

¿EL INCUMPLIMIENTO EN EL SEGUIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL PROTOCOLO MÉDICO PUEDE DETERMINAR UNA RESPONSABILIDAD O EXCULPACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE UN MÉDICO ANTE UNA SITUACIÓN DE MALA PRAXIS O CONSECUENCIA FATAL EN EL PACIENTE?

DOES THE BREACH OF FOLLOW-UP TO THE PROVISIONS CONTAINED IN THE MEDICAL PROTOCOL CAN DETERMINE A RESPONSIBILITY OR EXCULPATION OF A PHYSICIAN'S RESPONSIBILITY FOR A SITUATION OF BAD PRAXIS OR FATAL CONSEQUENCE IN THE PATIENT?

Jesús Manuel González Herrera¹

Recepción: 03 de mayo de 2019

Aprobación: 28 de junio 2019



Resumen

En la presente investigación analizaremos un aspecto puntual y particular que tiene una incidencia significativa para diferentes especialidades jurídicas, como: el Derecho Penal, el Derecho Civil (Responsabilidad Civil Contractual y Extra Contractual) y el Derecho Constitucional: la evaluación y seguimiento del protocolo médico para la determinación de responsabilidades de orden jurídico por consecuencias fatales, negligentes o no previsibles.

Como se podrá observar, el desarrollo de dos niveles de ejecución de actos genera dos consecuencias a nivel de la responsabilidad civil: una proveniente de la regulación de un trato con el paciente o la parte que requiere de un servicio médico y de otro lado una responsabilidad extracontractual porque el médico además de tener una injerencia personal en los actos evaluados, también tiene un deber de dirección a su personal médico si ejecuta una acción quirúrgica y por eso su responsabilidad se forma a nivel extracontractual.

Las deficiencias que observamos cuando son sometidas a una evaluación nos permite señalar que existe un punto medular para analizar y ubicamos al "protocolo de atención médica" que para la presente investigación la denominaremos "protocolo médico". En dicho "manual", por decirlo de alguna manera, se dispone cómo se debe ejecutar una práctica médica respecto de un médico con su paciente, tanto a nivel de atención individual, en un intervención médica, en una intervención quirúrgica o en un tratamiento de seguimiento (de recuperación, post operatorio o preventivo).

Palabras clave: Protocolo médico, determinación de la responsabilidad penal.

ABSTRACT

In the present investigation we will analyze a specific and particular aspect that has a significant impact for different legal specialties, such as: Criminal Law, Civil Law (Contractual and Extra Contractual Civil Liability) and Constitutional Law: the evaluation and monitoring of the medical protocol for the determination of legal responsibilities for fatal, negligent or unpredictable consequences.

As you can see, the development of two levels of execution of acts generates two consequences at the level of civil liability: one arising from the regulation of a deal with the patient or the part that requires a medical service and on the other hand a responsibility extracontractual because the doctor in addition to having a personal interference in the evaluated acts, also has a duty of direction to his medical staff if he executes a surgical action and for that reason his responsibility is formed extracontractual level.

The deficiencies that we observe when they are subjected to an evaluation allows us to point out that there is a central point to analyze and we place the "medical care protocol" that we will call the "medical protocol" for

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas - Docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, email: jmanuelgh@crece.uss.edu.pe

the present investigation. In this "manual", to put it in some way, it is arranged how a medical practice should be executed regarding a doctor with his patient, both at the level of individual attention, in a medical intervention, in a surgical intervention or in a treatment of follow-up (recovery, post operative or preventive).

Keywords: Medical protocol, determination of criminal responsibility.

I. Introducción:

El presente artículo, tiene por finalidad detallar importancia de la determinación de la responsabilidad penal teniendo como sustento lo establecido en los protocolos médicos. Está investigación pretender revalorar la importancia de los protocolos médicos que son guías que deben seguir los médicos en cada caso clínico, pues detallan su accionar, teniendo como base este instrumento médico. La experiencia médica indica que deben basar su accionar en lo que establece el protocolo médico, para evitar así resultados adversos.

Sin embargo en esta investigación podremos darnos cuenta que los médicos en la mayoría de veces no sigue lo establecido en el protocolo médico, y más bien se guía por su experiencia médica. El problema surge cuando el paciente no logra su recuperación total y en el peor de los casos muere a causa de una mala intervención quirúrgica. Son muchas las demandas por negligencia médica que se presentan en el poder judicial, sin embargo; los abogados de las víctimas, de los médicos, ni los jueces recurren al protocolo médico para dar soporte a su defensa o en su defecto para condenar o absolver al imputado en el caso del juez penal.

Por ello lo que está investigación pretende es resaltar la importancia que tiene el protocolo médico para la determinación de la responsabilidad penal.

Esta investigación ha sido estructurada de la siguiente manera:

En el primer capítulo denominado: Elementos referenciales a la evaluación de nuestra investigación se abordan temas como el derecho fundamental a la salud, la prestación del servicio de la salud abordando su desarrollo, deficiencias y limitaciones.

En el segundo capítulo denominado La evaluación de la acción negativa en la salud del paciente, desarrollamos la afectación de la salud del paciente, La diligencia médica profesional, analizamos los niveles de responsabilidad contractual o extracontractual, realizamos un análisis del daño, la relación de causalidad en la responsabilidad civil y realizamos la evaluación de responsabilidad penal del médico por mala praxis.

Finalmente deseamos que este artículo contribuya al desarrollo del derecho con el estudio de un instrumento científico que ayuda a determinar responsabilidad penal con el apoyo en los protocolos médicos.

Elementos referenciales a la evaluación de nuestra investigación.

En el proceso de acopio de la información que nos permitirá evaluar la responsabilidad del médico frente a un paciente en los casos en los cuales surge un daño, hemos procurado analizar el contexto general que rodea a nuestro tema de investigación.

De este modo hemos optado por vincular la importancia de la “salud” del paciente en cuanto a la determinación del daño provocado por el médico, sea este causado en forma dolosa u culposa.

Ante ello debíamos recurrir a la presentación de una serie de elementos tanto de forma teórica como también procedimental y referencial por cuanto, analizar el problema de la salud en el Perú es un tema

que involucra necesariamente a elementos que requieren de una apreciación, al menos introductoria, sin los cuales no sería posible definir nuestro tema de estudio.

El derecho fundamental a la salud.

Iniciaremos el estudio del presente tema de investigación con la definición y relativización prioritaria de la “salud” como derecho fundamental del paciente, el cual puede implicar una serie de elementos complementarios, toda vez que es el factor limitado por la acción del médico.(Arroyo , 2015, p 171).

Bajo esta perspectiva, el derecho fundamental a la salud, incluye:

i. El acceso a una atención sanitaria, y se generan una serie de indicadores con los cuales se evalúa dicha atención:

- ✓ Atención en forma oportuna.
 - ✓ Atención en forma asequible.
 - ✓ Atención médica gratuita o accesible económicamente a las condiciones materiales del paciente.
 - ✓ Derecho a no ser discriminado en cuanto a la atención médica, en función a condición de género, raza, opción sexual, condición social u otro elemento que produzca discriminación o segregación.
 - ✓ Respeto a las tradiciones culturales, religiosas, personales del paciente.
 - ✓ A un servicio de calidad.
 - ✓ A no ser sometido a tratamientos o experimentos médicos sin consentimiento del paciente.
- ii. El reconocimiento de este derecho como un servicio público básico y esencial.

Este punto nos permite fundamentar que la atención pública de servicios de salud no pueden ser relativizados o condicionados ni por el propio Estado ni por los médicos, en caso se trate de una huelga y que siempre deben prestarse servicios médicos en un porcentaje mínimo, para así no afectar a la ciudadanía. iii. El derecho a la salud implica la materialización de un “derecho programático” o un “derecho de realización progresiva” adicional a su condición fundamental, por cuanto la provisión de recursos económicos, puede ser exigido en forma progresiva y ampliatoria.

La importancia de este derecho en el ámbito internacional, comparado y bajo una perspectiva constitucional, es tan importante que puede ser vista en Instrumentos Internacionales con carácter de ser exigible ante los Estados por parte de sus ciudadanos, conforme a estos documentos:

- ✓ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en el año 1966.
- ✓ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, suscrito en 1979.
- ✓ La Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- ✓ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1981 y 1988.

La prestación de servicios públicos de salud en el Perú:

Siendo el “derecho a la salud” un derecho fundamental que exige al Estado la ejecución de acciones directas y objetivas en la atención de servicios públicos, en el presente punto analizaremos la

obligación de la Administración Pública, dividida en diferentes niveles de gobierno, de prestar un servicio básico e indispensable: la salud.(Amable, 2015, p. 100).

Es la percepción ciudadana de una labor del Estado a través de su administración pública de proveer los instrumentos políticos, económicos y sociales necesarios para que la “salud” de los ciudadanos pueda ser atendida con normalidad y en forma proporcional a sus necesidades.

Como se podrá observar, el panorama de atención de servicios médicos y condiciones afines, paralelas, complementarias no es un espacio ambiguo o sin regulación, muy por el contrario existen una serie de variables que pueden ser materia de análisis para así poder comprender el verdadero alcance que tiene el derecho a la salud en nuestro país.

Sin embargo, esta situación genera una evaluación que correlaciona el “aspecto legal” de nuestro estudio con las condiciones materiales con las que se ejecutan los servicios públicos en nuestro país. RPP (2015, 20 de octubre).

En este sentido, debemos señalar los principales problemas que afronta el sector salud en nuestro país:

- ✓ Falta personal profesional, siendo recurrente el hecho de que la población de médicos, enfermeros y técnicos en el país es muy baja.

Esta referencia la obtenemos del propio Ministerio de Salud que detalla que faltan aproximadamente 16,000 médicos especialistas en todo el país. MINSA (2015, 1 de mayo).

- ✓ El presupuesto público es insuficiente.

Esta referencia la hemos obtenido del propio Ministerio de Salud, que a través de notas de prensa comunica su situación deficitaria.

- ✓ Existe un déficit de hospitales y centros de atención de salud en el país.

Referencia que el propio Ministerio de Salud expone y con ello programa la construcción de nuevos centros hospitalarios.

- ✓ Existe un desorden normativo y administrativo en las entidades que brindan servicios públicos de salud.

Así podemos observar los conflictos que se generan entre el personal del Ministerio de Salud y EsSalud principalmente por concepto de remuneración.

También se registran los problemas de niveles remunerativos entre doctores, médicos, técnicos médicos y personal administrativo.

- ✓ No existe una política de gobierno en el ámbito de la Salud, situación que es observable en el ámbito del Acuerdo Nacional, en donde sólo se registra el “incremento de hospitales como un paliativo a la necesidad de acceder al servicio a la salud”.

La evaluación de la acción negativa en la salud del paciente

a) Evaluación de los niveles de afectación a la salud del paciente

Sobre la base de la bibliografía (Cobo, 2012) y jurisprudencia que hemos revisado en la elaboración de la presente investigación, podemos detallar las siguientes condiciones que limitan la salud del paciente:

a.1. La muerte

Es la condición más grave que puede ocurrir a consecuencia de una relación entre un médico y un paciente y por ello se ubica en primer lugar.

En estos casos, la evaluación puede generarse en mérito a una denuncia por mala praxis desarrollada por negligencia, o por una fatal consecuencia en una etapa posterior a la interacción entre médico y paciente.

Usualmente en estos casos se hace referencia a las consecuencias fatales de un tratamiento, cirugía o eventualmente una atención que incidió en un elemento que propició una fatal consecuencia. CMP (2014, 11 de mayo).

b.2. Lesión grave.

Se genera cuando el menoscabo a la integridad se puede evaluar en función objetiva a la pérdida o disfuncionalidad completa de un miembro, extremidad o parte corpórea del paciente. Los casos de amputación de miembros por “error” es una gráfica referencia de este punto.

c.3. Resultado no previsto.

Es aquella situación en la cual el diagnóstico no toma en cuenta el verdadero nivel del paciente y se generan sobre todo interpretaciones en cuanto al “resultado” en el paciente. (Fernández, 2011, p 354).

Esta situación se denomina “efectos iatrogénicos” o “iatrogenia” y que pueden originarse por la reacción adversa a causa de la ingesta de un medicamento, sea porque este no era el medicamento apropiado o porque la patología del paciente no lo asimiló como presumía el médico. Discovery de la Salud (2014, 20 de junio).

La diligencia médica profesional y el deber de diligencia del profesional médico.

a) Evaluación de la responsabilidad civil.

Para poder sustentar nuestra posición en el ámbito penal, debemos recurrir en primera instancia a la determinación conceptual de “responsabilidad” civil del médico, principalmente para evitar una dualidad de criterios y que finalmente permitirá dilucidar nuestra posición en este punto, en particular cuando se le analiza en cuanto a la vinculatoriedad del “protocolo médico”.

En este sentido, la responsabilidad civil médica constituye un supuesto de mucha importancia en cuanto a su tratamiento en el Derecho Civil y particularmente en la evaluación de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional; bajo esta consideración, observamos que la responsabilidad del médico genera una institución o figura jurídica independiente de la “responsabilidad” en general y esta situación genera diferentes posiciones en la doctrina y en la práctica jurisdiccional. (Moreno, 2015, p. 350).

En complemento a este problema “dogmático” con consecuencias en el ámbito jurisdiccional, debemos señalar que durante los últimos años se ha incrementado un particular elemento: se han denunciado más casos de mala praxis profesional en el ámbito de las prestaciones de servicios de salud que en las demás profesiones.

Esto es, se han denunciado más a médicos que a otros profesionales, por la ejecución de una acción indebida, ilícita o culposa.

Sin embargo, esta “referencia vinculado al contexto jurisdiccional” debe ser interpretado correctamente por cuanto, es también cierto, que es el médico quien tiene una mayor vinculación con la salud de una persona y sobre ella puede generarse una serie de situaciones que pudieran causar una consecuencia negativa. (Buendía, 2014, p 186)

A ello, la doctrina en forma unánime detalla un hecho importante: durante los últimos treinta años, los médicos han perdido su “clásica inmunidad” conforme lo detallaba su propio estatuto ético y por ello han sido expuestos a procesos judiciales, tanto en lo civil como en lo penal, e inclusive en la actualidad en nuestro país, ante el INDECOPI. (Huamán, 2015, p 123).

Esto es, la recurrencia al “Código de ética y al criterio de conciencia”, expuesto en su Código Hipocrático: “Si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar plenamente de mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria”, han sido relativizados por los propios pacientes afectados y también por la práctica jurisdiccional, que ha observado que dichos elementos no podía configurar una “regla de excepcionalidad” y de “exención de responsabilidad” y ante ello es que se puede observar el progresivo avance a nivel numérico de causas seguidas contra médicos, contra hospitales e inclusive el propio Estado. (Buendía, 204, p. 231)

Este proceso es denominado por De Trazegnies como un análisis de la “responsabilidad” a secas y no en función a la “profesión” y por ello se ha desmitificado la práctica médica en los últimos años. (De Trazegnies, 2006, p. 360).

Adicional a esta situación, la práctica médica se ha especializado a una gran escala y esto ha producido una disfuncionalidad en cuanto a la prestación profesional, por cuanto una indebida preparación genera consecuencias no previstas por el médico y la consecuente vinculación a la “responsabilidad profesional” que ha provocado que el paciente lo denuncie, debido a que esas situaciones no deberían ser admitidas como situaciones de “práctica médica”, dado que se ha tenido la previsión de la especialización para mitigar o eliminar todo margen de error.

(Lorenzetti, 2006, p. 133).

Este último factor es el que ha permitido que los clásicos niveles de evaluación de responsabilidad se tome en cuenta el “nivel y calidad del servicio” prestado y ante ello se configura la jurisdicción del INDECOPI en particular cuando se analiza la idoneidad del servicio médico, tanto de parte del médico como del centro médico (hospital o clínica). (Sarmiento, 2003, p. 246).

Análisis de los niveles de responsabilidad: contractual o extracontractual

Sobre la base de lo dispuesto por nuestro Código Civil de 1984 podemos detallar que existe un sistema dual de responsabilidad, manteniendo como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

Esta definición que podría parecer sencilla en realidad nos permite detallar un elemento mucho más importante, por cuanto la “definición” del nivel de responsabilidad no está vinculada al “contrato”, sino a la “responsabilidad obligacional” y/o “responsabilidad extra obligacional”.

Así podemos detallar que:

- a) La responsabilidad obligacional es la que genera una obligación de reparar un daño generado por el incumplimiento de un deber jurídico, debidamente especificado o previamente establecido, el cual recibe la categoría de “relación jurídica obligatoria”.
- b) La responsabilidad extraobligacional será generada como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico, que en el caso de nuestro estudio, es “no causar daño a nadie”, sin que exista un vínculo obligacional previo.

Esta delimitación es sumamente importante al momento de analizar el “acto médico” por cuanto nos permitirá definir el nivel de responsabilidad del médico frente a su paciente en el caso específico de que se genere un daño. La delimitación temporal y obligacional definirá en consecuencia la evaluación de la “responsabilidad” profesional a cargo del médico y su eventual sanción o la exculpación.

a) Evaluación de la responsabilidad penal del médico por la mala praxis.

a.1. La Responsabilidad Penal del Médico

Sobre la base de la información bibliográfica expuesta, podemos detallar que la responsabilidad penal del médico se desarrolla en función a la capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario en el ejercicio de una actividad profesional.

Ante esta situación, la legislación penal en su conjunto tiene por finalidad penar o castigar todo acto que ha generado una lesión a un bien jurídico o a quien ha cometido un hecho punible.

Bajo esta relación, la “consecuencia” está vinculada a un daño a u bien jurídico respecto de un sujeto pasivo de un eventual delito y a la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley: seguridad pública en cuanto a la prestación de servicios de salud.

Téngase en cuenta que estas circunstancias, la propia doctrina determina que existen niveles de responsabilidad en función a estas variables:

i. Daño culposo.

Generado sobre todo por la impericia en la práctica médica o por una condición no prevista en el ámbito de la relación médico paciente. (Vizcarra, 2014, p. 251).

Generan la mayor parte de los procesos judiciales tanto en el ámbito civil como penal en nuestro país.

Podemos citar casos representativos, conforme la determinación de delito de lesiones culposas (artículo 124 código penal) y delito de homicidio culposo (artículo 111 código penal).

ii. Error de tipo que condiciona la responsabilidad penal y por ende la propia pena.

En particular cuando el médico ejecuta una acción a consecuencia de una información que no ha sido correctamente generada por el paciente.

Este tipo de situaciones se genera cuando el médico en una situación especial opta por hacer prevalecer la información que el paciente le facilita antes de verificar dicha información. Por ejemplo, en caso de surgimiento de nuevas patologías que se debieron a causas pre existentes en los pacientes, el médico recurre a la determinación de que este error se produjo a causa de la necesidad de una acción médica en un momento especial. (Buendía, 2013, p. 73).

En este punto se hace mención a la “diligencia” que debe guardar el médico, en particular porque sobre esta profesión existe un alto riesgo de afectación de bienes jurídicos de los pacientes y que se denominan como “infracción al deber de cuidado”. (Pazos, 2007, p. 2933).

iii. *El daño doloso, el cual resulta poco probable de juzgar por las condiciones en las cuales se ejecuta la práctica médica.*

En este tipo de situaciones podemos detallar algunos casos representativos:

El delito de eutanasia, regulado en el artículo 112 del Código Penal.

El delito de aborto, regulado en el artículo 114 del Código Penal.

El delito de abandono de persona y omisión de auxilio regulado en el artículo 126 y 127 del Código Penal.

a.2. La infracción del Deber de Cuidado en la actividad Médica.

Es la obligación de adoptar conductas cuidadosas o evitando cometer acciones que pudieran provocar una lesión a un bien jurídico tutelado.

En este caso, por ejemplo surgen casos límite, en donde el médico ante la situación de emergencia puede ejecutar actos que no están regulados en protocolos de atención médica y que sin embargo le exigen una acción eficaz y oportuna. (Vizcarra, 2014, p. 140).

Así por ejemplo, el uso de “taladros” o el uso de un “lapicero” para ejecutar una traqueotomía, pueden ser considerados como infracciones al deber de cuidado pero que en circunstancias especiales son causales de eximente de responsabilidad por cuanto se ha ejecutado una ponderación de intereses y la vida del paciente ha sido tutelada por parte del médico.

Para la evaluación de estos deberes de cuidado, se requiere:

i. Que el acto ejecutado sea necesario, que el médico o haya reconocido el peligro que su acción entraña respecto del bien jurídico y, que al mismo tiempo, tenga la capacidad para llevar a cabo la acción en las mejores condiciones.

Esta atribución sólo le corresponde al médico, y puede ser susceptible de ser dividida en dos fases: por una parte, se buscan las reglas generales de cuidado que debería observar el médico, es decir, una medida general de cuidado y, en un segundo momento, se ha de preguntar por cuál sería la conducta necesario en el tráfico atendiendo a la capacidad del paciente y a las circunstancias exteriores concurrentes.

ii. Se deberá tomar en cuenta la utilidad social que entraña la acción.

En este punto, se debe tener en cuenta que existen tratamientos terapéuticos que por sí mismos provocan una situación de riesgo, porque son de resultado incierto. Por tanto, la curación o sanación es un resultado eventual y posible pero no seguro o absoluto, y dentro de la *lex artis* y de la evaluación que el juez debe hacer en cada caso concreto, existe una franja de riesgo permitido que obligadamente en ciertas patologías o ciertas situaciones tendrá que abordar el médico como desafío, ahora bien si el tratamiento resulta inadecuado y no tiene éxito, esto no se dé por sí una situación de la cual se pueda derivar culpa al médico. (Rabinovich, 1999, p. 348).

Este es el típico resultado de operaciones de cirugía plástica o tratamientos novedosos que terminan provocando una lesión o daño a un paciente.

iii. Finalmente, en lo que concierne a las fuentes utilizables para la determinación de la norma de cuidado, en ocasiones, estas ya vienen descritas en preceptos legales o normas administrativas, cuya inobservancia constituye en general una imprudencia.

Este es el punto básico para nuestra investigación, por cuanto en la gran mayoría de casos en donde se desarrolla una relación médico-paciente, existe un protocolo de atención médica y ante ello, el médico que no siga dichos preceptos puede provocar una situación grave a costa de la vida e integridad personal del paciente.

a.3. La Negligencia

La negligencia es la falta de adopción de las diligencias debidas, sean estos unos actos extraordinarios, o sean ordinarios.

En términos directos es la falta de “diligencia” en la ejecución de un acto médico y conlleva la responsabilidad civil y penal del médico.

Este punto nos permite representar varios aspectos de la negligencia médica, como:

- ✓ No controlar al paciente durante el tratamiento médico.
- ✓ No controlar al paciente en una etapa posterior a la cirugía, esto es en el postoperatorio.
- ✓ Ejecutar actos de “descuido” durante una cirugía, como por ejemplo olvidarse de retirar instrumentos quirúrgicos del cuerpo del paciente al momento de finalizar el mismo.
- ✓ No esperar en casos graves, el relevo por otro médico.
- ✓ Falta de protección cuando se realiza una radioterapia.
- ✓ No advertir cuales son los efectos colaterales del tratamiento. (Seijas, 2001, p. 363) No informar a los familiares ni al paciente cuál es la verdadera situación de un paciente.
- ✓ No prestar asistencia sanitaria de urgencia.
- ✓ Abandonar al enfermo (guardia, emergencia o huelga).

a.4. La Impericia

Se define a la impericia como la falencia del profesional se fundamenta en la falta de conocimientos, aptitud, destreza o técnica.

Situación que ha sido sumamente ponderada en los últimos años en función a la elevada especialización por materias que se han desarrollado en el ámbito médico.

A modo de representación, podemos citar estos casos:

- ✓ No practicar los exámenes básicos por la ponderación de la urgencia, es decir, no realizar el examen de sangre a un sospechoso de leucemia y omitir por tal razón el tratamiento adecuado.
- ✓ Confundir el diagnóstico de una enfermedad con otra, a pesar de ser claras las manifestaciones clínicas. (Sproviedo, 1994, p. 90).
- ✓ Prescribir por ignorancia dosis tóxicas o mortales, no tomando referencia de las condiciones del paciente.
- ✓ Administración de medicinas inapropiadamente.

En este punto, hacemos expresa mención de que los protocolos médicos sí detallan estos procedimientos.

a.5. Inobservancia de Normas y Procedimientos conforme al protocolo médico.

En este punto, el daño se configura cuando, existiendo una exigencia u orden escrita en un protocolo médico, dispuesto con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno (el médico, en nuestro caso) no le da cumplimiento, generando un daño al paciente.

Así el “protocolo médico” es el instrumento básico en el cual se determina el procedimiento médico que debe ejecutar el médico respecto de su paciente y que le permite vincularse en orden de subordinación a su centro laboral.

En este punto podemos detallar conforme señala Santos (2000, p. 349) como ejemplos:

i. Omisión o defecto en la confección de la Historia Clínica.

Este es el caso puntual de nuestro tema de tesis, por cuanto la confección de la historia clínica es un elemento vital para la determinación del nivel de responsabilidad de un médico o del propio centro hospitalario.

Lamentablemente en casos de situaciones que han provocado la acción judicial, el acceso a la historia clínica no es siempre oportuno y con ello se corre el riesgo de no poder ejecutar acciones de evaluación de la pericia del médico.

ii. Realizar el Interno o Residente actos no autorizados o sin la debida supervisión. Situación particular, por cuanto la práctica médica en nuestro país es extendida a los estudiantes de medicina y son ellos los que usualmente ejecutan procedimientos médicos sin una evaluación directa de parte de un instructor o superior y ello provoca un severo problema al momento de la determinación de la responsabilidad civil y penal, por cuanto el “tratante” no es un médico y su condición o referencia con el caso por lo general es omitida, recayendo la acusación en el “médico instructor”.(Urrutia, 2005, p. 304).

iii. Abandonar el centro laboral sin autorización.

Situación particular especialmente en los ámbitos de la prestación del servicio en hospitales y centros médicos del Estado.

Las huelgas provocan usualmente situaciones límite en los pacientes y ante este tipo de casos, todavía no se ha registrado un caso judicial en el cual se denuncien estas condiciones.

Probablemente en este punto, una de las principales condiciones por las cuales no se ha ejecutado ninguna acción judicial se deba a la falta de recursos de los pacientes afectados.

iv. No obtener la autorización del paciente o familiares en casos quirúrgicos. Esta situación nos permite analizar aquellos casos en los cuales el paciente tiene una condición religiosa que le impide la ejecución de actos médicos de disposición de sus órganos o elementos corpóreos como la sangre.

Bajo estas situaciones el médico no puede continuar con el acto médico.

a.5. La Mala Praxis Médica.

En términos generales es la situación desventajosa del paciente que ha recibido una mala atención, sea culposa, negligente o dolosa de parte del médico tratante. En este sentido, este punto detalla las referencias de los elementos precedentes expuestos.

a.6. Tipos de Responsabilidad Médica

Existen cinco tipos de Responsabilidad Médica en el marco del Derecho Sanitario:

i. Responsabilidad civil.

Es donde se evalúa el nivel de la compensación económica o moral que pueda recibir un paciente a causa de un daño provocado por la praxis médica de un doctor.

Este punto es importante a detallar por cuanto incluye el concepto de

“responsabilidad solidaria” por parte del centro médico, en particular para analizar el hecho de la vinculación del protocolo médico.

En la mayoría de los casos, los hospitales y clínicas establecen como condición exculpatoria a una eventual demanda por daños y responsabilidad extracontractual por negligencia médica, el hecho de que el médico no ha seguido las instrucciones contenidas en el protocolo médico.

ii. Responsabilidad penal.

En referencia al “tipo penal” cometido, sea en forma dolosa o culposa y sobre el cual se debe evaluar la lesión de un bien jurídico en el paciente o por parte de una infracción a un deber de cuidado en forma general, resultado parte afectada la propia sociedad.

(Kadagand, 2002, p. 398).

iii. Responsabilidad disciplinaria.

En función a la relación por vínculo profesional con el Centro laboral.

iv. Responsabilidad administrativa.

Vinculado sobre todo a la responsabilidad que asume un centro hospitalario o clínico respecto del tratamiento o atención médica que ofrece a través de su personal.

v. Responsabilidad deontológica.

Este tipo de responsabilidad está establecido a un nivel de relación entre el médico con su Colegio Profesional y está determinado en el Código Hipocrático que guía a su Código de Ética Profesional.

El código penal y el análisis de la responsabilidad penal del médico

En la evaluación de este punto, debemos hacer mención a lo estipulado en el Código Penal, respecto del homicidio culposo, el caso más referencial materia de análisis: El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos ciento cuatro jornadas.

Bajo este patrón definidor debemos detallar que se produce un delito culposo cuando el médico ocasiona la muerte de una persona con un actuar que no estaba dirigido a causar un daño, pero que por falta de previsión determina dicha muerte, debiéndose delimitar los siguientes elementos:

- a. El bien jurídico: Es la vida, la integridad física y la capacidad física o psicológica deteriorada por acción directa de un médico.

- b. La acción típica: Es la conducta prohibida y reprochable de la materia de estudio, está previsto en el artículo 111 del Código Penal en la que la Responsabilidad supone la actuación profesional en este caso del médico por su actuar negligente, imprudente, impericia o inobservancia de las normas que provoca la muerte del paciente.

- c. El sujeto activo del delito: Sin evaluar el nivel de responsabilidad que se ejecute, en estos casos, el sujeto activo del delito es el médico. Como elemento identificador de las características del sujeto activo, debemos detallar que este tiene la condición de profesional de las ciencias de la salud y por lo tanto tiene deberes impuestos por su función.

- d. Sujeto pasivo: Es el paciente que recibe la acción médica por parte del médico.
Puede ser extensible a los familiares de una persona si este resulta víctima fatal de un tratamiento o acto médico.

- e. Consumación del delito: Debe registrarse un daño, un menoscabo a la integridad o a los derechos del paciente que eventualmente resulten aplicables.
Así por ejemplo podemos citar el caso en que se ejecute una transfusión de sangre no autorizada en personas que profesan una actividad religiosa, este hecho podría provocar la ejecución de un delito y por ende la responsabilidad del médico que ejecutó este procedimiento sin autorización.

II. Conclusiones

- ✓ La actividad profesional médica se ha desarrollado en los últimos años en función a una elevada condición y requerimiento de especialización y ello ha provocado el surgimiento de condicionamientos externos para la práctica profesional en el servicio médico, provocando con ello el surgimiento de muchas situaciones en las cuales se ha ejecutado una lesión a un bien jurídico del paciente, que puede ser una lesión o una consecuencia fatal.

- ✓ La actividad profesional del médico en los últimos años producto del punto precedente, ha sido sometida a evaluación en el ámbito jurisdiccional y con ello se ha desmitificado el seguimiento del código de ética profesional, el cual anteriormente era el único vinculante a los médicos.

- ✓ La actividad profesional está sumamente reglada y supervisada, tanto en el ámbito privado como en el público y ante ello ha surgido la necesidad de imponer procedimientos médicos, los cuales se determinan en el “protocolo médico”.

- ✓ Que, a pesar de que existen elementos procedimentales vinculantes a la práctica médica, la propia actividad profesional del médico lo hace próximo a participar en situaciones límites en

las cuales la propia pericia y las condiciones negativas del paciente pueden provocar una situación negativa.

- ✓ En los últimos años, la actividad de trabajo pericial en el ámbito jurídico y jurisdiccional ha permitido el desarrollo de la especialidad forense con una mayor y mejor pulcritud en cuanto a sus alcances y ello ha permitido que los jueces y fiscales puedan conocer de mejor manera la “pericia” del médico en el desarrollo de una acción sometida a investigación y ante ello también su correspondiente responsabilidad si se actuó de forma distinta a lo estipulado en los protocolos médicos.

III. Referencias

- Arroyo, B (2015). *La estructura de los derechos fundamentales*. Lima: ECB Ediciones.
- Buendía, E. (2013). *Itinerario mínimo sobre la responsabilidad del equipo médico en la Ley General de Salud*. Lima: Actualidad Jurídica, Tomo 236.
- Buendía, E. (2014). *La actividad sanitaria en la jurisprudencia peruana y el derecho comparado*. Lima: Foro Jurídico, Año 11, N° 13.
- Buendía, E (2014). *Desviaciones de la responsabilidad civil “en” y “de” la estructura sanitaria en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Cobo, J. (2012). *Seis horas de medicina forense para abogados*. España: Editorial Bosh.
- CMP (2014). *Comisión de ética*. Recuperado de: www.cmp.org.pe
- De Trazegnies, F. (2006). *La responsabilidad profesional no existe”; en: “Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*. Lima: Editorial Grijley.
- Discovery de salud (2014) *Los tratamientos médicos ya son la primera causa de muerte*. Recuperado de : <http://www.ds salud.com/index.php?pagina=articulo&c=582>
- Fernández, C. (2011). *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima: Motivensa.
- Huamán, L.A. (2015). *Responsabilidad civil de la administración, pretensión indemnizatoria y proceso contencioso administrativo*. Lima: ECB Ediciones.
- Kadagand lovaton, R. (2002). *Responsabilidad penal del médico*. Lima: Editorial Rodhas.
- Lorenzetti, R. L. (2006) *La responsabilidad civil. Derecho de daños*. Lima: Grijley.
- Melgar, M. (2015) *Propuesta para la implementación del sistema de gestión de calidad basado en la norma ISO: 9001:2008 en el área de atención al ciudadano en una entidad del estado*. Lima: CENTRUM.
- MINSA (2015). *Nota de prensa*. Recuperado de: www.minsa.gob.pe
- Montoya, Y. (2002). *La responsabilidad penal del médico en las esterilizaciones quirúrgicas involuntarias*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreno, C. (2015). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Pazos, J. (2007). *El deber de información y la responsabilidad del médico. Diálogo con la Jurisprudencia. Año 13, N° 109, Octubre 2007, p. 29-33*.
- Rabinovich, R. (1999). *Responsabilidad del médico: aspectos civiles, penales y procesales*. Buenos Aires: Astrea.
- RPP (2015). *Faltan médicos*. Recuperado de: <http://rpp.pe/politica/actualidad/reiteran-deficitdemedicos-a-nivel-nacional-noticia-598077>
- Santos M. J. (2000). *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos*. Madrid: Escuela Libre.
- Sarmiento, M (2003). *La responsabilidad civil del médico frente a la socialización de la medicina*. Bogotá: Universidad de Externado.

- Seijas, T. (2001). *Derecho Médico I: aspectos legales del ejercicio médico y su responsabilidad profesional*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Sproviero, Juan (1994). *Mala praxis: protección jurídica del médico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vizcarra, N. (2014). *La teoría de la pérdida de la chance en la responsabilidad civil del médico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Urrutia, A. (2005). *Responsabilidad médico legal de los anestelistas*. Buenos Aires: La Rocca.