salud u hospital, desde ahí el paciente está solicitando la atención y de alguna manera ya está otorgando un consentimiento, sobre lo que implica el consentimiento informado por escrito obtenido dentro de un hospital en el caso de los/as pacientes que ingresan, éste se da cuando el paciente acepta que será internado y que será sometido a dichas atenciones médicas, a las consideraciones médicas, a los diagnósticos y tratamientos que se le ofrecerá si quiere recuperar su salud. Si el tratamiento es quirúrgico el/la paciente tiene que estar informado de qué procedimiento se le realizará durante la cirugía y cuáles son los riesgos de esa cirugía, y con qué alternativas además de la cirugía cuenta para que el/la paciente pueda decidir en esa libertad, voluntad que tiene, sobre el procedimiento que sea de su conveniencia, y si desea o no someterse al mismo. Incluso, puede solicitar una segunda opinión médica si el tratamiento no es de urgencia, pues tiene el Derecho de expresar ante su médico esta consideración y la puede solicitar, y si en esas opiniones se le corrobora el diagnóstico y el tratamiento, puede regresar con su médico porque antes que nada se debe ganar la confianza del/la paciente, porque aunque se le esté diciendo lo que debería hacerse, finalmente es el/la paciente quien toma la decisión y voluntad de tomar o no dicha recomendación, (tendiendo a ejemplos de casos de cirugías selectivas), porque siempre hay que ver si es urgencia o no.*

*El consentimiento que otorga el/la paciente para someterse a un procedimiento tiene que constar por escrito, y en ese documento aparte de que se da por enterado, está dando constancia a los efectos de que de que posteriormente el/la paciente no manifieste que no comprendía el tratamiento que se realizaría, que no se le explicó, por*

*lo que es de suma relevancia que el médico se cerciore además de que el/la paciente sí comprendió la dimensión de esa cirugía, y en base a ello también explicarle que dicha cirugía podría complicarse, que las cirugías conllevan riesgos y si igualmente autorizaría en todo caso alguna otra cirugía que se derivara de la primera; es decir, por cada cirugía por la que deba atravesar deberá ser informado/a y aceptar o no, pero se debe tener presente el/la paciente tiene esa capacidad de decidir porque a lo mejor no tenga la capacidad de hacerlo, por ejemplo, en los casos de pacientes que ingresan inconscientes o se trate de un persona que se encuentre en estado de interdicción, de un/a niño/a, pues se estaría ante una circunstancia de discapacidad para lo que se requerirá de la intervención de un responsable que pueda decidir en su defecto, tutor, representante legal, un familiar, un familiar cercano, si no tiene a nadie, se puede atender a la decisión de dos facultativos (médicos) que tendrán que firmar que son testigos de que ese/a paciente requiere de determinado procedimiento.*

*En el caso de personas que hayan sufrido algún accidente donde pierde la conciencia y deba ser derivado de urgencia (por un estado médico agudo, que no pueda esperar) a un hospital, y que si no es atendido/a se pone en peligro su vida, algún órgano o función y que requiera de una intervención quirúrgica, y de ahí sea llevado/a inmediatamente a una sala de quirófano y posteriormente se llenan los documentos.*

*En el caso del consentimiento informado se requiere de dos médicos que estén de acuerdo en acceder a llevar a cabo esa práctica para no ser necesaria el consentimiento informado, en la forma de llevar a cabo esa medida por el carácter urgente del estado de necesidad, teniendo presente que en varios hospitales del interior del país no hay más de un médico por lo que este tipo de requerimientos deberían de flexibilizarse en cierta medida.*

### **Rol del consentimiento en el riesgo permitido**

Como se mencionó anteriormente, el riesgo permitido se fundamenta en la utilidad de la actividad, más en ciertos supuestos, la utilidad social no aparece de forma inmediata, sino que se desprende de forma directa de la existencia de consentimiento.

Al darse un riesgo permitido como producto del consentimiento del paciente, se produce una ampliación en el ámbito de un riesgo socialmente inadecuado, que se convierte en permitido por el consentimiento de las partes, con lo que nos encontramos en el supuesto del consentimiento informado. **(Berrocal Lanzarot, A. 2004; p. 67).**

El consentimiento que amplía los parámetros de consideración del riesgo permitido, será válido siempre que se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, conocimiento que afecta al rol de la previsibilidad del resultado. **(Berrocal Lanzarot, A. 2004; p. 68).**

### **El deber objetivo de cuidado**

Como principio es deber u obligación de todo individuo, ejecutar sus actividades atendiendo a una valoración ordenada legalmente, por la técnica o por la práctica común, en el sentido de advertir que el deber objetivo de cuidado, es adecuar el comportamiento a las reglas que orientan la actividad de que se trate. Por lo que la violación del deber objetivo de cuidado es un nervio central del ilícito imprudente.

La previsibilidad objetiva abarcada por la probabilidad de lesión, es un elemento del injusto imprudente. La previsibilidad del resultado determina el ámbito que debe abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción de este deber debe verse en relación a lo reconocible del riesgo frente a la realización típica.

En los casos típicos de no observancia de los deberes de cuidado, existe una falta de compromiso profesional del médico frente a sus pacientes, puesto que el profesional médico no medirá las posibles consecuencias de un actuar negligente, obviando las lógicas, mínimas y necesarias medidas que debió tomar para brindar una atención médica debida. Por lo tanto, obrará de manera imprudente, el profesional de la salud que no tomó las debidas precauciones impuestas por determinada situación.

La omisión del deber de cuidado de un médico se revela al no adoptar todas las medidas adecuadas a su alcance para determinar la causa de la presencia del enfermo

en demanda de ayuda, sin atender a su potencial capacidad de evitación del resultado o disminución de las posibilidades de que éste se produzca. **(Abel I Fabre, F. 2004; p. 59).**

Sin dejar de lado que la prestación de servicios médicos, es una obligación de medios y no de resultados, tales medios deben ser aplicados de conformidad con las reglas técnicas y éticas cuya violación por el agente pueden configurar una conducta sancionada penalmente.

Los médicos deben actuar con la diligencia, celeridad y precaución, utilizando todos los recursos disponibles que el caso requiera, siguiendo y no lesionando el deber de cuidado. Estrechamente vinculado a los deberes que deben ser seguidos y respetados por parte de los profesionales de la salud, se encuentra la posición de garante en la que se encuentra ante sus pacientes. La posición de garante se da cuando el sujeto activo tiene la obligación de actuar o el deber de evitar una lesión o daño al bien jurídico, generando un deber de garante. Por lo que, de la posición de garante del médico, se desprende el deber de protección que debe tener, respecto al amparo justo y necesario de un bien jurídico a él encomendado frente a cualquier peligro que pueda amenazarlo. Es decir, que la posición de garante proviene del deber de cuidado dentro de la actividad médica considerada como fuente de peligros; en consecuencia, el médico tiene asumida una posición de garantía de seguridad respecto a las fuentes de peligro que están bajo su exclusivo y total control.

Para probar la infracción al deber objetivo de cuidado debe verse la “posibilidad concreta de prever el curso causal contando con alternativas menos riesgosas para la persona puesta a su cuidado y aún así se optó por la más peligrosa”. **(Abel I Fabre, F. 2004; p. 60).**

La infracción del deber objetivo de cuidado, al momento de realizar una conducta peligrosa sin los conocimientos necesarios, depende de forma directa de la infracción del deber subjetivo de cuidado al desconocer el peligro cuando era exigible el conocimiento. Sin dejar de lado que en el injusto sólo deben considerarse aquellos conocimientos que de algún modo objetivable puedan ser valorados por un tercero objetivo. **(Abel I Fabre, F. 2004; p. 61).**

*La práctica médica es una ciencia de medios no de resultados; es decir, no se puede garantizar a un/a paciente un procedimiento perfecto ni unos resultados totalmente predecibles, porque siempre*

*habrá un riesgo inherente a la Ciencia Médica, esta es una posición que está relacionada y que se hace muy evidente en muchos casos dados en el país. Cuando se trata de responsabilidad médica a los profesionales médicos y esta es una discusión que se ha tenido en todas las latitudes del mundo no se les puede exigir un resultado; es decir, la práctica médica involucra un control de tantos factores que participan en esos actos médicos que, exigirles un resultado determinado a un médico, como por ejemplo, curar una peritonitis, una pancreatitis, hacerlo en un determinado tiempo, como sí se puede exigir, por ejemplo, cuando se hace un contrato de compraventa de un bien o cuando se hace un contrato de arrendamiento donde se ponen específicamente cuánto dura un contrato de arrendamiento, cómo se logrará, en esos casos sí existe posibilidades de determinaciones jurídicas, pero cuando se trata de casos relacionados con atenciones de pacientes, la mejor Doctrina Internacional ha determinado que lo que se debe buscar es que los operadores de esta atención médica o sanitaria lleven a cabo las mejores prácticas. Es decir que, lo que se busca es como jurídicamente se conoce es una responsabilidad de medios y no de resultados, ¿porqué de medios?, porque lo que se busca es que ese operador médico haya llevado a cabo las mejores decisiones durante todo el proceso de acto médico para llegar quizá a un resultado que el esperado por el/la paciente y; a veces desafortunadamente no se logra llegar a esos resultados y llegan a consecuencias trágicas como la muerte o incapacidades permanentes o de cierto tiempo en los/as pacientes.*

*Esta distinción legal que se hace jurídicamente es muy importante para efectos de qué se le puede exigir a un operador del servicio médico y determinar certeza jurídica a los/as pacientes como a los operadores médicos, como a los demás participantes, por ejemplo, las personas que se dedican a hacer dictámenes periciales, los médicos legistas, etc., para darle certidumbre sobre cuáles son lo que deben de aplicar a cada una de sus actividades para efectos de*

*que se revise o no si hubo una debida actuación médica o no. En síntesis, la exigencia radica en la actuación diligente y conforme a las mejores prácticas.*

*Ahora, ¿cómo se determina que un médico no realizó un buen diagnóstico, se equivocó o fue negligente al realizarlo?.*

*Teniendo en cuenta de la Medicina es una ciencia de probabilidad, nunca se puede asegurar, no se cuenta con toda la información disponible con base a una sintomatología que sí o sí se trata de una determinada enfermedad.*

*Cuando corresponda determinar la responsabilidad, la práctica del médico legista entra a resaltar solicitando el expediente clínico y se lleva a cabo la revisión de la historia clínica, como establece la norma, se tiene en cuenta todos los apartados que debe contener, porque precisamente ese expediente es el elemento que ayudará al médico en su defensa o en su contra, pues mediante éste podrá justificar su proceder y que respaldar el diagnóstico dado por éste, cuando se lleva adelante el análisis del expediente clínico (de todo ese sed de documentos que llevan a cabo los participantes sobre la atención de un/a paciente, notas de otros especialistas que interconsultaron al/la paciente, todos los estudios de laboratorio de gabinete, si existió una cirugía todas las notas del anesthesiólogo, todas documentaciones que en sí dejen constancia de todas las valoraciones que se le han llevado a cabo hasta el motivo del alta, por ejemplo, tratándose de un/a paciente hospitalizado/a como caso hipotético), pero también se debe analizar desde el punto de vista del paciente, porqué llegó a tal nivel de expresar una aqueja o a denunciar ante el Ministerio Público o porqué decidió interponer una demanda civil, ahí habría que ver también cuál es la inconformidad sobre el tratamiento y esto cotejado a la versión del médico que pueda argumentar en relación, porque a veces puede tratarse de un mal entendido y que el expediente clínico se encuentre en orden, pero existió una mala comunicación entre el médico y el/la paciente, y este último se va con una impresión de que fue mal atendido.*

*Para tener la certeza de que hubo una buena práctica médica o no, se debe analizar qué especialidades fueron las que intervinieron en la atención del/la paciente y se solicita una opinión técnico-médica a los médicos de la especialidad tratante, para al final del estudio realizar unas preguntas dirigidas al especialista que deberá contestar las dudas, los planteamientos para no dejar ningún lugar a duda y para llegar a la resolución del caso, porque en realidad quien remite esos dictámenes son los especialistas en Medicina Legal, fungiendo como una especie de “traductor” que media entre el Juez y el médico. Y luego de realizar el peritaje teniendo en cuenta las opiniones técnico-médica y, posterior al análisis se determina si existió o no mala praxis.*

*En cuanto al Derecho de acceder a un expediente clínico, habría que plantearse qué alcance tiene ese Derecho. Se debe analizar el ámbito de legalidad de valoración de pruebas como la interpretación de los Derechos Humanos que inciden en esta valoración de prueba y en casos médicos sanitarios se debe valorar qué ha ocurrido en la realidad para saber si los médicos han actuado o no con diligencia y analizar si dichas acciones se ajustan a las pautas de los deberes que tienen los especialistas médicos de informar de informar cuál es el estado del/la paciente.*

*Hay dos estándares para probar responsabilidad civil y responsabilidad penal, en el ámbito civil se supone o más bien es el médico quien tiene que probar que actuó diligentemente. Por ello debe hacerse una diferenciación rotunda entre la vía civil y la vía penal, obviamente por los Derechos que están involucrados. En la vía civil donde comúnmente como eran las reglas tradicionales de prueba donde la parte que exige se le indemnice por lo menos de manera civil, exige que el médico sea responsable por una negligencia, nuestras reglas civiles nos dicen que esa persona tiene que probar que la otra persona lo dañó, y cómo lo/a dañó, pues de una manera dolosa, queriéndolo/a dañar o de una manera culposa; es decir, que*

*actuó con una especie de negligencia por no llevar a cabo las mejores prácticas necesarias para su caso.*

*A lo que nos enfrentamos a lo largo de todos estos años que se han discutido todos estos temas tanto en Paraguay como en el mundo es que se generaban lo que se conocía como pruebas diabólicas, entiéndase siempre la parte actora comúnmente en este tipo de caso no es una parte que esté especializada y/o que tiene acceso como Derecho que establece el propio Ordenamiento Jurídico al expediente clínico, no tiene por decirlo de esa manera expertís que tiene un médico, por lo que esta facilidad probatoria o Principio de Facilidad Probatoria que puede tener el experto, el médico no quiere decir que la persona que fue demandada es el médico que atendió el caso, es quien puso las notas clínicas, es quien ve por lo general este tipo de casos durante su trabajo, entonces debe existir una actitud dinámica de las partes, la parte demandada como el médico, no puede sentarse que el actor sea quien pruebe como comúnmente o tradicionalmente se hacía, sino lo que busca el Juzgador en este tipo de juicios es realmente llegar a la verdad y a una solución justa para el/la paciente que viene a presentar la demanda por responsabilidad como al médico y que se respeten los deberes de las dos partes. Se trata de una reinversión de la carga probatoria; es decir, que si comúnmente el/la que viene y solicita la indemnización es el/la que tendría que probar que esa persona actuó de una manera poco diligente o con dolo, sino que aquí dada la posibilidad que tiene la otra persona de demostrar que actuó de manera diligente, aportar no sólo el expediente clínico, aportar pruebas testimoniales de sus compañeros colaboradores donde puede ser un poco más complicado para los/as pacientes acceder a los otros médicos o enfermeras que intervinieron, sino porque es a través del juicio o una exigencia por parte del Juzgador, el médico está en mejor posición de probar o de explicar que es lo que realmente sucedió. Dado este Principio de Facilidad Probatoria, dado el Derecho a la Salud y las implicaciones que tiene el Derecho a la Salud y el Derecho del Acceso a la Justicia, se debe*

*determinar que la mejor práctica es hacer esta reinversión de la carga de la prueba y que la persona demandada, aunque implica una especie carga aunque lo que es verdad es que se tiene que defender, si esta persona actuó diligentemente fácilmente puede aportar las pruebas, el expediente para acreditar que actuó conforme a la Lex Artis o mejores prácticas médicas y esta es la solución, esto aplicado al plano civil.*

*En la vía penal dado los principios que rigen al Sistema Penal, y actualmente en este plano no se trata de determinar si el profesional médico implicado indemnizará o no a una persona por un acto negligente, sino verificar si el médico a cayó en un tipo penal, porque existen diferentes tipos penales que están relacionadas con indebidas prácticas médicas, en este caso el médico no es el que tiene que defender o aportar todas las partes al juicio, si quiere puede otorgar toda la información necesaria para que el Ministerio Público haga su trabajo, sino es el Ministerio Público es el que tiene que acreditar de manera certera y sin lugar a dudas que el médico incurrió en esta conducta delictiva, ya que no es lo mismo obtener como resultado una indemnización que es económica que privar de la libertad a un médico que fue denunciado por la comisión de un delito, por lo que se debe probar más allá de toda duda razonable que actuó negligentemente o de acuerdo a las características del delito que se le impute.*

| Variable                                | Concepto   | Dimensiones  | Indicadores  |
|---|--|--|--|
| Mala praxis en el campo de la medicina. | La mala praxis en el campo de la medicina ante los ojos de la norma, surge cuando un facultativo del área incurre en su práctica, desempeño o servicio en función de salud con actos erráticos que pudieran lesionar gravemente la salud e integridad de las personas. Debemos partir de la premisa que en nuestra Legislación Penal específicamente en el Código Penal no existe la tipificación de mala praxis médica. | Mala praxis.   | Definición. Análisis terminológico.<br>Modalidades.<br>Naturaleza de la responsabilidad médica.<br>La culpa o acción descuidada.<br>Agentes de la salud involucrados y grados de responsabilidad.<br>Situaciones más comunes de negligencia médica.<br>Especialidades médicas más afectadas. |
|   |  | Conducta.  | Posición de garante de los profesionales de la salud.<br>Lex artis médica.<br>Deontología médica.<br>Características del acto médico.  |
|   |  | Tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis. | El error médico y su diferencia con la mala praxis.<br>La previsibilidad en la imprudencia.<br>Injusto imprudente. Tipo objetivo.  |

|  |  |  |   |
|--|--|--|---|
|  |  | <p>Factores que implican la presentación de denuncias.</p> | <p>Peligro y daño en la mala praxis médica.</p> <p>Clases de peligros.</p> <p>Riesgo permitido.</p> <p>Riesgo típicamente relevante.</p> <p>La mala praxis como un delito de omisión.</p> <p>Vías para canalizar la presentación de las denuncias.</p> <p>Relación entre el acto médico, el acto jurídico y el hecho jurídico.</p> <p>Causas de justificación o de atenuación de la mala praxis.</p> <p>Regulación internacional de la mala praxis médica con consecuencias para la salud.</p> <p>Responsabilidad de los centros hospitalarios.</p> |
|  |  | <p>Comunicación ética en la relación médico-paciente.</p>  | <p>Derechos de los pacientes.</p> <p>Deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente.</p> <p>El consentimiento informado.</p> <p>Rol del consentimiento en el riesgo permitido.</p> <p>El deber objetivo de cuidado.</p>  |

### Marco metodológico

**Tipo de investigación.** La investigación es de enfoque cualitativo, dentro de una perspectiva documental, se realiza a través de la consulta de documentos (libros, revistas, periódicos, memorias, anuarios, registros, Constitución Nacional del Paraguay en su artículo: 4, Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981, que fue enmendada en la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada en la 171ª Sesión del Consejo, Legislaciones vigentes como el Código Penal Paraguayo en su artículo: 123; Ley N° 836/2014 “Código Sanitario”, Ley N° 1032/1996 “Que crea el Sistema Nacional de Salud” y; la Ley 2319/2006 “Que Regula las funciones de la Superintendencia de Salud”), este tipo de investigación hace uso de datos disponibles que han sido obtenidos por otros investigadores o instituciones para otros propósitos.

Al respecto **Hernández, Fernández & Baptista (2014)**, mencionan que “la investigación documental consiste en detectar, obtener y consultar la bibliografía otros materiales que parten de otros conocimientos y/o informaciones recogidas moderadamente de cualquier realidad, de manera selectiva, de modo que puedan ser útiles para los propósitos de estudios”. (**Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014**).

En tanto el profesor **Barrientos (2018)**, menciona que la investigación documental “es el estudio del continente del documento a fin de realizar una contextualización y el estudio de contenido, que abarca el análisis sintáctico, el análisis semántico y la complementación con la inferencia y la crítica. Sin embargo, en este material se asumen los dos análisis”. (**Barrientos, 2018**).

Para esta investigación, se obtuvieron informaciones de tipo bibliográfico, entre los materiales documentales a utilizar se encuentran los libros, Leyes, artículos de publicaciones como revistas, periódicos y artículos que se extrajeron de portales de la web con especialidad al tema motivo de estudio.

**Nivel del conocimiento esperado.** Es descriptivo. Existen diversos niveles de investigación, siendo el que se ajusta a ésta, corresponde al Descriptivo. La investigación descriptiva comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos. El enfoque se hace sobre conclusiones dominantes o sobre cómo una persona, grupo o cosa se

conduce o funciona en el presente. Trabaja sobre realidades de hecho, y su característica fundamental es la de presentamos una interpretación correcta. (Tamayo & Tamayo, 2004).

**Técnica e instrumentos de recolección de información.** La técnica utilizada para la recolección de los datos es el análisis documental. Al respecto, el objetivo del análisis documental “es la representación condensada de información para el almacenamiento y consulta”. (Barrientos, 2018).

A través del análisis documental se podrá realizar una contextualización del fenómeno estudiado, pudiendo determinar las normativas legales vigentes referidas al fenómeno.

**Población.** Se entiende por población al conjunto finito o infinito de elementos con características comunes, para los cuales serán extensivas las conclusiones de la investigación. Esta queda limitada por el problema y por los objetivos del estudio. (Arias Odón, 1999).

En tal sentido, la población objeto de estudio estará conformada por las diversas fuentes documentales (primarias, secundarias y terciarias) utilizados para responder a la problemática planteada.

**Diseño de la investigación.** Es una investigación de diseño no experimental. La investigación no experimental es la que se efectúa sin manipular intencionadamente variables, en otras palabras no se varía intencionalmente las variables independientes, solo se observa el fenómeno en su ambiente natural y después se analiza, no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones que ya existen, limitándose a una recopilación bibliográfica y análisis con relación al método de Investigación Científica señalado anteriormente. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

## Marco analítico

### Conclusiones

**Analizar la determinación del fundamento normativo a nivel nacional respecto a la configuración de la mala praxis en el campo de la medicina.** El fundamento primordial y central de la existencia normativa relacionada con la protección contra causas de mala praxis en el campo de la medicina es la persona, refiriendo como base el reconocimiento de la primacía de sus Derechos Inherentes e Inalienables, por lo que la actuación médica implica una responsabilidad de Orden Público, por ello, no puede concebir la idea de exponer a ante un riesgo aceptado tácita o expresamente de estos Derechos. En este sentido, la Constitución Nacional del Paraguay reconoce y tutela varios Derechos que se encuentran íntimamente ligados a la praxis médica, como el Derecho a la Vida, a la Salud, a la Integridad Física, Psíquica y Moral, y; Derecho a una Calidad de Vida, pero el Estado no brinda para el/la paciente víctima de mala praxis una adecuada y efectiva tutela en el área del Derecho Penal.

Como regla general aplica que las personas deberán responder por los daños que causen o puedan ocasionar en otra persona, en el ejercicio de una profesión, a través del dolo o de la culpa (el ejercicio de la medicina no está exento de esta norma). La implicancia de la responsabilidad, no se trata del talento o capacidad del/la profesional, sino de la garantía que tenga el/la ciudadano/a contra los actos u omisiones médicos imprudentes, negligentes o con impericias.

Atendiendo a la equidad debe considerarse que, obviamente se debe tener en cuenta principalmente los intereses de los/as pacientes, pero también debe extenderse una protección contra el exceso sobre las funciones de los profesionales de la salud, pero atendiendo a esta gran responsabilidad que pesa sobre éstos debería aumentar su ejercicio ajustarse a dichas exigencias aumentando su eficacia, pues prima la salud e integridad de las personas que queda en sus manos.

Las personas que hayan sido víctimas en su integridad resultado de la actividad médica o mala praxis, pueden accionar a través de los fueros civil y penal demandando la indemnización de la cual se sienten con Derecho recibir por daños y perjuicios, en cuanto al ámbito penal ante la existencia de una responsabilidad médica la cual considera amerita la aplicación de una condena por la acción descuidada, además de la indemnización económica determinadas en el Código

Civil. Ahora bien, debe quedar en claro que la sanción que establece la disposición legal en cuestión se da independientemente de que se haya producido o no un daño con el tratamiento médico realizado, puesto que lo que la norma protege es la libertad de determinación del paciente, no su integridad física o vida.

Independientemente de las repercusiones del área civil, el artículo: 123 del Código Penal sanciona: “Tratamiento médico sin consentimiento” como un hecho punible, cuyo bien jurídico es la libertad de la persona, ya no se trata de la vida o integridad física de la misma. Por lo que más abajo se precisará la importancia de que el/la profesional médico informe al/la paciente sobre el diagnóstico, tratamiento a ejecutar y riesgos posibles de la intervención a la cual será sometido/a; y de cómo la ausencia o falta de claridad de esta información generaría nefastas consecuencias para el/la paciente, siendo por lo general una de las principales causas de mala praxis médica.

**Explicar la terminología mala praxis.** La existencia de mala praxis en el campo de la medicina radica en la consecución de una actividad o accionar profesional cuyo resultado genere en la persona humana un daño total o parcial limitado o permanente en el tiempo a su cuerpo o en su salud, llevada a cabo con negligencia, impericia o imprudencia apartándose de la Normativa Legal aplicables por alejarse del cumplimiento de los reglamentos que rigen sobre sus deberes.

**Desarrollar la consideración legal respecto a la tipificación conducta.** La mala praxis médica consiste en la falta del deber de cuidado, que en materia civil es sancionada por daños y perjuicios ocasionados a la víctima o damnificados indirectos, en materia penal en cambio es sancionada por lesiones cuando se provoca un daño corporal, que puede ser leve o permanente u homicidio cuando el facultativo provoca la muerte del paciente. Por lo general configura un delito de carácter culposo debido a la conciencia, mas no voluntad de causarle un daño al paciente lesionando sus bienes jurídicos protegidos. De manera excepcional puede considerarse dolosa a una conducta médica, debido a la esencia protectora de esta profesión; sólo en el supuesto de someter al paciente a una intervención quirúrgica innecesaria, habría la posibilidad de considerar la existencia de un dolo eventual, ya que las consecuencias dañosas del acto si bien no son queridas, son consideradas como factibles por el autor.

El dolo dentro de la mala praxis médica debe ser sometido al más minucioso examen para ser determinado; puesto que al momento de verse presente voluntad y conciencia de provocar un daño en la actuación de un profesional de la salud, y que esta conducta tenga como resultado la muerte de un paciente, ya no nos encontramos ante un supuesto de mala praxis médica, sino de asesinato, ya que habría planificación consciente y voluntaria de dar muerte al paciente.

La mala praxis médica es una conducta reprochable realizada por un ser humano, el profesional de la salud, la cual lesiona un bien jurídico protegido y es reprochable a una persona específica; por lo que para que se imponga la sanción adecuada a este tipo de comportamiento es necesario que haya un tipo penal que convierta a esta conducta dañosa en un acto típico y se conjugará con los elementos de antijuridicidad y culpabilidad que ya posee la mala praxis médica. De acuerdo a la teoría de la imputación objetiva, debe reconocerse que cada individuo es portador de un rol y en virtud de ello tiene ciertos Derechos y deberes. Los roles que desempeña cada sujeto, generan expectativas recíprocas y las correspondientes posibilidades de reacción. En el caso del médico, éste debe responder por su rol de posición de garante frente al paciente; por lo que si el individuo cumple adecuadamente con su rol y no se produce ningún curso lesivo no responde penalmente, caso contrario se produce una defraudación.

Para probar la existencia o no de un ilícito de mala praxis médica, debe preverse la inversión de la carga probatoria, permitiendo que el profesional de la salud sea quien demuestre su actuación diligente y el empleo de todos los medios que se encontraban a su disposición para brindar una correcta atención al paciente. Se concibe la posibilidad de este traslado probatorio debido a que los profesionales de la salud tienen un acceso directo a la información que los eximiría de responsabilidad.

**Detallar la tipología de responsabilidad profesional médica en torno a la mala praxis.** La tipología de la responsabilidad puede ser conforme a los efectos que producen, puede implicar una responsabilidad entendida como responsabilidad objetiva. Cuando se compruebe del dolo o mala fe, se daría una responsabilidad subjetiva. Del mismo modo, puede darse la responsabilidad contractual aquella derivada por la existencia entre las partes de un acuerdo (médico-paciente). Otra tipología de responsabilidad por mala praxis es la responsabilidad extracontractual, aquella en la no proviene de un convenio entre partes. Para hablar de responsabilidad

civil, se debe generar daño por dolo o culpa, y esto generaría la posibilidad de un reclamo pecuniario.

Y, finalmente para decir que un profesional incurre en una responsabilidad penal la conducta referida debe estar tipificada como delito por el Derecho Penal; es decir debe tratarse de una conducta tipificada, que viole la Norma Jurídica, es decir, debe ser antijurídica, de ahí partiría la culpabilidad dolosa o no, o sea que la acción se lleve a cabo con culpa, la cual se suscita por descuido, negligencia, desatención, imprudencia o impericia. El deber de cuidado es un punto elemental a tener en cuenta por parte los profesionales del área médica para evitar daños, pero por la falta de este deber también se incurría en una responsabilidad por falta del deber de cuidado.

**Abordar los factores que implican la presentación de denuncias.** A veces sucede que el paciente y/o sus familias, son testigos de críticas que médicos se hacen entre sí respecto de su trabajo profesional.

Principalmente la violación de los Derechos un/a paciente/a. Que se tengan la posibilidad del cobro de una indemnización por daños y perjuicios.

Por la necesidad que se suscita por parte de los pacientes por el hecho de haber efectuado una cotización o pago a una institución descentralizada. Un factor incidental que conlleva a la presentación de denuncias por mala praxis radica en la influencia que tienen los medios de comunicación sobre la sociedad, lo cual inclina a los/as pacientes y a sus familias a animarse a realizar sus denunciar.

En muchas ocasiones otros profesionales médicos exponen su crítica referente a la labor sin ética de otros de sus colegas y estas cuestiones al llegar al conocimiento de los/as pacientes y sus familiares suelen presenciar estos comentarios, lo cual también provoca que aumenten las denuncias.

**Determinar la importancia de la comunicación ética en la relación médico-paciente.** El papel de la comunicación ética y compasiva por parte del médico tiene un papel imprescindible para lograr resultados positivos y eficientes para la salud de los/as pacientes, y esto llevará indiscutiblemente a alcanzar una mejor guía, consejería o asesoría clínica óptima y un nivel de satisfacción entre las partes médico-paciente, lo cual también llega a los familiares, pues implica la subjetividad de la expectativa de que un plan terapéutico por parte de estos profesionales arroje mejoras físicas, mentales y funcionales, viene representando un poder que moviliza

fuerzas humanas como la esperanza, fortaleza moral y la fe, que puede llegar a lograr en los/as pacientes la aceptación de la adversidad por la que atraviesa con su estado de salud.

Resulta relevante el intercambio honesto de la información, esto invita a mantener los valores dentro del asesoramiento, representa una fuente de modulación de conducta, de protección y exigencia de la preservación de los Derechos y los deberes de las partes médico-paciente. De ahí que para establecer una comunicación adecuada por parte del profesional se requiere capacidad, maestría y arte para interactuar, pues este diálogo aborda dimensiones no sólo físicas, psíquicas y espirituales del paciente, por lo que la existencia de profesionalidad, escucha activa y actitud son elementales.

Los médicos deban comunicarse de manera clara con sus pacientes cuando deban explicar o discutir sobre fenómenos desconocidos a éstos/as, incluso debe en cierta forma adecuar su vocabulario para llegar y lograr la comprensión de su condición de salud, diagnóstico, pronóstico y tratamiento, dándole la posibilidad de opinar o interferir sobre dicho tratamiento que se le pretende realizar, los cambios por los que puede atravesar su cuerpo, y tener la participación decisiva que pudiera definir su calidad de vida; empleando y simplificando su lenguaje, ya que tiene en sus manos el deber de mantener el aplomo, la esperanza o el consuelo de la persona que trata o la de sus familiares, porque el/la paciente no comprende ni tiene el mismo nivel de conocimiento de su médico.

Las informaciones emitidas deben respetar el Derecho y asegurar la privacidad y la confidencialidad e intimidad de los/as pacientes constituyendo así para ambas partes una herramienta fundamental para regular sus relaciones basadas en la ética, aclarando que esta obligación de transmitir la información no significa la transferencia al/la paciente de la responsabilidad por la actuación médica.

## Recomendaciones

Para conciliar a las partes médicos-pacientes con todas las reglas y flexibilización de las reglas de la carga de la prueba y con toda esta necesidad que tiene la Justicia de ofrecer soluciones para que los/as pacientes no se sientan agredidos/as y no realicen una práctica defensiva, por un lado, pero también para que los/as pacientes se sientan escuchados/as, atendidos/as y que recibieron una adecuada atención se debería de tener en cuenta:

Que los médicos otorguen un trato humano a sus pacientes, antes que todo hay que prevenir, prevenir una queja, una demanda, una denuncia, tomar todas las medidas preventivas. El médico no debe perder esa calidad humana para que también genere seguridad y confiabilidad en el/la paciente, por ahí se debe comenzar, inclusive si pudo haber existido un error en el tratamiento, si hubo una buena comunicación y empatía con el paciente el médico puede tener esa confianza de decirle al/la paciente se cometió un error durante su hospitalización y comunicarle sobre la posibilidad de volverlo/a poder operar o hacer un procedimiento para poder intentar subsanar, sobre todo cuando se olvida alguna compresa o algún instrumento quirúrgico o se cometió algún error que puede darse, pero que con estos sistemas de gestión se pudiera disminuir, y también hacer ver al paciente, informándole, porque el hecho de omitir cierta información por temor de una denuncia de cualquier manera tarde o temprano a suceder, entonces, es mejor comunicar al paciente con la verdad.

Que los Organismos de Seguridad Pública brinden asesoramiento, charlas a los médicos de la implementación de gestión de calidad en los hospitales y en las clínicas de todos los niveles para que se lleguen a interiorizar sobre las maneras en que se podría evitar el más mínimo error y no exista ese margen de error en beneficio del/la paciente.

En cuanto a los pacientes debe de atenerse a todas las indicaciones, al tratamiento a las indicaciones tal como las dio el médico, y si se sigue un sistema de gestión de calidad en los hospitales y se le informa adecuadamente al/la paciente eso puede disminuir considerablemente los riesgos.

Establecer las pautas más claras posibles, establecer y tratar de ser justos para las dos partes, establecer cuáles son los Derechos que tienen los/as pacientes como, cómo acceder a su expediente clínico, el deber de informar, que se respete su consentimiento informado.

Establecer de manera clara cuáles son los supuestos de excepción para este consentimiento informado y, por otra parte, para los médicos que tengan certeza que la responsabilidad, por lo menos la civil a la que se le puede condenar es que se lleve mediante un proceso que respete obviamente sus Derechos que busque llevar a la verdad, pero que no se trate que sea un proceso inquisitivo en contra de ellos o, que ellos tengan que estar a la defensiva, sino que los propios criterios que se tomen en cuenta sea la dificultad de la atención médica, por eso se toma el criterio de responsabilidad de medios y no de resultados. Por ello, se debe cuidar mucho los criterios de reversión de la carga de la prueba, se debe tratar de clarificar cómo se aplican los supuestos de excepción del consentimiento informado y que se vea que, al final de cuentas detrás de todos estos casos hay personas que son los que llevan a cabo los actos médicos, los médicos y los/as pacientes.

Se deben de realizar distinciones de la Lex Artis Médica, por ejemplo, si se trata de un hospital público o de un hospital privado de primer nivel, dado que muchos de estos hospitales públicos tienen una gran carencia de recursos públicos, y muchas veces la posibilidad de los médicos de otorgar la mejor atención se ve limitada por estos recursos, es algo que aún la Jurisprudencia no ha tratado. También, resulta primordial la creación de un tipo penal que sancione todas las posibles conductas provocadoras de mala praxis médica, es importante para la imposición de sanciones que no vulneren el Principio Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege. En este sentido, la Normal Penal debe dirigirse con un propósito preventiva en el Derecho Penal; ya que en ella tácitamente se exige por parte de los profesionales de la salud una conducta diligente y proba para evitar que caigan en la comisión de conductas ilícitas, pues en el caso de resultar culpables implicaría la aplicación de un sancionamiento penal. Debe considerarse que la finalidad más importante del Derecho Penal radica en buscar la protección de bienes jurídicos, por lo que la falta de un tipo penal que penalice la mala praxis médica, se está exponiendo a la indefensión y desprovisto toda protección de los bienes jurídicos debida al/la paciente.

### Referencias bibliográficas

- Abel I Fabre, F. (2004). "*Labor Hospitalaria*". Análisis Crítico de la Razón Bioética. Revista Jurídica de Buenos Aires sobre Bioética y Derechos Humanos. Buenos Aires. Argentina.
- Álvarez González, F., Hidalgo Salvador, E., Sánchez Del Castillo, D. & García Pérez, H. (2007). "Estudio retrospectivo de las Denuncias por Mala Práxis Médica en la Provincia de Málaga". Málaga. España.
- Arango J., Pérez P., Avedaño Ayala F. & Martínez Quiñonez, I. (2012). "*Demandas por Responsabilidad Médica atendidas en el CENDES*". Universidad de CES. Medellín. Colombia.
- Araya, A. & Martínez, L. (2001). "*La Responsabilidad Médica en la Legislación Costarricense: Implicaciones en el Ámbito Civil y Penal*". Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.
- Araya, F. (2010). "*La Culpa Penal de los Profesionales en Medicina por Mala Praxis*". Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.
- Arias Odón, F. G. (1999). "*El Proyecto de Investigación*". Guía para su elaboración. Tercera Edición. Editorial: Episteme. Caracas. Venezuela.
- Arteaga, A. (1989). "*Responsabilidad Penal del Médico y Paramédicos por Violación del Deber de Cuidado*". San José. Costa Rica.
- Ataz López, J. (1985). "*Los Médicos y la Responsabilidad Civil*". Editorial: Monteorvo S.A. Madrid. España.
- Aulló Chaves, M. & Pelayo Pardos, S. (2000). "*La Historia Clínica: Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*". Asociación Española de Derecho Sanitario. Editorial: Edicomplet. Madrid. España.
- Barrientos, J. (2018). "*Pautas específicas para la elaboración y presentación del Trabajo Fin de Máster*". Metodología de la Investigación. Un enfoque práctico. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal. México.
- Benítez Cabrera, E. (2008). "*Mala Praxis Médica*". *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Jurídica N° 3. Asunción. Paraguay.* Extraído de:

<https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjomp/article/download/77/72/227>

- Berrocal Lanzarot, A. (2004). *“El Consentimiento Informado y la Capacidad del Paciente para Prestarlo Válidamente: La Autonomía del Individual en el Ámbito Sanitario. El Deber de la Información y el Consentimiento Informado como Derechos del Paciente”*. Anuario de Derechos Humanos. Obtenido de Volumen: 5. Editorial: Nueva Época. Madrid. España.
- Blanco, L. (2006). *“El Deber de Información en la Medicina Voluntaria o Satisfactiva”*. Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor: Mariano Alonso Pérez. Coordinador: Eugenio Llamas Pombo. Editorial: La Ley. Madrid. España.
- Bórquez Vera, P. & Burgos Salinas, R. (2016). *“Guía de Medicina Legal sobre Responsabilidad Médica”*. Antofagasta. Chile.
- Broggi, M., Simón Lorda, P. & Casanova, C. (2002). *“Problemas Prácticos del Consentimiento Informado”*. Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols I Lucas N° 5. Barcelona. España.
- Cervilla Garzón, M. (2003). *“La Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica: Información y Documentación Clínica”*. Revista Actualidad Civil N° 2. Editorial: La Ley. Madrid. España.
- Chinchilla Sandí, C. (2004). *“Delitos de Omisión Propia e Impropia y los Problemas con la Autoría”*. Medellín. Colombia.
- De la Garza, J. (1995). *“Comentarios sobre Responsabilidad Profesional”*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. D.F. Distrito Federal. México.
- Entralgo, J. (2019). *“El Consentimiento Informado: Valoración Judicial de Daños y Perjuicios”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España.
- Espinoza, R. & Fonseca, A. (1989). *“Responsabilidad Penal del Médico y Paramédicos por Violación del Deber de Cuidado”*. Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.
- Fernández Sessarego, C. (2011). *“La Responsabilidad Civil del Médico y el Consentimiento Informado”*. Editorial: Motivensa. Lima. Perú.

- Florentín, M. (2016). “*Demandas por Responsabilidad Profesional Médica en la Circunscripción Judicial de Caaguazú Sede Coronel Oviedo en los años 2010 al 2015*”. Universidad Nacional de Caaguazú. Facultad de Ciencias Médicas. Coronel Oviedo. Paraguay. Extraído:  
<https://1library.co/document/yro0778y-demandas-responsabilidad-profesional-medica-circunscripcion-judicial-caaguazu-coronel.html>
- Galán Cáceres, J. (2014). “*Medicina y Responsabilidad Legal: Medicina y Derecho, Dos Mundos en Convergencia*”. Autoedición. Badajoz. España.
- Galgano, F. (1992). “*El Negocio Jurídico*”. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia. España.
- García Rivas, N. (1999). “*La Imprudencia Profesional: Una Especie a Extinguir*”. En: El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López. Granada. España.
- Gavilanes, C. (2011). “*Responsabilidad Penal en Casos de Mala Praxis Médica*”. Universidad San Francisco de Quito. Tesis de Derecho. Quito. Ecuador.
- Gutiérrez Aranguren, J. (2006). “*La Imprudencia Profesional*”. Lecciones del Derecho Sanitario. Barcelona. España.
- Guzmán Mora, F. (1994). “*La Responsabilidad Civil del Médico*”. Foro Médico Jurídico. Revista Colombiana sobre Cirugía N° 4. Volumen: 9. Chiquinquirá. Colombia.
- Hernández Gil, A. (2004). “*Causas más frecuentes de Imprudencia y de Denuncia de Mala Praxis Médica: Medidas de Prevención*”. Curso de Responsabilidad Legal del Médico. Novedades Legislativas de Obligación de Aplicación. Actividades Médicas más Denunciadas. Obtenido de Organizada por el Colegio de Médicos de Jaén. Dirección y Coordinación del mismo. Jaén. España.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). “*Metodología de la investigación*”. Sexta Edición. México D.F.: McGraw-Hill.
- Iraola, L. & Gutiérrez Zaldívar, H. (2012). “*Apuntes sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*”. Asociación Médica Argentina y Sociedades Médicas Afines. Buenos Aires. Argentina.

- Jiménez De Asúa, L. (1950). *“Tratado de Derecho Penal y de la Criminología”*. Editorial: Lozada S.A. Buenos Aires. Argentina.
- Jiménez De Asúa, L. (1979). *“La Ley y el Delito”*. Editorial: Sudamericana. Buenos Aires. Argentina.
- Limaylla Vega, G. (2018). *“La Mala Praxis Médica y la Obligación del Médico de Informar al Paciente de su Estado de Salud”*. Universidad Norbert Wiener. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela Profesional de Derecho. Lima. Perú.
- Lledó Yagüe, F. & Morillas Cueva, L. (2012). *“Responsabilidad Médica, Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional: El Contenido Reparador del Consentimiento Informado”*. Madrid. España.
- Llobet, J. (2001). *“Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal”*. Editorial: Editora Jurídica Continental. San José. Costa Rica.
- Lombana, J. (2007). *“El Derecho Penal y la Responsabilidad Médica”*. Editorial: DIKE. Bogotá. Colombia.
- López Jacoiste, J. (2010). *“La Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Editorial: EURA. Madrid. España.
- Meincke, M. (2001). *“La Mala Praxis Médica: Relaciones entre Derecho, Ética y Medicina”*. Editorial: ADHOC. Buenos Aires. Argentina.
- Mollinedo Pillco, L. (2010). *“Responsabilidad Civil y Penal en Casos de Mala Praxis”*. Tesis de Grado. Licenciatura en Derecho. Universidad Mayor de San Andrés. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Carrera de Derecho. La Paz. Bolivia. Extraído de:  
<https://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/12878>
- Montanelli, N. (2003). *“Mala Praxis en Cirugía Plástica: Visión No Dogmática sobre la Especialidad Médica más castigada”*. Primera Edición. Editorial: García Alonso. ISBN: 987-9488-18-0. Asunción. Paraguay.
- Montaño Gómez, P. (1986). *“Responsabilidad Penal de los Médicos”*. Editorial: Amalio Fernández. Montevideo. Uruguay.
- Montero, J. (2014). *“Protéjase de la Mala Praxis”*. Semanario: El financiero.
- Navarro Sandoval, C., Arones Guevara, S., Carrera Palao, R., Casana Jara, K. & Colque Jaliri, T. (2013). *“Estudio de las Denuncias Penales por Responsabilidad Profesional Médica”*. Revista Peruana de Medicina

- Experimental y Salud Pública N° 3. Volumen: 30. Instituto de Medicina Legal de Lima. Lima. Perú.
- Piña, R. (2004). *“El Tipo Subjetivo en el Delito Imprudente”*. Revista de Derecho Penal, Delitos Culposos N° 1. Editorial: Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
- Puppe, I. (2007). *“La Construcción del Delito”*. Revista de Derecho Penal. Editorial: Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina.
- Quirós, M. (2005). *“La Responsabilidad Penal por Mala Praxis Médica”*. Universidad de Costa Rica. Licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica.
- Riu, J. (1981). *“Responsabilidad Profesional de los Médicos”*. Editorial: Lerner. Buenos Aires. Argentina.
- Rodríguez Montañés, T. (2008). *“Delitos de Peligros: Dolo e Imprudencia”*. Buenos Aires. Argentina. Extraído de:  
<https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/895/3/98266%20%28Tesis%29.pdf>
- Romero Pérez, J. (2014). *“Apuntes sobre la Mala Praxis”*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 135. Doctorado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica. Extraído de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34281.pdf>
- Salazar, B. & Quintana, R. (1994). *“La Mala Praxis: Responsabilidad Penal del Profesional en Medicina”*. Material de Medicina Legal N° 3. Volumen 10. San José. Costa Rica. Extraído de:  
<https://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art7.pdf>
- Solano, P. (2001). *“El Registro Médico como Prueba en los Juicios de Mala Praxis”*. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. Asociación de Derecho Médico de Costa Rica. San José. Costa Rica.
- Tamara, L., Jaramillo, Sh. & Muñoz, L. (2012). *“Informes Periciales por Presunta Responsabilidad Médica en Bogotá”*. Bogotá. Colombia.
- Tamayo & Tamayo, M. (2004). *“El proceso de la Investigación Científica”*. Cuarta. Edición. Editorial: Limusa. D.F. México.
- Tamayo Martínez, J. (2007). *“La Relación Médico-Paciente y la Mala Praxis Médica”*. Novedades Jurídicas N° 9. Ediciones: Legales. Quito. Ecuador.
- Tiffer, C. (2001). *“Mala Praxis y sus Consecuencias Penales: Responsabilidad Penal por la Mala Praxis”*. Estudio Sistemático de Casos. Revista de

Ciencias Penales N° 19. Editorial: Editorial Jurídica Continental. San José.  
Costa Rica.

Torres Kirmser, J. (2001). "*Responsabilidad Profesional de los Médicos*". Segunda  
Edición: Editorial: La Ley Paraguaya S.A. Asunción. Paraguay.

Varsi, E. (2006). "*Derecho Médico Peruano*". Editorial: Grijley. Lima. Perú.