



UNIVERSIDAD DE PANAMA

VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CON ENFASIS EN
DERECHO CIVIL**

TESIS DOCTORAL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO POR MALA PRACTICA

MANUEL SALVADOR OBERTO SOLANILLA

DIRECTOR DR JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZALEZ

**TESIS PRESENTADA Y DEFENDIDA PARA OPTAR AL GRADO
ACADEMICO DE DOCTOR EN DERECHO CON ENFASIS EN DERECHO
CIVIL**

PANAMA, CIUDAD UNIVERSITARIA, 2017

S-7
19 MAR 2019
Caso del estudiante



UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN

DERECHO CON ENFASIS EN DERECHO CIVIL O DERECHO LABORAL

Titulo del trabajo de tesis La Responsabilidad Civil del medico por mala practica

Nombre del estudiante **MANUEL SALVADOR OBERTO** Cedula **8 234-455**

Miembros del Tribunal Calificador	Calificacion que le otorgan
a Dr Jacinto Espinosa (Director)	100
b Dr Julio Lombardo	95
c Dr Alexander Valencia	95
d Dr Victor De Las Casa	73

Nota Final Promedio 95.75

Observaciones Generales

Firmas de los miembros del Tribunal Calificador

a [Signature]
b [Signature]
c [Signature]
d [Signature]

[Signature]
Firma del Coordinador del Programa de Doctorado en Derecho

[Signature]
Firma del Representante de la Vicerrectoria de Inv Y Postgrado

[Signature]
Firma del estudiante

[Signature]
Firma del Decano Facultad de Derecho y Ciencias Politicas

Fecha Jueves 30 de noviembre de 2017

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	3
MARCO METODOLOGICO	3
1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION	5
2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
3 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA	6
4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	8
5 HIPOTESIS Y VARIABLES	9
6 METODOLOGIA	11
CAPITULO II	13
1 La Responsabilidad Civil Médica por Mala Practica	14
2 1 Concepto de Responsabilidad Civil Medica	20
2 2 El Acto Medico	24
2 2 1 Acto medico preventivo	27
2 2 2 Acto medico diagnostico	27
2 2 3 Acto medico terapeutico	27
2 2 4 Acto medico de rehabilitacion	27
2 3 Presupuestos basicos de la Responsabilidad Civil Medica	28
2 3 1 Antijuncidad del Acto	29
2 3 2 Antijuncidad del Acto Medico	31
2 4 El daño como presupuesto de la Responsabilidad Civil	34
2 4 1 Concepto de Dano	36
2 4 2 El dano como presupuesto de la Responsabilidad Civil Medica	37
2 4 3 Requisitos del Dano para que sea Resarcible	38
2 4 3 1 El dano debe ser cierto	38
2 4 3 1 1 Prueba de las obligaciones en el Código Civil	39
2 4 3 2 El dano debe ser subsistente	40
2 4 3 3 El dano debe ser personal del reclamante	42
2 4 3 4 El dano debe recaer sobre la salud o cuerpo del paciente	42
2 4 4 El nexo o relacion de causalidad	43
2 4 5 El dolo o culpa del agente causante del dano	44
2 4 6 Factores de atribucion de la Responsabilidad Civil	45
2 4 6 1 Factores Objetivos	45
2 4 6 2 Factores Subjetivos	46
2 4 7 Los factores subjetivos de atribucion de la Responsabilidad Civil en la Legislacion Panamena	47
2 4 7 1 El Dolo	47
2 4 7 2 Dolo Contractual	48
2 4 7 3 La Culpa	49
2 4 7 4 La culpa contractual	51

Capitulo I Marco Metodologico

2 4 7 5	La culpa extracontractual	52
2 5	Concepto de Mala Practica en la Responsabilidad Civil Medica	54
2 5 3	Responsabilidad de los Centros medicos Publicos y Privados	65
2 5 4	La Responsabilidad Civil Médica en las Especialidades	72
2 5	Consentimiento Informado	88
2 5 1	Antecedentes legales	88
2 5 1 1	Ley 52 de 12 de diciembre de 1995	89
2 5 1 2	Ley 68 de 20 de noviembre de 2003	90
2 5 1 3	Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de Noviembre de 2012	90
2 5 1 3 1	Concepto	90
2 5 2	Ambitos de Responsabilidad Civil	92
2 5 2 1	Responsabilidad Civil Contractual	93
2 5 2 2	Responsabilidad civil extracontractual	93
2 5 3	Nueva postura	94
2 5 4	El Consentimiento	95
2 5 4 1	Relacion entre Informacion Comunicacion y consentimiento	95
2 5 4 2	Consentimiento Contractual vs Consentimiento informado	97
2 5 4 2 1	Consentimiento Contractual	97
2 5 4 2 2	Consentimiento Informado del Paciente en la Relacion Médico Paciente	99
2 5 4 2 3	Acceso a la Informacion del paciente sobre su estado de salud y condicion	104
2 5 4 2 4	La Historia Clinica del Paciente y la Anexion del Consentimiento Informado del Paciente	106
2 5 4 2 5	El Consentimiento Informado no es un contrato	108
2 5 4 3	Caracteristicas del Consentimiento Informado	108
2 5 4 4	El deber de informar	114
2 5 4 4 1	La ignorancia tecnica del paciente	115
2 5 4 4 2	Condiciones culturales y religiosas	116
2 5 4 4 2 1	Testigos de Jehova	117
2 5 5	Supuestos en que la informacion es imputable al medico	117
2 5 5 1	Supuesto en que el paciente accede a ser informado	118
2 5 5 1 1	Incapacidad del Paciente	120
2 5 5 1 2	Pacientes con enfermedad Terminal	121
2 5 6	Supuestos en que la no informacion no le es imputable al medico	123
2 5 6 1	El derecho del paciente a no ser informado	126
2 5 6 1 1	Requisitos del derecho a la no informacion por el paciente	126
2 5 6 1 2	Restricciones al derecho de no ser informado	128
2 5 6 1 3	Derecho a la Confidencialidad	128
2 5 6 1 4	Requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado de lugar para los facultativos y el Centro medico a la responsabilidad de indemnizar los danos sufridos por el paciente en la jurisprudencia	129
2 5 6 1 5	El Consentimiento Informado brindado por el paciente no exonera de danos y perjuicios causados con culpa o forma de estas	130

2 5 6 1 5 1	La aceptacion de riesgos terapeuticos no comprende los generados por la actuacion culposa del medico	132
2 5 6 1 5 2	El medico no debe exponer al paciente a riesgos injustificados	133
2 5 6 1 5 3	Deber informar del riesgo de no someterse al tratamiento	133
2 6	Hacia una nueva concepcion del daño Perdida de la chance de curacion por la omision de informacion del paciente	134
2 6 1	El Dano	134
2 6 2	Evolucion del Concepto de Dano (Dano Resarcible)	135
2 6 2 1	Perdida de la Chance	135
2 6 2 1 1	Perdida de la Chance de Curacion por la Omision de la Informacion al Paciente	136
2 6 2 1 1 1	Perdida de la Chance	137
2 6 2 1 2	La perdida de la chance en la responsabilidad profesional medica	140
2 6 2 1 2 1	Particularidades de la pérdida de una chance	142
2 6 2 1 3	Criticas a la Perdida de la Chance	145
2 7	Naturaleza juridica de la prestacion de servicios medicos	148
2 7 1	El contrato de Servicios Medicos	151
2 7 1 1	Caracteristicas del contrato de servicios medicos	154
2 7 1 2	Constitucion del contrato de servicios medicos	157
2 7 1 3	El contrato de servicios medicos en la Legislacion Panamena	162
2 7 1 4	Deberes y obligaciones de las partes	164
2 7 1 4 1	Obligaciones y deberes del medico	164
2 7 1 4 2	Obligaciones y deberes del paciente	167
2 7 1 5	Extincion del contrato de servicios medicos	168
2 8	Consideraciones entorno a la Culpa en la Responsabilidad Civil Medica	169
2 8 1	La Culpa	170
2 8 2	La Culpa Contractual	171
2 8 3	La Culpa Extracontractual	174
2 9	La Culpa Medica	176
2 9 1	Concepto de Culpa Medica	176
2 9 2	Formas de la Culpa Medica	177
2 9 2 1	Imprudencia	177
2 9 2 2	Impericia	179
2 9 2 3	Negligencia	180
2 9 2 4	Inobservancia	181
2 9 3	Prueba de la Culpa Medica	182
2 9 3 1	Regimen de la Culpa Probada	182
2 9 3 2	Regimen de la Culpa Presunta	184
2 10 4	Cuando opera la presuncion de la culpa	185
2 10 4 1	Ambito Contractual	185
2 10 4 2	Ambito Extracontractual	186
2 10 4 2 1	Cuando opera la culpa probada	186

Capítulo I Marco Metodológico

2 10 4 2 1 1	Ambito Contractual	186
2 10 4 2 1 2	Ambito Extracontractual	186
2 10 5	Culpa Probada	193
2 10 6	La Crisis de la Culpa	194
2 10 7	Nuevos Criterios de atribucion de la responsabilidad civil	203
2 10 7 1	Teoria del Riesgo Creado	204
2 10 7 2	La Teoria del Riesgo Creado en la legislacion argentina (Nuevo Codigo Civil y Comercial de la Nación)	204
2 11 1	Naturaleza juridica de la culpa medica	208
2 11 2	Presunciones de la culpa medica	210
2 11 3	La culpa como presupuesto de la responsabilidad civil medica	214
2 11 4	Juzgamiento concreto de la culpa	217
2 11 4 1	La prueba de la culpa en los procesos de la responsabilidad civil medica	220
2 11 4 2	La carga probatoria en el derecho panameno	221
2 11 4 3	La prueba diabolica	222
2 12	La Inversion del Onus Probandi como Paradigma Probatorio en los Procesos de Responsabilidad Civil Medica	225
2 12 1	Breve analisis de los aspectos adjetivos de la Responsabilidad Civil Medica	226
2 12 2	Consideraciones previas en cuanto al tema	235
2 12 3	¿Que es la Carga de la Prueba?	237
2 12 3	¿Que es la Inversion del Onus Probandi o las cargas dinamicas de la prueba?	239
2 12 4	La Inversión del Onus Probandi en la Responsabilidad Civil Medica	241
2 12 5	La Carga de la Prueba en Materia de Responsabilidad Civil Medica	242
2 12 6	Teoria de las Cargas Dinamicas	244
2 12 6 1	Caracteristicas de la teoria de la carga dinámica	245
2 12 7	Criticas a la Inversion del Onus Probandi en Materia de Responsabilidad Civil Medica	248
2 12 7 1	Criticas a los Motivos Excluyentes de la Inversion Probatoria	248
2 12 8	Hacia una teoria de la Inversion de la Prueba en Panamá	250
2 12 8 1	Responsabilidad Civil en Panamá	250
2 12 8 2	Responsabilidad Civil Contractual	252
2 12 8 3	Responsabilidad Civil Extracontractual prescripcion de ambas	254
2 12 9	Prueba de las Obligaciones en el Codigo Civil Panameno	256
2 12 10	El Onus Probandi en el Ordenamiento Juridico Panameno	259
2 12 11	Nuestra Postura Sobre la Inversión probatoria de la Prueba en la Responsabilidad Civil del Médico	260
2 12 11 1	Obligaciones de Resultado	260
2 12 12	Enfocado desde la Responsabilidad Civil del Medico	262
CAPITULO III		266
LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA		266

3	Consideraciones acerca de la Jurisprudencia Nacional en materia de Responsabilidad Civil Medica	267
3 12	Jurisprudencia Nacional	267
3 12 3	ENRIQUE MALEK Y BRENDA VALLADARES RECORRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO EN CONTRA DE CLINICAS Y HOSPITALES S A SONIA PORTILLO DE ROVIRA Y RAMON CRESPO BERGES	267
3 12 3 1	Antecedentes	268
3 12 3 2	Recurso de casacion	269
3 12 3 2 1	Recurso de Casacion interpuesto por SONIA PORTILLO Y XIOMARA DE ROVIRA	269
3 12 3 2 2	Recurso de Casacion interpuesto por RAMÓN CRESPO BERGES	272
3 12 3 2 3	Recurso de Casacion interpuesto por CLINICAS Y HOSPITALES PAITILLA	273
3 12 3 3	El tribunal reconoce error de derecho en la apreciación de la prueba	275
3 12 3 4	Comentarios	279
3 12 4	BRITTANIA RODANICHE RECORRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE JOSE MANUEL TERAN SITTON GLORIA CECILIA PINO DE TERAN EN SU PROPIO NOMBRE Y EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR MELISSA TERAN PINO	280
3 12 4 1	Antecedentes	281
3 12 4 2	BRITTANIA RODANICHE interpone recurso de casación	283
3 12 4 3	Oposicion al Recurso de Casacion interpuesto por BRITTANNIA RODANICHE	288
3 12 4 4	Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual	295
3 12 4 5	El Nexo de Causalidad	297
3 12 4 6	La culpa del agente causante del dano	301
3 12 4 7	Decision del Tribunal	304
3 12 4 8	Comentarios	305
3 12 5	PEDRO RIOS MENDOZA RECORRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA QUE LE SIGUE A MARIA VICTORIA GARCÍA	307
3 12 5 1	Antecedentes	307
3 12 5 2	Recurso de Casacion	309
3 12 5 3	Consideraciones del Tribunal	312
3 12 5 4	Comentarios	314
3 12 6	BERNABE PEREZ GONZALEZ recorre en casacion dentro del Proceso ordinario que le sigue al HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL DR CARLOS PERURENA Y OTROS	315
3 12 6 1	Antecedentes	315
3 12 6 2	La Resolucion Impugnada	316
3 12 6 3	Inclinaciones del Tribunal por la carga dinamica de la prueba	318
3 12 6 4	Comentarios	322
3 12 7	MARTINA DE LÓPEZ y GENEVA GONZALEZ recurren en casacion dentro del Proceso ordinario de mayor cuantia propuesto por JUANA MARQUEZ DE LAKE contra HOSPITAL AMERICA DE PANAMA S A	324

3 12 7 1	Antecedentes	324
3 12 7 2	Recurso de casacion interpuesto por MARTINA DE LOPEZ y GENEVA GONZALEZ	324
3 12 7 3	Consideraciones del Tribunal cuerpo extraño post cirugía	328
3 12 7 4	Comentarios	330
3 12 8	DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACIÓN INTERPUESTA POR EL LICENCIADO MARIANO DE JESUS CASTILLO J EN REPRESENTACIÓN DE CECILIA SANJUR DE CASTILLO Y DE LA MENOR PAOLA PATRICIA PATINO CASTILLO PARA QUE CONDENE A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL (AL ESTADO PANAMENO) AL PAGO DE QUINIENTOS MIL DÓLARES (B/ 500 000 00) EN CONCEPTO DE DANOS Y PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES CAUSADOS POR LA OMISIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MEDICO	331
3 12 8 1	Antecedentes	332
3 12 8 2	Demanda por dano material y moral	333
3 12 8 3	Opinion de la Procuraduria de la Administracion	334
3 12 8 4	La responsabilidad contractual del Estado	336
3 12 8 5	Determinacion de la responsabilidad	337
3 12 8 6	El lucro cesante en el dano material	338
3 12 8 7	Comentarios	340
3 12 9	PROCESO PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR INSTAURADO POR EDITH ISABEL GONZÁLEZ EN CONTRA DE LA EMPRESA SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A (CLÍNICAS CORRÓ MADURO) JUZGADO SÉPTIMO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE PANAMÁ RAMO DE LO CIVIL (ASUNTOS DEL CONSUMIDOR)	341
3 12 9 1	Antecedentes	342
3 12 9 2	SERVICIOS ODONTOLOGICOS S A no concuerda con los hechos planteados	344
3 12 9 3	Proceso de Proteccion al Consumidor	348
3 12 9 4	Elementos probatorios	348
3 12 9 7	Comentarios	355
3 12 10	PROCESO MIRIAM YOLANDA CORSEN DÍAZ RECURRE EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO MAGISTRADO PONENTE OYDÉN ORTEGA DURAN	357
3 12 10 1	Antecedentes	357
3 12 10 2	Criterio de la Sala	358
3 12 10 3	La Sala manifiesta ausencia de elementos de conviccion	360
3 12 10 4	Decision del Tribunal	361
3 12 10 5	Comentarios	362
3 12 11	Proceso SAMUEL NUNEZ vs EL PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMAS y el ESTADO PANAMENO presenta demanda por Danos y Perjuicios morales y materiales	363
3 12 11 1	Antecedentes	363
3 12 11 2	Posicion de la Procuraduria de la Administracion	366
3 12 11 3	Decision de la Sala Tercera	367
3 12 11 4	Elementos que se observan en este caso	367
3 12 11 4 1	El dano	367

3 12 11 4 2	La existencia de una conducta culposa o negligente y su nexo con el dano	368
3 12 11 4 3	La falla del servicio publico y en la prestacion del servicio de salud	368
3 12 11 4 4	Las sumas reclamadas y sus pruebas	369
3 12 11 5	Discusion sobre la existencia del lucro cesante	370
3 12 11 6	Discusion de la sobre los perjuicios emocionales causados al demandante (dano moral)	372
3 12 11 7	Salvamento de voto	373
3 12 11 8	Comentarios	374
3 12 12	PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PROPUESTO POR ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ EN CONTRA DE CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A	374
3 12 12 1	Antecedentes	375
3 12 12 2	Posicion de la parte demandada	376
3 12 12 3	Posicion del demandante	377
3 12 12 4	Discusiones sobre la competencia	379
3 12 12 5	Posicion del Tribunal superior	380
3 12 12 5 1	Deficiencia en la prestacion de servicios	382
3 12 12 5 2	Responsabilidad Civil derivada de relaciones de consumo	383
3 13	Jurisprudencia Extranjera	384
3 13 3	Fallo 4 103 05	384
	Primera Sala	384
	Pais Chile Fecha veinticuatro de septiembre de dos mil siete	384
3 13 3 1	Antecedentes	384
3 13 3 2	Posicion de HOSPITAL CLINICO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA	385
3 13 3 3	Primera instancia concede la pretension	386
3 13 3 4	El Tribunal de la alzada coincide	387
3 13 3 5	Se rechaza el recurso de casacion de HOSPITAL CLINICO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA	388
3 13 3 6	Comentarios	390
3 13 4	Sentencia T S 336/2012	391
	Sala Primera del Tribunal Supremo	391
	Pais Espana	391
	Fecha 24 de mayo	391
3 13 4 1	Antecedentes	391
3 13 4 2	Estimacion sobre la responsabilidad de los demandados	394
3 13 4 3	Recursos interpuestos por los demandados	395
3 13 4 4	Discusión de la existencia de la culpa	398
3 13 4 5	Comentarios	401
3 13 5	Proceso RAFAEL EUSTAQUIO TORANZO Y PUPO mediante sus Apoderados Judiciales MAGALY ALVAREZ SILVA y ZAIG SALVADOR ABI HASSAN interponen demanda de indemnizacion de danos y perjuicios contra el DR LUIS BENAVIDES GARCIA	401
3 13 5 1	Antecedentes	402
3 13 5 2	Responsabilidad civil medica ¿Obligacion de medios o de resultados?	405

3 13 5 3	Obligacion de medios	407
3 13 5 4	Analisis del Tribunal	408
3 13 5 5	Discusion sobre la carga probatoria	409
3 13 5 6	Decision del Tribunal	412
3 13 5 7	Comentarios	413
3 14	Nuevas Tendencias en la Proteccion Juridica del Paciente como Consumidor	413
3 1 1	Jurisdiccion de Consumidores en Panama	414
3 1 2	Preceptos constitucionales en Panama	415
3 1 3	La posicion legal de los consumidores	417
3 1 4	La posicion legal de los proveedores	418
3 1 5	Situacion actual en Panama	420
3 1 6	Analisis Jurisprudencial	426
CAPITULO IV		443
PROPUESTA Y APORTE		443
4	Validacion de la Hipotesis del Trabajo	444
4 1	Propuesta para la solucion del problema	445
4 1 1	Revison pormenorizada de la investigacion realizada e investigaciones similares	446
4 1 2	Actualizacion de la Legislación Panamena en materia de Reparacion del dano (Derecho de Danos)	446
4 1 3	Análisis del Dano Resarcible en el derecho comparado	449
4 1 4	Lograr humanizar el derecho y la conciencia de la dignidad del ser humano	451
4 1 5	Enfatizar en la importancia del consentimiento informado	452
4 2	Aporte de la propuesta	453
4 3	A que poblacion o Instituciones favorece la propuesta	453
CONCLUSIONES		455
RECOMENDACIONES		461
Referencias		465
BIBLIOGRAFIA		473

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO POR MALA PRACTICA

RESUMEN

En nuestro trabajo de investigación sera revisada la naturaleza de la relacion medico paciente que cuenta con los elementos que configuran la responsabilidad en general son diferentes en los diversos ordenamientos especial atencion recibe la interesante distincion entre las obligaciones de medios y resultado en la medicina Igualmente se estudiaran los factores de imputacion del daño enfatizando en la culpa a este efecto la doctrina y la jurisprudencia le han atribuido responsabilidad por culpa medica e impuesto a los galenos y centros medicos en ocasiones de forma solidaria el deber de indemnizar

Lo que se establece en este documento es la situacion juridica especifica de los medicos y hospitales y los supuestos en que estos deben responder ante sus pacientes asi como los casos en que no se aplica dicha responsabilidad

THE CIVIL RESPONSABILITY OF THE DOCTOR BY MALPRACTICE

SUMMARY

In this document will be reviewed the nature of the doctor patient relationship because the elements of the responsibility are different in every country Special attention is drawn to the interesting distinction between obligations of means and obligations of results in the medical field Equally will be examined the factors to

estimate the damage according to the fault. The doctrine & jurisprudence in this effect are constant in filing grievances to medical guilt and having doctors and hospitals indemnify for their faults.

In summary, this document is a resume of the juridic side applicable to the doctors and the medical centers, what cases will really fall under their responsibility and what does not.

INTRODUCCION

La responsabilidad civil medica constituye un tema de importancia notable dentro de la responsabilidad civil en general y especificamente de la responsabilidad profesional ante el hecho que su existencia como figura juridica autonoma no resulta para nada pacifica

Son diversas las causas del incremento de demandas por responsabilidad civil contra medicos y centros hospitalarios por lo que resulta necesario aclarar que no es que los medicos actuen ahora con mayor negligencia que hace años sino que han perdido en cierta forma esa especie de inmunidad de la que gozaban y en merito a la cual solo estaban sometidos a las reglas de la etica profesional o a su propia conciencia y en caso de no actuar de acuerdo a lo establecido solo se limitaban a la censura por parte de la sociedad Asi lo confirma el juramento hipocratico al expresar lo siguiente Si cumplo este juramento y no lo violo que se me premie con el disfrute de mi vida y mi arte y que se me honre con la fama entre todos los hombres y en todos los tiempos venideros Si lo violo y juro en falso que me suceda lo opuesto es decir que los actos medicos perjudiciales no implicaban sancion juridica alguna sino por el contrario se limitaban al desprestigio social Incluso anteriormente el medico era considerado como un superior o hasta divino que nunca podia equivocarse y si algo malo le ocurría al paciente era recibido como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad del destino incluso a mediados de la decada del cuarenta se sostenia que un enfermo debe aceptar un margen de

Inconvenientes y de peligros derivados de la medicina y del medico mismo como un hecho fatal como acepta la enfermedad misma (Lorenzetti R L 2006)

Por otra parte lo que se ha analizado a traves del presente estudio acerca de la medicina de mercado en otra palabras el desmejoramiento del servicio a raiz del aumento de la demanda en la prestacion de servicios medicos lo que ha causado la masificacion de la medicina el denominado medico de cabecera se ha convertido en un prestador del servicio a su paciente el cual no representa mas que un acreedor de la prestacion de salud

A consecuencia de lo anterior puede surgir una relacion de tipo contractual de la que nacen derechos y obligaciones entre ambas partes (los que se plasman detalladamente en el presente estudio) y que en caso de incumplimiento inmediatamente se encuentra el derecho de obtener una reparacion por los daños ocasionados ante la culpa del facultativo

En Panama se da una particularidad y es que los casos de supuesta negligencia medica por mala practica tienen un procedimiento complejo que puede dilatarse o desestimarse por lo que no se llega a concretar si la victima o su familiar los ignora o no cuenta con recursos economicos para afrontar el proceso con la conviccion de obtener un resarcimiento al daño causado

A nivel nacional existen diversos instrumentos con los cuales la persona perjudicada por este tipo de conductas puede hacer efectivos sus derechos

Entre ellos en caso de que se este frente a una conducta delictiva por parte del galeno el centro hospitalario o su equipo de trabajo existe la Ley 31 de 28 de mayo de 1998 de protección a las víctimas del delito y por otra parte la Ley 68 de 2003 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes

Es de vital importancia que ante un resultado las autoridades de salud respeten el fallo de los tribunales de justicia y que esto sirva para tomar conciencia ya que a pesar de que aun existe cierto temor por el desconocimiento o por carencia de recursos económicos tal cual se ha manifestado si se han presentado casos actuales donde incluso el Estado Panameño indemnizó con grandes sumas de dinero como consecuencia de daños y lesiones producto de la negligencia probada en contra de su personal médico durante intervenciones

Otro de los puntos negativos sobre los cuales se quiere hacer énfasis es la importancia que los hospitales no olviden que si se presenta alguna demanda por mala praxis médica ocurrida dentro de sus instalaciones estos podrán ser únicos responsables o responsables solidariamente. Aunado a ello las fallas en el sistema de salud en lo que respecta a la limpieza de los centros hospitalarios (situación muy frecuente en el país) debe ser un tema prioritario

El tema de la responsabilidad civil del médico por mala práctica inicia por la aceptación que hoy en día han asumido las diversas legislaciones sobre el problema que se ha proliferado consolidándose figuras como la pérdida de la chance el consentimiento informado y la carga dinámica de la prueba. De

hecho este problema no ha afectado el sistema en general ya que los buenos medicos una vez entienden la importancia de su labor aplican sus conocimientos de forma responsable y etica siendo solo afectados en gran medida aquellos hasta cierto punto mediocres en su proceder

La real determinacion de la diligencia del facultativo recae en su propio actuar por lo que constituye el punto central en el resarcimiento de los daños Actualmente como se ha venido manifestando en base a las disposiciones surgidas que regulan la materia es confuso conocer cual es el nivel de diligencia exigido al medico y sobre que criterios se determina la existencia de responsabilidad por mala practica por ende el presente estudio se ha enfocado en identificar estos aspectos desde la optica de la negligencia medica y sus consecuencias

La justicia en este tema lograra fortalecer y consolidar la reputacion de aquel buen profesional lograra que el medico que se ha comportado de forma negligente preste mayor atencion sobre sus actos lo que redundara en beneficio de los paises ya que la salud tambien forma parte de su progreso

Al emprender esta obra el mayor deseo ha sido el de ampliar la perspectiva de muchos individuos que posiblemente esten en busqueda de informacion para hacer efectivo un derecho lacerado por ello esperamos que este aporte contribuya con todos los que necesiten un soporte juridico y a su vez confiamos en que sea util a futuras generaciones para la elaboracion de trabajos de investigacion posteriores

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

No hay hombre mas digno de estimacion que el medico que habiendo estudiado la naturaleza desde su juventud conoce las propiedades del cuerpo humano las enfermedades que le atacan y los remedios que pueden beneficiarle y que ejerce su arte con prudencia concediendo igual atencion al rico que al pobre

- **Francisco Maria Arouet (Voltaire)**

Capítulo I Marco Metodológico

Durante el desarrollo de cualquier proceso investigativo resulta imperativo sustentar inicialmente el procedimiento a seguir plasmando las ideas fundamentales de forma clara y apegada a la realidad para así dar sentido al trabajo científico en esto consiste el marco conceptual. Lo que representa la base de donde se extraerán las teorías que permitan el desarrollo coherente del estudio.

En la presente investigación se configura un plan inicial del desarrollo de marco teórico a través del cual se sostiene la investigación a realizar partiendo de diversos supuestos para enmarcar los límites del análisis del estudio que se va a emplear sobre la responsabilidad civil del médico por mala práctica.

Ante la situación en examen los supuestos teóricos sobre la naturaleza jurídica del asunto sobre todo de la naturaleza humana de los que parte el mismo comprometen a ciertos procedimientos particulares cuando se analiza la situación actual que se presenta a nivel mundial al encontrarse ante un caso de esta índole. Por lo tanto ciertas técnicas investigativas son más compatibles con algunos supuestos teóricos que con otros lo que permitirá que se asuma una determinada posición ante la realidad que se presenta postura que será explicada con detalle en este primer capítulo con el apoyo del método científico el cual favorece el alcance del conocimiento objetivo de cualquier tema en el cual se quiera profundizar.

Se establecerán una serie de ideas que coherentemente darán sentido a la investigación tomando en cuenta la influencia de otras ideas e investigaciones.

para decidir y explicar el camino que será utilizado durante la realización del proyecto sobre todo tratándose de un asunto de cierta complejidad como lo es el tema en cuestión

Todo lo anterior se hará en pro de cumplir con la necesidad de información acerca de la responsabilidad civil por mala práctica médica y el deber como profesionales del derecho de brindar respuestas tanto a la población que aun desconoce ciertos aspectos importantes entorno a la materia para probar la culpabilidad del galeno como a los centros a quienes les corresponde por lo general responder ante circunstancias donde deben probar su inocencia

1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

Representa un reto profesional inspirado en la realidad que la Responsabilidad Civil es una materia vasta confusa y de difícil sistematización

La idea de desarrollar un estudio de esta índole se da primero ya que en cierta medida se busca enfrentar el concepto de Responsabilidad Civil con el de Responsabilidad Moral por el hecho que ambas giran entorno a la conducta y a las actitudes humanas

Por otra parte surge la inquietud de estudiar la naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos para determinar exactamente sus efectos Y al profundizar en la temática se palpa que la mayoría de las doctrinas ubican la responsabilidad médica en el ámbito contractual (Obligaciones) ya que

comunmente se celebra un acuerdo de voluntades para la prestación del servicio de salud no obstante esto puede variar

Aunado a lo anterior conscientes que la Responsabilidad Civil se ha planteado históricamente como un problema con soluciones posibles de generar conforme al debate se toma la decisión de exponerlo en un estudio conciso concreto y de fácil entendimiento

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Procurar la reparación mediante el establecimiento del equilibrio existente entre el patrimonio del autor del daño en este caso en particular del médico y el patrimonio de la víctima es decir del paciente antes de sufrir el perjuicio ya que esto generará ese aspecto preventivo de la prudencia por parte del profesional para evitar comprometer su responsabilidad

2.2 Generar una idea clara acerca del consentimiento informado que considera que la información del paciente representa una de las obligaciones asumidas por el equipo médico siendo requisito previo a todo consentimiento con el propósito de que el paciente emita su conformidad al plan terapéutico de manera efectiva y no viciada de una información inexacta

3 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA

3 1 Establecer los supuestos en que se causa daño al paciente producto del actuar médico profesional

3 2 Delimitar la Responsabilidad del Profesional de la Salud por el daño causado

3 3 Concientizar al profesional de la medicina sobre ese término de Responsabilidad Moral lo que se traduce en un sentimiento de arrepentimiento y reproche ante la comisión de una mala conducta derivada de la culpabilidad

3 4 Aclarar que el daño es un factor indispensable para que surja la responsabilidad civil ya que de no existir un daño a pesar que se haya dado un acto ilícito no implica la obligación de resarcir

El daño involucra un menoscabo en el patrimonio y hasta una lesión a los sentimientos y al honor de la persona

3 5 Evidenciar el derecho que reviste al paciente el cual debe consentir la intervención médica siendo en todo momento el destinatario de la información al galeno

3 6 Dejar sentado el hecho que el paciente puede abstenerse de ser intervenido en cualquier momento y que dicha decisión debe respetarse una vez que ha sido completamente informado de sus consecuencias

3.7 Recalcar que para que el médico responda civilmente debe haber actuado antijurídicamente es decir vulnerando una norma genérica o específica o el daño debe serle imputable subjetivamente

4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

Precisamente al tratarse la responsabilidad como un tema vasto y complejo esta investigación pretende acercarse lo más posible a una explicación sencilla de cómo se debe regular la materia en esta confusa relación médico-paciente sin afectar los derechos de las partes y siendo objetivos en el planteamiento de las ideas por lo que a continuación se enlistan los resultados que se buscan con el estudio y análisis pormenorizado de este asunto en particular

4.1 Objetivos Generales

El objetivo fundamental de esta investigación es determinar si en la legislación civil panameña La Culpa sigue siendo un factor determinante para que se de la Responsabilidad Civil del Médico por mala práctica

4.2 *Si en el ordenamiento jurídico panameño es necesario crear una legislación especial que regule la responsabilidad médica por culpa negligencia o impericia acorde con las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia*

4.3 Objetivos Específicos

4.3.1 Identificar las respuestas específicas de la responsabilidad médica

4.3.2 Especificar las nuevas tendencias que propugnan por una responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva)

4.3.3 Estudiar las nuevas tendencias de cuantificación del daño

5 HIPOTESIS Y VARIABLES

Se procederá a describir las hipótesis y las variables que caracterizan el presente estudio

5.1.1 Hipótesis

Las hipótesis científicas son en general suposiciones esto es enunciados teóricos supuestos no verificados pero probables referentes a variables o a relación entre variables. Pero también desde el punto de vista del problema a investigar las hipótesis se pueden definir como decisiones probables previamente seleccionadas al problema planteado que el científico propone para ver a través del proceso de investigación si son confirmadas por los hechos.

En ambas definiciones se puede distinguir la estrecha relación existente entre la formulación del problema a investigar y la formulación de la hipótesis. Pero es necesario distinguir este último proceso en tanto las hipótesis siempre se refieren sobre todo no a las investigaciones puramente descriptivas sino a las explicaciones explicativas y predictivas es decir a

aquellas que intentan hallar la razon o el motivo de los problemas planteados y en su caso predecir los condicionantes del mismo (Sierra Bravo 1994 pag 1)

Basados en esta definicion se manifiesta que este trabajo se sustenta en la siguiente hipotesis

Las medidas para procurar la reparacion del daño causado y la prudencia del profesional sobre ideas como la perdida de la chance, traducida en la perdida de la oportunidad, y del consentimiento informado, como obligacion asumida por el equipo medico ambas que pueden ser utilizadas en su contra durante la fase probatoria, lograran disminuir las condiciones actuales que generan la responsabilidad civil del medico por mala practica'

5 1 2 Variables

Se trata de aquello que se puede observar codificar o cuantificar en los sujetos sobre los que se investiga

5 1 2 1 Variable Independiente

La variable independiente es la que el investigador manipula y mide para ver los efectos que produce sobre otras variables

En este estudio en particular la variable independiente es

La mala practica en el ambito de la medicina”

5 1 2 2 Variable Dependiente

La variable dependiente es la consecuencia de los sucesos de la combinacion de efectos causados por algun tipo de variable independiente

En este trabajo la variable dependiente es ***‘La responsabilidad civil como resultado de la mala practica medica***

6 METODOLOGIA

En el proceso de busqueda de la informacion requerida para efectuar el presente estudio se utilizo la tecnica de analisis y recoleccion de datos consistente en el analisis documental (Protocolo de investigacion)

Para desarrollar y sustentar la presente investigacion fueron utilizados los siguientes instrumentos

- Protocolo de investigacion Se trata de la recopilacion de los datos y detalles relacionados con el estudio Esto es la etapa de obtencion interpretacion analisis y organizacion de la informacion considerada la mas importante durante el desarrollo de una investigacion cientifica
- Computadora portatil con sus respectivos medios de almacenaje

Análisis documental

- El tratamiento documental es una actividad característica cuando se realiza una investigación enfocada en identificar y describir el contenido de los documentos de manera clara y precisa para así lograr su difusión mediante la confección de estudios de esta índole
- Para el desarrollo de esta investigación fueron consultados una variedad de libros monografías artículos enciclopedias manuales y guías en lo referente a la mala praxis durante el desempeño médico aplicables para cada caso en particular con el objetivo de determinar de manera fácil los supuestos que podrían ubicar al individuo ante situaciones que generan el resarcimiento o indemnización a raíz de un perjuicio causado

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

En los países desarrollados y en vías de desarrollo muchos individuos son ricos y otros son pobres. Muchos son sanos y otros no lo son. Muchos de los que están afectados por enfermedades e incapacidades tienen la posibilidad de acceder y obtener la salud que ellos necesitan, sin embargo, aún hay muchos otros que no gozan de un acceso oportuno e igualitario a la salud, puesto que con el despliegue planetario de la globalización y el capitalismo liberal, lo que debiera ser entendido como un derecho fundamental, ha devenido en un privilegio.

- **Laura Victoria Puentes**

Ricardo Pino Torrens deja de manifiesto que

Algunos autores no distinguen diferencias entre los terminos marco teorico marco referencial o marco conceptual y argumentan que este tiene el proposito de dar a la investigacion un sistema coordinado y coherente de conceptos y proposiciones que permitan abordar el problema pues se trata de integrar al problema dentro de un ambito donde este cobre sentido incorporando los conocimientos previos relativos al mismo y ordenandolos de modo tal que resulten util a nuestra tarea (Schanzer Rossana citado en Pino Torrens pag 1)

Manuel Galan Amador expresa que el marco teorico es la exposicion y analisis de la teoria o grupo de teorias que sirven como fundamento para explicar los antecedentes e interpretar los resultados de la investigacion (Galan Amador 2008 pag 1)

1 La Responsabilidad Civil Medica por Mala Practica

La responsabilidad civil siempre supone una relacion entre dos sujetos de los cuales uno de ellos ha causado un daño y el otro lo ha sufrido es la consecuencia resultante de esta relacion de hecho es decir la obligacion del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado

Este tipo de responsabilidad se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación por lo que es responsable aquella persona que queda obligada a indemnizar el perjuicio causado a otra persona y no es responsable quien a pesar de haber causado un daño a otro no es obligado a repararlo. El término de obligación conlleva la limitación de la conducta del ser humano a llevar a cabo cierta prestación como resultado de actuar contrariamente a la exigencia de la norma.

Cuando se habla de responsabilidad se refiere a la consecuencia del incumplimiento donde alguien que desempeña una actividad profesional con su actuación origina determinadas consecuencias por las que evidentemente se ve obligado a responder mediante el pago de una obligación.

La obligación de responder a raíz de un incumplimiento se presenta porque el régimen de la responsabilidad civil está íntimamente ligado al concepto de daño que es un elemento esencial de la acción.

La palabra responsabilidad se deriva del latín *respondere* que se traduce en la capacidad de una persona para responder sobre sus acciones dar cuenta de sus actos es decir Responder por los perjuicios injustos que genere solo cuando un acto suyo sea causa del daño (Alterini A 1987 pag 336)

Como será ampliado posteriormente el daño puede ser consecuencia del incumplimiento de un contrato que es la llamada responsabilidad civil contractual o por el contrario consecuencia de un acto ilícito (hecho voluntario contrario a la ley) donde se estaría frente a la responsabilidad civil extracontractual.

Ramirez y Salgado expresan que

La responsabilidad civil se presenta a través de la concepción del hecho dañoso. La principal característica es la alteridad: se protege a la persona del daño de otro sujeto (no del daño auto proporcionado). Esta conducta realizada por un tercero (o el Estado) trae como consecuencia un menoscabo de derechos subjetivos en cuanto interés legítimo. (Ramirez & Salgado Ledezma 2013 pag 130)

Lo más importante para que exista la responsabilidad civil es que medie el elemento de la culpa, por lo que indistintamente que la conducta haya acaecido de manera voluntaria o involuntaria amerita compensación. Y es que en gran parte de los casos que se dirimen en los Tribunales de Justicia, donde la responsabilidad se le imputa a los profesionales de la medicina, como es el caso que atañe, son de naturaleza culposa, provenientes del concepto genérico de mala práctica.

Es por lo anteriormente manifestado que se debe tomar en consideración al enfrentarse ante un caso donde se ha dado mala práctica que siendo la responsabilidad profesional un aspecto de la teoría general del derecho de daños, esta se estructura con los mismos elementos que componen toda hipótesis reparatoria. En sí, la responsabilidad del profesional es una expresión del derecho común, por lo que sus presupuestos son los mismos que estructuran cualquier hipótesis de deberes reparatorios.

El ejercicio de la profesión médica para los profesionales de la salud implica una serie de obligaciones que deben ser atendidas las cuales se enmarcan en tres elementos principales

- a Actuación Responsable
- b Actuación Profesional
- c Informar al Paciente de su condición

Cuando se causa un daño a la salud ya sea parcial o total limitado en el tiempo o de manera permanente como resultado del ejercicio profesional llevado a cabo con negligencia impericia o imprudencia en su profesión o por inobservancia de los deberes que conlleva su cargo de médico con apartamiento de la normativa legal aplicable se incurre en mala práctica

La mala práctica consiste en la práctica médica aplicada de forma errada es decir contrario a la teoría médica por lo que se podría considerar el actuar del médico como una mala práctica cuando simple y llanamente actúa según su parecer científico sin embargo no alcanza los resultados que buscaba no obstante a pesar de ello aun existe cierta confusión sobre considerar que se trata de mala práctica que el paciente haya prestado un consentimiento adverso sin embargo este concepto es equivoco ya que esta última aseveración denota que se está solamente ante la figura de responsabilidad profesional mas no ante mala práctica por lo que se recomienda tener claro dicha diferencia

En el tema de mala practica medica debe acatarse en principio el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actor* así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva no obstante como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba que hace recaer la prueba en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo

Por otra parte normalmente se produce la responsabilidad civil medica por mala practica cuando se disuelve la relacion medico paciente a raíz de que el profesional trata la individualidad de cada persona dentro de una masa comun de pacientes por carencia de personal medico o de equipo medico necesario para determinado tratamiento entre otros factores tales como el simple hecho de que el medico debe atender gran cantidad de pacientes para mantener un nivel economico aceptable

En la actualidad y como consecuencia del aumento de demandas que reclaman la responsabilidad civil del galeno existen dos temores que prevalecen Por parte del paciente el ser mal atendido mientras que por parte del medico el temor de ser demandado por mala practica medica provocando irremediabilmente este ultimo temor la medicina defensiva en perjuicio de la salud de los pacientes

Lo que realmente ha causado lo que muchos han llamado la medicina de mercado es alejar al medico del deber de cuidado que por su profesion le enviste siendo esto un verdadero problema ya que lo que se pretende es evitar una

legislación de injusticias ante una víctima o paciente desprotegido e igualmente evitar resarcimientos inmerecidos o hasta duras penalizaciones en el caso de supuestos perjuicios ocasionados por el profesional de la medicina

Este tipo de responsabilidad es lo que en Colombia se regula en los artículos 2342, 2345 y 2346 y se define como la responsabilidad civil por el hecho propio lo que se interpreta en materia de responsabilidad civil médica como aquella en la que incide el médico actuando por sí mismo con negligencia u omitiendo una obligación de hacer que debía ejecutar en beneficio de la salud del paciente y no lo hizo. Dicha responsabilidad por mala práctica puede ser consecuencia de hechos de terceros donde no deriva de la acción propia del galeno; no obstante, por la actuación dañosa de esa otra persona, el médico tiene la obligación de responder.

Se afirma lo anterior en virtud de que cuando una persona representa a otra, ocupa jurídicamente el lugar de esta y puede decirse que la primera es el desarrollo, la prolongación, el reflejo de la individualidad de la segunda (Mazeaud & Mazeaud 2005, pag. 291).

Y dentro del tema de la mala práctica médica al galeno se le responsabiliza por el hecho de las cosas, es decir, será responsable de los daños causados al paciente por cualquier cosa que tenga a su cargo para su uso y servicio, tales como los instrumentos que él controla o que se encuentren en el lugar donde este realiza la intervención y que a pesar que los perjuicios al paciente en estos casos no se le pueden imputar exclusivamente al profesional por el

hecho que también se da la responsabilidad del Centro Hospitalario con frecuencia si termina respondiendo solidariamente

Con todo lo manifestado se demuestra que la mala práctica posee un enfoque en ángulos diversos y que no solo la negligencia directa del médico lo responsabiliza. Su falta de pericia al contratar personal no idóneo para realizar determinada tarea, un equipo mediocre o el descuido de no revisar las condiciones de uno de los aparatos a utilizar durante una intervención son un arma de doble filo que pueden ayudarlo a finalizar una operación exitosa o ser su propia condena en estos procesos.

Muy difícilmente el médico puede probar que no actuó negligentemente y que todo se dio por fuerza mayor. La mala práctica médica para el paciente en ciertas circunstancias es difícil de probar. No obstante, cuando se invierte la carga de la prueba, se convierte en un factor casi evidente donde al médico una sola equivocación puede costarle hasta su profesión.

2.1 Concepto de Responsabilidad Civil Médica

Es la obligación de reparación por los actos realizados en la práctica profesional cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente. Esta reparación a la víctima consiste en una reparación económica producto del daño que se le causa.

La responsabilidad civil emergente de la mala práctica médica conlleva la obligación de su resarcimiento económico y lo más correcto es que se de la

prestación asistencial reparadora como una obligación consecuencia de un hecho ilícito sin tratarse de un delito tal cual se regula en el Código Civil Argentino (Art 1073 al 1090 CC)

Este Código enfatiza en su Artículo 902 lo siguiente

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos

Al analizar este concepto es imperativo tener presente que el error es algo natural en toda actividad que realice el ser humano siendo la medicina una de ellas no siendo inequívoca no obstante esta realidad el derecho a fallar es también una responsabilidad que asume el individuo Sin embargo existe una diferencia abismal entre el error y la mala práctica médica por el hecho que la medicina no es una ciencia exacta ya que se asume desde el inicio que quien la practica es un profesional idóneo y calificado sobre todo cuando lo que tiene en sus manos es la vida de seres humanos

El diccionario de la Real Academia Española define la responsabilidad como la obligación de reparar o satisfacer por sí o por otro como consecuencia de un delito de una culpa o de otra causa legal Tomando como punto de partida esta referencia nos atrevemos a aseverar que la responsabilidad es la admisión de los efectos jurídicos por una conducta impropia que causa un detrimento patrimonial al sujeto pasivo de dicha alteración con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios

Por lo ya manifestado la medicina conlleva una inmensa responsabilidad que nace de las características que envuelven su práctica por ende existe un concepto básico y es que todo procedimiento ya sea terapéutico quirúrgico o de diagnóstico tiene asociado un riesgo para el paciente representado en las acciones del médico que le produzcan algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo que es asumido por el paciente y sus familiares y debe ser asumido por el galeno obviamente tiene ciertas implicaciones legales dado que el afectado puede recurrir a los Tribunales competentes en caso de sentirse perjudicado.

Es importante delimitar el ámbito de responsabilidad civil del médico es decir si se trata de una obligación que deriva de un contrato o si la misma deriva de la culpa o negligencia.

Entendiendo en primer lugar que la responsabilidad civil contractual como su nombre bien lo dice deriva de un contrato de un vínculo previo que pasa a ser el punto central o en otras palabras el universo de la relación de manera que el incumplimiento de las obligaciones que son derivadas de un contrato genera el derecho de indemnización.

De manera tal que ante este supuesto se estaría frente a la existencia de un contrato del cual se generan derechos y obligaciones contratantes es decir para el médico y el paciente.

Por su parte la responsabilidad civil extracontractual tiene como fundamento una obligación que surge del hecho de ocasionar un daño a alguien violando el deber de no causar daños a otros

Esta contenido en el artículo 1644 del Código Civil de Panamá el cual dice lo siguiente sobre el tema

Artículo 1644

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño

Se desprende de la interpretación del artículo que en este supuesto no existe un vínculo contractual del cual se generan obligaciones para las partes sino que producto de un acto que puede ser en sentido positivo es decir hacer una cosa o en sentido negativo dejar de hacer una cosa en donde interviene culpa es decir no existe la intención de obtener el resultado dañoso o se da la inobservancia del deber objetivo de cuidado quien causa ese daño debe responder por el daño que ha causado en virtud de su actuar

Al tratarse de una responsabilidad civil contractual o extracontractual según medie un contrato o no el tratadista Vicente Acosta Ramírez expresa

Un gran número de tratadistas dentro de los cuales encontramos a Bustamante Alsina Mosset Acuña Anzorena

Rezzonico y otros se inclinan por referirse a la existencia de un contrato proterforme o multiforme o en fin variable arguyendo que dada la multiplicidad de hipótesis que puede surgir en las vinculaciones entre facultativo y paciente cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato un arrendamiento de servicios o un arrendamiento de obra o bien un negocio atípico o innominado (Acosta Ramirez Vicente citado en Mario Parra G 1990 pag 10)

Al hablar de responsabilidad civil esta no se puede apartar del ejercicio profesional del médico tal cual se ha señalado se trata de una actividad profesional donde se pueden ocasionar lesiones y daños a una persona y debe responder por la consulta irregular así sea que la misma se haya originado en los tratamientos intervenciones quirúrgicas o citas de rutina Y es perfectamente aceptado que la responsabilidad médica dependa del esclarecimiento en relación al nexo causal existente entre el acto imputado y el daño sufrido por el paciente

2.2 El Acto Médico

El rápido avance en el campo de las ciencias y las nuevas características de su práctica lo influencia desde varias perspectivas por lo que la delimitación precisa del concepto de acto médico es una tarea un tanto compleja

Desde la Época de Hipócrates el acto médico constituía una acción galénica benéfica en la cual el médico orientaba su dinámica de acción hacia una persona que necesita de su ayuda en su lucha por preservar la vida y la salud

Bajo este contexto se puede agregar que todo acto médico mas alla de su actividad especifica tiene como finalidad producir efectos curativos en el paciente

La base del acto médico es la relación médico paciente por lo que la sola presencia de una buena relación entre ambas partes es la que conlleva al éxito de los tratamientos clínicos pero lógicamente para que se produzca un efecto positivo a este respecto necesariamente el médico debe disponer de cierta libertad de acción así como del conocimiento y tiempo necesario para la ejecución de sus actos. Ante esto último tal cual se ha venido señalado la demanda de pacientes y la exigencia por parte de Centros de Salud Públicos y Privados de aumentar las consultas diarias representan en cierto sentido una disminución en la calidad de los servicios brindados a cada paciente lo que ha hecho mas superficial dicha relación

Por otra parte la ciencia desde el punto de vista de avance del conocimiento la tecnología percibida como un nuevo instrumento para la ordenación del conocimiento y el profesionalismo enmarcado en la autonomía intelectual hasta cierto punto han transformado al galeno en un trabajador medianamente calificado para una jornada laboral. Siendo la medicina una profesión de compromiso social y ante la deshumanización que se ha dado en esta disciplina es importante evitar que el arte de curar se convierta en un oficio que solo pretenda el rendimiento económico para las entidades intermediarias una tendencia que en los últimos años ha venido en crecimiento sobre todo en ciertas clínicas o empresas privadas haciendo un negocio de esta ciencia y creando el mas vil monopolio de la medicina

En el Código de Ética y Deontología de Perú en la sección Tercera Título II el Acto médico se define de la siguiente manera

Artículo 12

Acto Médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de estos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico (Colegio Médico del Perú Consejo Nacional 2000)

La relación médico-paciente de la cual se desprende el acto médico puede darse bajo cualquiera de las siguientes circunstancias: Por acuerdo voluntario entre ambas partes; en los casos de emergencia; por acción unilateral del galeno; por solicitud de terceras personas, generalmente familiares; o por compromiso adquirido del médico que labora en determinada clínica u hospital público o privado.

Los actos médicos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos y de rehabilitación. A continuación se explica cada uno de ellos con brevedad.

- 2 2 1 Acto medico preventivo** Se refiere a las recomendaciones de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos
- 2 2 2 Acto medico diagnostico** Se trata de la opinion del medico obtenida de la observacion directa o de las pruebas de laboratorios practicadas al paciente
- 2 2 3 Acto medico terapeutico** Son las diferentes formas de tratamiento que aplica para la enfermedad o padecimiento de la persona
- 2 2 4 Acto medico de rehabilitacion** Es el conjunto de medidas encaminadas a completar la fase terapeutica para reincorporar al paciente a su vida normal

Por otra parte el acto medico tambien puede ser documental esto significa que sirve como soporte para dejar constancia de la actuacion del profesional una vez atiende a un paciente En esta categoria se incluyen los siguientes elementos El certificado medico la receta y la historia clinica del paciente

En resumidas cuentas hay que reiterar que a este concepto aun lo enviste cierta complejidad ya que se tiende a confundir las funciones y actividades del medico con el acto en si Por eso Aristoteles precisaba que la definicion tiene por mision averiguar la esencia esto es aquello que hace que el ente sea lo que es en suma lo que la cosa es en su que o quid (Aristoteles 1964)

2.3 Presupuestos básicos de la Responsabilidad Civil Médica

La regla general es que los médicos en el ejercicio de la profesión médica no causan daños a los pacientes con su actuar mientras que la excepción a la regla es que los médicos causan daños a los pacientes con su actuar profesional de modo que este es el punto que interesa en la presente investigación

Partimos generalmente en que el médico tiene la obligación de tratar o intentar curar o brindarle un buen desempeño a la hora de socorrer al paciente pero sucede que en ciertos supuestos el actuar del médico le causa daños al paciente

Es importante resaltar que generalmente la naturaleza de la relación médico paciente es contractual y la misma es excepcionalmente extracontractual

Para que exista Responsabilidad Civil en nuestro ordenamiento jurídico que sigue un criterio de atribución de responsabilidad de carácter subjetivo se requiere que concurren cuatro elementos esenciales que son

- a Antijuricidad del Acto
- b El Daño
- c Nexos de Causalidad
- d El Dolo o Culpa del Agente

De manera tal que la responsabilidad civil del médico no es más que el deber de reparación que tiene el médico por los daños y perjuicios que se causen a un paciente producto de su actuar médico cuyo resarcimiento se traduce en una estimación pecuniaria o económica

En nuestro medio las fuentes de las obligaciones en base al articulo 974 del Codigo Civil son las siguientes

“Articulo 974

Las obligaciones nacen de la Ley de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilicitos en los que intervenga cualquier genero de culpa o negligencia

Las obligaciones que en este caso nos interesan son aquellas que nacen de los contratos y aquellas que nacen de los actos y omisiones en los que interviene la culpa o negligencia toda vez que las obligaciones de los medicos generalmente son de naturaleza contractual y excepcionalmente son de caracter extracontractual

2 3 1 Antijuricidad del Acto

La antijuricidad se puede catalogar como toda conducta contraria a derecho Pero ademas para poder castigarse al responsable de los hechos es importante que haya actuado con culpabilidad es decir que si al momento de realizar la conducta la persona se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales debe responder por la comision del delito porque lo quiso o sin quererlo confio imprudentemente en poder evitarlo

Entonces el hecho se produce como consecuencia de la voluntad del agente que lo lleva a cabo o de la negligencia que le impide abstenerse de ejecutarlo

En caso de que haya voluntad es decir que se ha buscado el resultado la imputación se hace a título de dolo si actuó por descuido aun a sabiendas de que podría darse el hecho la imputación se hará a título de culpa

Cuando hablamos de la Antijuricidad del acto nos referimos a que la conducta es contraria a la Ley de manera tal que el actuar del agente trae como consecuencia un daño o perjuicio a la víctima que es contrario a la ley (Rodríguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislación panameña)

Sobre este tema el Profesor de la Universidad de Belgrano Argentina MARTIN DIEGO PIROTA señala que

Antes se hablaba Antijuricidad o ilicitud formal u subjetiva porque se exigía una conducta del agente contraria a la Ley mientras que hoy se habla Antijuricidad o ilicitud material y objetiva porque se requiere una violación no solamente a la ley sino a otras normas de menor jerarquía como decretos entre otros (Pirota Texto de disertación brindada en el foro anual de inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua 2005 pag 3)

Es decir que con su actuar el agente causante del daño puede no solamente violar la ley sino que con su actuar el mismo viola otras normas jurídicas que son de menor jerarquía pero que de igual manera forman parte del engranaje jurídico de una nación en un momento determinado de modo que el daño supone una lesión de intereses jurídicos tutelados dentro del ordenamiento jurídico

2.3.2 Antijuricidad del Acto Médico

Debemos entender el acto médico como

La realización de actividades como la de evaluación diagnóstica pronóstica o de prescripción o ejecución de medidas terapéuticas relativa a la salud de las personas grupos o comunidades ejercida por un médico con libertad de decisión y con el consentimiento del sujeto o de la población
(Perales Cabrera 2001)

De modo que el acto médico puede abarcar todas las actividades que realizan los galenos en el ejercicio de su profesión que pueden consistir en actividades como la evaluación de pacientes pronóstico prescripción de medidas terapéuticas acerca de su condición así como también la realización de intervenciones quirúrgicas pero ello dependerá del tipo de obligación médica es decir si la obligación del médico es de medios o de resultado

Si la obligacion del medico es de medios esta obligado solo a aplicar sus conocimientos y destrezas a la salud de un paciente pero no esta obligado a la obtencion de un resultado por el contrario si la obligacion del medico es de resultados el medico queda obligado a obtener un resultado especifico en la salud del paciente

Muy atinadamente la definicion acerca del acto medico citada con anterioridad establece que se requiere el consentimiento del paciente para la aplicacion de procedimientos tratamientos que es conocido como el consentimiento informado del paciente

En nuestro medio el Consentimiento Informado del paciente consiste en un metodo para establecer la relacion medico paciente

El Decreto Ejecutivo 1458 de 6 de noviembre de 2012 que reglamenta la Ley 68 de 2003 nos define el Consentimiento informado en su articulo 2 numeral 7 de la siguiente manera

Articulo 2 Numeral 7

7 Consentimiento Informado Documento en que se acredite en forma escrita la voluntad libre y consiente de un paciente o su(s) representante (s) cuando sea el caso manifestada en el pleno uso de sus facultades despues de recibir la informacion adecuada y que debe realizarse en los casos de intervenciones quirurgicas procedimientos diagnosticos invasores y en general cuando se realizan procedimientos

que se suponen para que tenga lugar una actuación que puede afectar su salud

Se desprende del citado artículo que el Consentimiento Informado es un documento médico legal en el cual consta la voluntad libre y consciente de un paciente de someterse a un determinado procedimiento o tratamiento médico luego de haber recibido la debida información por parte del médico acerca de su condición de salud posibles tratamientos o procedimientos y las consecuencias autorizándolo para que este lleve a cabo el procedimiento

Debemos señalar que aun cuando el paciente asume los riesgos por la aplicación del procedimiento o tratamiento esto no exonera al médico de responsabilidad por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la profesión médica

Tal cual hemos señalado con anterioridad el consentimiento informado es un documento a través del cual el paciente asume los riesgos de un procedimiento o tratamiento y esto no exonera al médico de responsabilidad de modo que si el médico que con su actuar causa daños al paciente tiene el deber de responder por los perjuicios causados En este sentido el acto médico debe ser realizado de forma contraria a lo establecido a la ley

La antijuricidad es uno de los elementos de la responsabilidad penal médica y consiste en que para que una conducta típica sea punible es necesario

que lesione o ponga en peligro sin causa justa el interés jurídico tutelado por la Ley

El ejercicio de la medicina representa un riesgo sin embargo se trata de un riesgo que puede sustentarse desde el punto de vista ético y científico

La ejecución de un acto descrito como delito o falta obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios causados en la comisión de ese delito o falta

La responsabilidad penal es de carácter personal y esto implica que la sanción penal que se prevea solamente puede recaer sobre quien directamente es el autor del delito o falta

Cuando se comete un acto antijurídico surge una responsabilidad penal y si de este acto se derivan daños también se genera la responsabilidad civil por tanto su obligación indemnizatoria

Podemos aseverar que el médico responde de la sanción civil y su entidad aseguradora si tiene concertada una póliza de responsabilidad civil para afrontar el pago de la indemnización por las lesiones ocasionadas al paciente

2.4 El daño como presupuesto de la Responsabilidad Civil

Se requiere que el acto médico cause un daño al paciente para poder que exista el deber jurídico de resarcimiento por daños y perjuicios pero es menester hacer precisiones conceptuales acerca del daño y que debe afectar en el ámbito de la responsabilidad civil médica

La principal función de la responsabilidad civil es la de reparar el daño causado. El cumplimiento de la responsabilidad se hará efectiva a través de la reparación o sustitución de la cosa que sufrió el daño o la indemnización

El concepto de derecho de daños involucra una triple función

- a **Función preventiva** Se traduce en que toda persona tiene el deber en cuanto dependa de ella de evitar causar un daño injustificado y de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud
- b **Función resarcitoria** Se trata de la función más importante de todas y la que por tradición ha hecho la esencia misma de la responsabilidad civil. La reparación del daño en su función resarcitoria abarca una reparación sancionatoria (antijuricidad) y una reparación distributiva (responsabilidad)
- c **Función punitiva** Ocurre frente a los efectos del ilícito causando daño a otro y actúa deliberadamente con el objeto de obtener un crédito de esa actividad de esta manera a través de la implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales comportamientos sería la fase punitiva

2 4 1 Concepto de Daño

Para DE CUPIS El dano no significa mas que el perjuicio es decir aminoracion o alteracion de una situacion favorable en la cual daño y perjuicio tienen una misma significacion y alcance (De Cupis El daño Teoria general de la responsabilidad civil 1975 pag 81)

Para ZANNONI el dano se configura como el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento dañoso sufre una persona ya sea en sus bienes vitales naturales ya sea en su propiedad ya sea en su patrimonio (Zannoni E El daño de la responsabilidad civil pag 1) Para nuestro entender la nocion de daño que establece el citado autor resulta bastante limitada toda vez el mismo hace referencia solamente a bienes patrimoniales excluyendo del mismo el ambito extra patrimonial que comprende los sentimientos ideas pensamientos

El daño se comporta como una figura contraria a la ventaja provecho o beneficio es decir que de ocurrir el daño produce una supresion o represion de la condicion a situacion de ventaja beneficio o provecho (Rodriguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislacion panameña)

Desde nuestra perspectiva el daño se configura como la lesion detrimento menoscabo de un interes juridico patrimonial o de caracter espintual que en este caso seria considerado como extra patrimonial

El daño es entendido como todo aquel perjuicio menoscabo detrimento o desmejoramiento de condiciones el aniquilamiento o alteracion de una situacion favorable (De Cupis 1957 pag 571) de tal manera que el daño implica un fenomeno de alteracion negativa (Scognamiglio Apuntni sulla nozione di danno 1969 pag 475) es decir que el daño resulta ser contrario al ordenamiento juridico y que por ser causado u ocasionado se configura como la alteracion de caracter negativo

El daño se configura como una figura contraria a la ventaja beneficio o provecho equivale a decir que una ventaja o beneficio es golpeada por el dano y que como consecuencia de la accion ya sea en sentido positivo o negativo dicha situacion de ventaja o beneficio resulta ser suprimida (Gamarra T XIX pag 231)

2 4 2 El daño como presupuesto de la Responsabilidad Civil Medica

Es el presupuesto fundamental para que exista responsabilidad de modo que el actuar del medico debe ocasionar un daño al paciente en el ejercicio de la profesion medica de tal manera que si no existe daño no existe el deber de responder

Para el Profesor de la Universidad de Panama CLAUDIO TIMPSON LAYNE

Uno de los elementos esenciales es la existencia de un daño lo que es presupuesto para que posteriormente con conocimiento de causa se pueda distinguir entre el tipo de

daño que se cause y la relación jurídica que nace entre los sujetos activo y pasivo de la misma para concluir como operara la reparación del agravio en beneficio de la persona que ha sufrido detrimentos en sí misma o en su patrimonio (Timspon Layne 1997 pag 32)

La ocurrencia del hecho tenga como consecuencia un resultado dañoso o afectación sobre una cosa bien toda vez que este es un presupuesto fundamental de la responsabilidad civil con ello queremos decir que si no existe un daño no puede existir responsabilidad civil (Rodríguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislación panameña)

2 4 3 Requisitos del Daño para que sea Resarcible

Según BUSTAMANTE ALSINA nos dice que los requisitos del daño son Debe ser cierto subsistente personal del reclamante y que afecte un interés legítimo del damnificado (Bustamante Alsina pag 70) presupuestos que procedemos a describir

2 4 3 1 El daño debe ser cierto

En este sentido el concepto de daño cierto resulta ser opuesto o contrario al concepto de daño incierto es decir aquel que no puede ser probado que es

Hipotético eventual o conjetural que puede producirse como puede no producirse al efecto si se indemnizare un daño incierto o eventual y finalmente el daño no se materializa estaríamos frente a un caso de enriquecimiento sin causa lo cual es en sí antijurídico (Alterini Ameal & Lopez Cabana Derecho de obligaciones civiles y comerciales 1993 pag 259)

El daño debe existir y el mismo debe ser probado y no debe ser hipotético

Es decir aquella persona que sufre un daño debe probar que se le ha causado un daño de manera tal que al probarse el daño nos encontramos frente a la existencia de un daño cierto y requisito necesario para que el daño sea reparado muy por el contrario está el daño incierto que es aquel que no puede ser probado y como no puede ser probado no puede ser reparado

2 4 3 1 1 Prueba de las obligaciones en el Código Civil

Nuestro Código Civil en cuanto a la prueba de las obligaciones nos dice lo siguiente en su artículo 1100

Artículo 1100

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas. Son ineficaces los pactos por los cuales se invierte o modifica la carga de la prueba.

Parágrafo. Esta norma no surte efecto sobre derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la vigencia de esa Ley y que tengan previa validez.

En el precitado artículo se hace referencia a que la parte que alega la obligación o su extinción le corresponde probar es decir que soporta la carga de probar la obligación o la extinción aplicado al caso quien alega que se le ha ocasionado un daño tiene el deber de probarlo.

2.4.3.2 El daño debe ser subsistente

Cuando nos referimos a que el daño debe ser subsistente aludimos a que el mismo permanece en la medida en que el daño no ha sido reparado por quien lo causa.

Señala Eduardo Zannoni que la subsistencia del daño

Alude al momento de reclamación por el damnificado lo que se traduce al momento que la persona afectada por el evento

dañoso pretenda reclamar el resarcimiento del daño el daño y que el mismo no debe haber sido reparado ya sea por la víctima misma o por un tercero toda vez que al resarcir el daño este pierde el derecho a solicitar la reparación del mismo (Zannoni E El daño de la responsabilidad civil pag 51)

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia de Panamá se ha pronunciado de la siguiente manera en relación a la subsistencia del daño

Sobre el particular algunos autores estiman que el daño resarcible debe cumplir entre otros requisitos el de ser subsistente es decir que no es resarcible un daño que al momento de indemnizarse haya desaparecido ya Así Jorge Bustamante Alsina (Teoría General de la Responsabilidad Civil p 171) estima que para que el daño sea resarcible este debe ser subsistente es decir que el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido Sin embargo Javier Tamayo Jaramillo (De la Responsabilidad Civil Tomo IV) al desarrollar los requisitos y características del daño resarcible no incluye como tal a la subsistencia del daño Tampoco existe norma legal que así lo disponga ni existe precedente jurisprudencial en este sentido por lo cual estima este tribunal que la resarcibilidad de un daño pasado

ha de determinarse caso por caso dependiendo de las circunstancias (Diana Garzola de Gonzalez y Santos M Gonzalez recurren en casacion en el proceso ordinario que le siguen a Servipronto Tumba Muerto Los Bosques S A 2012)

2 4 3 3 El daño debe ser personal del reclamante

El presente requisito para el resarcimiento del daño hace alusión a que la persona que sufre el daño sea la misma persona que reclame es decir que quien reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios causados debe ser la persona que se ha visto afectada por el evento dañoso

2 4 3 4 El daño debe recaer sobre la salud o cuerpo del paciente

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) podemos entender la salud como un estado de completo bienestar físico mental y social (Concepto de Salud s f) de manera tal que el actuar del profesional de la salud altera el bienestar físico y mental del individuo producto de su actuar profesional lo que genera la obligación de reparación por los daños y perjuicios que este ocasione a la salud de un individuo

De esta manera el acto médico debe causar un daño al paciente de modo que este genere la obligación de reparación del daño

2 4 4 El nexo o relación de causalidad

El Profesor de la Universidad de Belgrano Argentina MARTIN DIEGO PIROTA al referirse al nexo o relación de causalidad nos dice que El nexo de causalidad adecuado es aquel que debe existir entre la conducta antijurídica y el dano (Pirota Texto de disertación brindada en el foro anual de inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua 2005 pag 3)

El nexo o la relación de causalidad consisten en la relación que existe entre la conducta antijurídica es decir de la conducta contraria al ordenamiento jurídico y el daño que se le ha causado a la víctima

Es decir que el nexo de causalidad es el elemento que permite determinar si existe responsabilidad o no del agente causante del daño toda vez que permite establecer la relación que existe entre la conducta del agente o victimario y el daño causado de manera tal que si no existe esta relación causal no hubiese ocurrido el evento dañoso (Rodríguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislación panameña)

La Corte Suprema de Justicia ha señalado acerca del nexo de causalidad

Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad lo que debe entenderse es que el actuar de quien este obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño o sea que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto (Brittania Rodaniche recurre en casacion dentro del proceso ordinario que le sigue a Jose Manuel Teran Sitton Gloria Cecilia Pino de Teran)

2 4 5 El dolo o culpa del agente causante del daño

La Conducta dañosa por parte del agente debe ser realizada mediando dolo o culpa del medico es decir que si no existe un comportamiento doloso o culposo por parte del agente no hay deber de responder

El dolo la culpa y formas de estas son criterios de atribucion de la responsabilidad civil de caracter subjetivo que recopila nuestroCodigo Civil de modo que se requiere la presencia de una conducta dolosa o culposa para que se genere el deber juridico de resarcimiento por los daños causados y si no existe una conducta dolosa o culposa no hay responsabilidad

La Corte Suprema de Justicia de nuestro pais ha señalado sobre la culpa del agente causante del dano lo siguiente Una persona responde de un dano producido solo en el caso que su conducta culposa haya tenido ese caracter de causa adecuada o causa normalmente generadora del resultado (Brittania

Rodaniche recurre en casacion dentro del proceso ordinario que le sigue a Jose Manuel Teran Sitton Gloria Cecilia Pino de Teran)

2 4 6 Factores de atribucion de la Responsabilidad Civil

‘Los factores de atribucion determinan la existencia o no de la responsabilidad’ (Demanda contencioso administrativa de indemnizacion en concepto de daños y perjuicios causados 2015) de modo que los factores de atribucion de la responsabilidad civil juegan un papel fundamental en la determinacion de la responsabilidad o no de un individuo producto de la causa de daños y perjuicios

Los factores de atribucion de la responsabilidad civil pueden ser de dos tipos Los factores objetivos y los factores subjetivos

2 4 6 1 Factores Objetivos

En los factores de atribucion de caracter objetivos

Se prescinde de la voluntad del individuo causante del evento dañoso de manera tal que se prescinde de elementos como el dolo y la culpa es decir que el agente causante del daño no podra liberarse de la responsabilidad probando la falta de culpa (Rodriguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislacion panameña)

De tal forma que en estos no se contempla si el individuo ha actuado mediando dolo o culpa de modo que en estos no puede liberarse de la responsabilidad aun cuando se pruebe la falta de dolo culpa o forma de estas

Si bien son cierto los factores de atribucion de la responsabilidad de caracter objetivo no estan contemplados en la legislacion nacional resulta interesante esbozar un concepto toda vez que los mismos estan contemplados en otras legislaciones como por ejemplo el Codigo Civil y Comercial de la Nacion Argentina hecho que resulta innovador

2 4 6 2 Factores Subjetivos

Los factores subjetivos de atribucion de la responsabilidad civil de caracter subjetivos son aquellos en donde se toma como una referencia la voluntad del agente causante del dano es decir si el mismo actua en forma dolosa o culposa (Rodriguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislacion panameña)

De modo que se requiere que el agente causante del daño actue en forma dolosa o culposa para que exista el deber de resarcimiento de daños y perjuicios

Es necesario que concurren elementos subjetivos como el dolo o culpa o formas del agente causante del daño de modo que no existe responsabilidad civil mas alla de la culpa del agente de tal manera que si no existe elementos como el dolo o culpa del agente no existe responsabilidad civil y por tanto no existe el deber juridico de responder

2 4 7 Los factores subjetivos de atribucion de la Responsabilidad Civil en la Legislacion Panameña

Tal como hemos señalado con anterioridad nuestro Código Civil sigue un sistema de atribucion de caracter subjetivo de modo que se requiere de la existencia de elementos como el dolo o la culpa o formas de estas para que pueda atribuirsele responsabilidad por la causa de daños y perjuicios

2 4 7 1 El Dolo

El dolo del latín *dolus* que quiere significar fraude o engaño implica la intencion de producir un dano mediante una accion u omision (Concepto de Dolo s f) de esta manera el dolo implica la intencion o querer del agente causante del daño de ocasionar un daño a otro

En nuestro Código Civil el artículo 34 c establece la definicion del dolo sobre el cual nos dice lo siguiente

Artículo 34 c

El dolo consiste en la intencion positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Se desprende del citado artículo que el dolo consiste en una intención positiva es decir hacer una cosa en forma intencional por parte del agente causante del daño que consiste en inferir injuria ya sea a una persona o a su propiedad

2 4 7 2 Dolo Contractual

El artículo 1120 del Código Civil nos habla acerca del dolo contractual y nos señala lo siguiente

“Artículo 1120

Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiese hecho”

Se desprende del citado artículo que existe dolo cuando una de las partes contratantes utiliza palabras maquinaciones insidiosas y que a través de ellas obtiene el consentimiento de la otra parte contratante y que este consentimiento no hubiese podido ser obtenido para la celebración del contrato sin esas palabras o maquinaciones insidiosas

Siendo que aquella persona que presta su consentimiento en un contrato mediando dolo es decir palabras o maquinaciones insidiosas que inducen a que una persona preste su consentimiento y se celebre un contrato pero que esta

persona no hubiese prestado consentimiento si no hubieren mediado dichas palabras o maquinaciones insidiosas de otra persona de manera tal que quien presta su consentimiento no expreso libremente su voluntad y por lo tanto se encuentra viciada y ello trae como consecuencia la nulidad absoluta del contrato ya que se encuentra viciado el consentimiento que es uno de los presupuestos básicos para la existencia del contrato según preceptúa el Artículo 1112 del Código Civil el cual reza de la siguiente manera

Artículo 1112

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes

- 1 **Consentimiento de los contratantes**
- 2 Objeto Cierto que sea materia del contrato
- 3 Causa de las obligaciones que se establezca

Para que el mismo produzca la nulidad del contrato se requiere que el dolo sea grave y no debe haber sido empleado por las dos partes contratantes ello es así en base al Artículo 1120 del Código Civil

Así mismo el incumplimiento intencional de un contrato genera la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados

2 4 7 3 La Culpa

La culpa del agente consiste en toda omisión o acción imprudente o negligente que ocasiona un daño a otra persona (Concepto de Culpa s f) lo que genera la obligación de resarcir por daños y perjuicios que este ocasione a otra persona en base a su actuar culposo

Los hermanos MAZEAUD señalan que La culpa es un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas situaciones (Mazeaud & Tunc)

La culpa se configura como un descuido como la omisión de ciertos actos por parte del agente causante del daño de modo que este no causa el daño en forma intencional sino que en base a su actuar descuidado o por su conducta omisiva causa un perjuicio

El artículo 34 c del Código Civil establece precisiones conceptuales y señala lo siguiente acerca de la culpa

Artículo 34 C

La Ley distingue tres especies de culpa y descuido Culpa grave negligencia grave culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios Esta culpa en materia civil es equivalente al dolo

Culpa Leve descuido leve descuido ligero es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios

Culpa o descuido sin otra clasificación significa culpa o descuido leve esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano

El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado

2 4 7 4 La culpa contractual

En este supuesto nos encontramos ante la presencia de un vínculo contractual es decir ante un contrato y que los daños o perjuicios son causados en virtud del incumplimiento del mismo (Rodríguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislación panameña) De esta manera el cauce de daños por parte del agente nace en base al incumplimiento del contrato en forma culposa o no intencional generando así el deber de reparación de daños y perjuicios ocasionados con el actuar

El artículo 899 del Código Civil nos brinda un concepto acerca de la culpa o la negligencia el cual reza de la siguiente manera

Artículo 899

La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar

Cuando la Obligación no exprese la diligencia que ha de presentarse para su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia

De la interpretación del artículo 989 se entiende que la culpa o negligencia del deudor es su falta en la diligencia es decir el agente causante de daño y que la diligencia que se requiere en virtud de la naturaleza de la obligación dependerá del grado de diligencia que se requiera por parte del deudor y que corresponderá a las circunstancias de las personas el tiempo y lugar

2 4 7 5 La culpa extracontractual

En este caso nos encontramos frente a la causa de daños y perjuicios mediando ausencia de un vínculo contractual ya que el actuar dañoso se da en base a una conducta culposa del agente

La Culpa Extracontractual está regulada en el artículo 1644 del Código Civil y que no dice lo siguiente

Artículo 1644

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados

De la interpretación del presente artículo se desprende que aquella persona que actúa mediando culpa debe reparar los daños y perjuicios que ocasione en base a su actuar culposo

Además si la acción u omisión culposa es imputable a dos o más de ellas se establece la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios ocasionados mediando culpa o formas de esta

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Culpa Extracontractual consiste en una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino un deber genérico de no dañar' (Apelación interpuesta por The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 2007) de manera tal que la culpa extracontractual resulta de la violación del deber de no causar daños a otras personas y que la misma está recogida en el Artículo 1644 del Código Civil patrio

Así mismo señala la Corte Suprema de Justicia acerca de la culpa extracontractual la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (Apelación interpuesta por The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 2007) tal cual preceptúa el Artículo 974 del Código Civil sobre la fuente de las obligaciones en nuestro derecho civil patrio

Artículo 974

Las obligaciones nacen de la Ley de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en los **que intervenga cualquier género de culpa o negligencia** ”

Es necesario que concurren elementos subjetivos como el dolo o culpa o formas del agente causante del daño de modo que no existe responsabilidad civil mas alla de la culpa del agente de tal manera que si no existen elementos como el dolo o culpa del agente no existe responsabilidad civil y por tanto no existe el deber jurídico de responder

2 5 Concepto de Mala Práctica en la Responsabilidad Civil Médica

Existirá mala práctica 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 como una consecuencia del actuar o accionar profesional médico el cual es realizado con imprudencia impericia negligencia e inobservancia de reglas o deberes

2 5 1 La Culpa Médica

2 5 1 1 Concepto de Culpa Médica

La Jurisprudencia nacional ha señalado lo siguiente sobre el dolo y la culpa en materia de responsabilidad civil medica

En la responsabilidad del médico se dan los aspectos característicos de la responsabilidad que son el dolo o la culpa

- Dolo Se da con dolo cuando el facultativo valiéndose de su profesión actúa a sabiendas de que va a causar un daño al paciente
- Culpa Se da cuando el facultativo se da por su actitud negligente de impericia o de imprudencia (Proceso ordinario de mayor cuantía propuesto por Marcelino Rodríguez en condición de tutor judicial de Berta Luz Tobar de Rodríguez en contra de Jorge Verbel Ruby Molina y Marbella Organization Medical Facilities Inc)

Se desprende de la anterior definición que en el dolo existe la intención del agente causante del daño mientras que en la culpa no existe la intención de causar daños

En este supuesto el agente causante del daño produce un perjuicio y que la misma debe ser imputada a quien causa un daño

2 5 1 2 Formas de la Culpa Médica

Es necesario abordar lo referente a la culpa medica toda vez que nuestro ordenamiento juridico contempla factores subjetivos de atribucion de la responsabilidad civil

En el caso de la culpa medica se establecen distintas formas de culpa de modo que procederemos a realizar un somero análisis de estas figuras

2 5 1 2 1 Imprudencia

Consiste en la realizacion de actos ligeramente sin precauciones es decir es la carencia de templanza o moderación Puede también implicar la realizacion de actos contrarios a los que el buen sentido o la prudencia aconsejan

2 5 1 2 2 Impericia

Consiste en la carencia total o parcial de conocimientos tecnicos experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina es decir es la carencia de conocimientos necesanos para el ejercicio de la medicina

2 5 1 2 3 Negligencia

Consiste en el ejercicio de la profesion medica con la falta de cuidado descuido en la cual el medico puede abstenerse de realizar o actuar con la

diligencia debida en la ejecucion de un acto medico Puede ejemplificarse en la carencia de atención durante el ejercicio medico

2 5 1 2 4 Inobservancia

Es una forma de accion culposa que se configura cuando existiendo una exigencia u orden verbal o escrita dispuesta con fines de prevencion de un daño y ordenado por un superior responsable el subalterno no le da cumplimiento generando un daño al paciente Puede circunscribirse a la esfera administrativa si ocasiona daño al paciente

2 5 1 3 Prueba de la Culpa Médica

Existen dos regimenes probatorios que son el de la culpa probada y el de la culpa presunta que procederemos a desarrollar

2 5 1 3 1 Régimen de la Culpa Probada

En el regimen de culpa probada el actor tiene la carga de probar la culpa del demandado acompañado del perjuicio y la causalidad (Pautt Barcelo 2015) de manera que el demandante es quien soporta la carga de probar la conducta culposa del agente el daño y el nexo causal

Es decir que quien reclama la indemnización es quien soporta la carga probatoria de demostrar la culpa del agente causante del daño el daño y el nexo de causalidad

En este sentido el Artículo 1100 del Código Civil se refiere a la prueba de las obligaciones y nos señala lo siguiente

Artículo 1100

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas. Son ineficaces los pactos por los cuales se invierte o modifica la carga de la prueba

Parágrafo. Esta norma no surte efecto sobre derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la vigencia de esa Ley y que tengan previa validez

De este artículo se desprende que la parte demandante es quien le corresponde probar las obligaciones de modo que la parte actora debe soportar la carga de probar la culpa del agente causante del daño el daño y el nexo o relación causal

Con esto queda claro que el ordenamiento civil panameño obstaculizó la inversión de la carga de la prueba. Se considera que para los casos de responsabilidad civil del médico se pudiere emplear de oficio esta figura dependiendo del juez como vea la situación. Así mismo la definición del citado

artículo del código civil nacional se desglosa que los medios probatorios consagrados en el 1101 medio general en su último párrafo indica que admite como pruebas específicas las que determinen los demás códigos y en este sentido nos referimos a al Código Judicial en su artículo 780 sobre las clases de medios probatorios que se pueden aportar dentro del proceso que se sobrelleva. También es importante señalar que este citado artículo tiene alrededor de 23 años de haberse empleado es por ello que en su parte final nos señala que no se aplicara este artículo las obligaciones contraídas con antelación a este. De modo que se adiciono este artículo en el inciso y el párrafo mediante la Ley 18 de 1992 de Gaceta Oficial 22 094 de 6 de agosto de 1992 en el artículo 3. Se entiende entonces que este artículo no prohíbe el uso de esta figura de tal modo que el Código Civil esta basado en presunciones es posible utilizarlas sin mayor problema.

2 5 1 3 2 Régimen de la Culpa Presunta

En el régimen de culpa presunta

La responsabilidad sigue fundandose en la culpa pero esta se presume contra el demandado. El actor está exonerado de probar la culpa pero si debe probar el perjuicio y nexo causal. Se invierte la carga de la prueba en favor del demandante.
(Pautt Barcelo 2015)

Es decir que en el supuesto de presunción de la culpa el sujeto que ha producido el daño le corresponde probar que actuó diligentemente operando la inversión de la carga probatoria de este modo la responsabilidad se fundamenta en la culpa del agente causante del daño pero la misma se presume en contra del médico (demandado) de modo que el actor no tiene que probar la culpa del agente causante del daño ya que esta se presume en contra del médico pero el actor sí debe probar el daño y el nexo causal

En este supuesto opera la inversión de la carga de la prueba que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 1100

2 5 1 4 Cuando opera la Presunción de la Culpa

La presunción de la culpa opera en dos ámbitos como se expresa a continuación

- **Ambito Contractual**

La presunción de la culpa en el ámbito contractual opera cuando se hayan pactado obligaciones de resultados y estas no sean cumplidas

- **Ambito Extracontractual**

La presunción de la culpa en el ámbito extracontractual opera cuando el daño sea causado por hecho ajeno

2 5 1 5 Cuando opera la Culpa Probada

La culpa probada opera en dos ambitos como se expresa a continuacion

- **Ambito Contractual**

La culpa probada opera en el ambito contractual cuando se hayan pactado obligaciones de medios de tal forma que quien alega que se le ha causado un daño debe demostrar la culpa del agente causante del daño

- **Ambito Extracontractual**

En el ambito extracontractual opera la culpa probada cuando se viola el deber general de no causar daño a nadie consagrado en nuestro Código Civil patino en el Artículo 1644 el cual nos dice lo siguiente

Artículo 1644

El que por accion u omision causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el daño causado

Si la accion u omision fuere imputable a dos o mas personas cada una de ellas sera solidariamente responsable por los perjuicios causados

De modo que cuando se causa daños violando el deber general de no causar daño a nadie consagrado en el Artículo 1644 del Código Civil de tal

manera que quién alega que se la ha causado un daño debe probar la culpa del agente causante del daño

2 5 2 Supuestos especiales de la Responsabilidad Civil Médica

Los supuestos especiales de responsabilidad medica son las circunstancias especiales por las cuales se puede presentar la responsabilidad del médico sobre todo en los casos de cirugía estética y el olvido de elementos extraños en el cuerpo del paciente. A continuación se explican dichos supuestos

- **La cirugía plástica estética reparadora** La cirugía plástica estética es la que tiene como objetivo la corrección física del paciente el perfeccionar una parte de su cuerpo por motivos simplemente de belleza mientras que la cirugía plástica reparadora tiene como única finalidad corregir defectos congénitos o adquiridos

El detalle aquí es que en ambos casos es considerado si la obligación del profesional es de medios o de resultados ya que a pesar que se ha venido diciendo que la obligación del facultativo es de medios en el ámbito de la cirugía plástica para gran parte de la doctrina esta es una excepción

Entonces es visto que en estos casos el galeno tiene la obligación de obtener el resultado prometido por lo que queda bajo un sistema de responsabilidad objetiva y con la posible opción de ser desvirtuada si se prueba caso fortuito. Para Fernando Costales la corriente a seguir por su

propia naturaleza es la basada en la distinción entre la cirugía plástica estética y la reparadora (Fernandez Costales 1987 pag 137) Colegimos con el Autor ya que si se trata de una cirugía estética la obligación del médico es de resultados porque se realizara sobre partes del cuerpo que se encuentran en buenas condiciones. En este caso el paciente busca reparación por asuntos de estética motivación dada ya que el profesional le ha prometido un resultado acorde con su deseo y si el médico no le hubiera prometido al paciente dicho resultado quizás el paciente no se hubiera sometido al tratamiento en otras palabras la carga de la prueba claramente recae en el médico y de la cual solo podría ser exonerado por caso fortuito o fuerza mayor

Vale la pena hacer la diferenciación que si el galeno no le promete al paciente ningún resultado y por el contrario le aclara que existe la posibilidad de que no se de el resultado esperado se estaría ante una obligación de medios

En el caso de cirugía plástica reparadora el médico si adquiere una obligación de medios y no de resultados y la carga probatoria por lo general recae en el paciente

Por su parte existen otras teorías que apoyan el hecho de que las intervenciones que tengan un carácter netamente estético y que no impliquen riesgo relevante al paciente generan una obligación de medios pero que si dicha intervención involucra riesgos de cierta gravedad para el paciente entonces las obligaciones que se generen son de resultado

No obstante lo anterior en el presente trabajo no se comparte este criterio porque las intervenciones estéticas son consideradas de resultado ya que si no se le garantiza un resultado satisfactorio al paciente este no se sometería a la operación

- **El olvido de instrumentos en el cuerpo del paciente** Se trata del supuesto en el que al médico o a su equipo se le olvida retirar alguna pieza o instrumento utilizado durante la intervención del cuerpo del paciente causándole daños muchas veces irreversibles a la víctima. Este es un acto negligente que en todas las circunstancias traera consigo la responsabilidad

El olvido quirúrgico forma parte del acto médico y es una presunción de responsabilidad contra el galeno a menos que este pruebe la justificación de su conducta por lo que la carga de la prueba de ausencia de culpa o caso fortuito recae en la persona del facultativo

- **El trasplante de órganos** Doctrinalmente se han considerado tres circunstancias para estos casos que son las siguientes. El deber de información a los pacientes. El consentimiento del dador y receptor del órgano y en caso de estar viva la persona que el acto médico no represente riesgo a su vida

En cuanto a la información que se le da al paciente debe ser lo más completa posible expresándole los riesgos y consecuencias que según

su experiencia y conocimiento puedan presentarse durante la intervención el consentimiento del dador del organo es el elemento mas importante ya que se trata de un acto personalísimo el requisito sine qua non para que se efectue la intervención y finalmente que la extracción del organo no represente peligro alguno para la vida del dador del organo en caso de estar vivo

2 5 3 Responsabilidad de los Centros médicos Públicos y Privados

En la prestación de servicios de salud publica es dable deducir que el medico que representa formal o materialmente a un hospital que le facilita los medios humanos y materiales para cumplir con sus deberes es parte del servicio integral que le ofrece el hospital a los pacientes esto es un ejercicio colectivo

Actualmente las relaciones juridicas entre el médico y el paciente son complejas ya que convergen ademas del medico y del paciente los hospitales las instituciones etc Como la prestación de bienes publicos es uno de los objetivos del Estado para asegurar una proteccion real de los derechos humanos bajo su jurisdiccion el Estado debe asegurar que los servicios de salud sean dados a la sociedad en general con la calidad necesaria para un tratamiento garantizado

Hay que considerar que la mayoría de los conflictos originados de la atención medica no son el efecto de conductas individuales sino que son

consecuencia de la organización del servicio por ende la responsabilidad del médico debe analizarse integralmente no aisladamente mas bien dentro de la estructura y sistema en que desarrolla su actividad en este caso en particular en un Centro hospitalario ya sea publico o privado

La responsabilidad puede ser del sistema y no de personas físicas individualizadas o identificables entonces es menester analizar si este sistema realmente ha prestado el servicio adecuadamente según los criterios que se exigen de acuerdo a las circunstancias de persona tiempo y lugar Esto implica un cambio drástico desde el punto de vista interpretativo

El hecho humano antecedente del daño hoy en día no es un acto médico individual sino el funcionamiento del sistema en su totalidad El punto de partida debe ser la empresa para luego considerar al profesional que se desenvuelve dentro de ella

Actualmente lo que se discute son las reglas en virtud de las cuales el Estado ha de indemnizar (En el caso de Centros Hospitalarios Públicos) la naturaleza de la responsabilidad así como la aclaración de conceptos como falta de servicio y otros

Los hospitales publicos tienen responsabilidades extracontractuales Importante resaltar la obligación de seguridad directa que implica también la responsabilidad en la organización del servicio en la existencia de salas adecuadas para la atención y control de enfermedades especiales o tratamiento especial a determinados pacientes

Verbigracia en el caso particular de un hospital demandado por el resarcimiento del daño provocado por la muerte de un paciente que fue picado por un insecto no puede pretender excusar su responsabilidad alegando que la limpieza habitual realizada en las instalaciones del Centro resulto suficiente para prevenir a los pacientes de infecciones causadas por los insectos que normalmente se desarrollan en dicho ambito pues esa tarea de rutina devino en el caso insuficiente para repeler y extinguir insectos contagiosos Es visto pues que en los casos de infecciones intrahospitalarias pedir que la relacion causal se pruebe en forma fehaciente resulta una tarea prácticamente imposible casi diabolica

La responsabilidad civil de los Centros Hospitalarios Publicos no se origina por la existencia de un hecho ilicito tampoco aparece a raiz de la comision de un delito tipificado en elCodigo Penal porque ambos tipos de responsabilidad requieren de un comportamiento doloso o culposo imputable al autor del daño Por ultimo tampoco se trata de una responsabilidad funcionaria o disciplinaria que nace de la infraccion de ciertas obligaciones o deberes que impone el ejercicio de una funcion publica Por lo tanto esta responsabilidad no pretende castigar o sancionar a un culpable como en las tres clases de responsabilidades ya mencionadas sino resarcir a una victima que ha sufrido un daño sin que el ordenamiento juridico haya puesto a su cargo la obligacion juridica de soportarlo y es por esto que debe indemnizarse al afectado

Los hospitales modernos ya no son las antiguas instituciones de caridad atendidas por medicos y enfermeras que prestaban sus servicios en forma gratuita

y en el caso de Panamá aun menos ya que no existe la figura activa de emergencias como tal. Si la persona no aparece como asegurado o no se paga por la admisión al hospital (en el caso de los hospitales privados) simplemente el paciente no es atendido independientemente del estado de gravedad en la que llegue al nosocomio. Nuestros hospitales se han convertido en grandes empresas prestadoras de servicios médicos. En algunos países cada vez mas amplios y sofisticados arraigados en la responsabilidad social corporativa.

En cuanto a los Centros Hospitalarios Privados por ejemplo en México se ha establecido que los hospitales privados son responsables solidarios en caso de que ocurran actos de negligencia médica en sus instalaciones aun cuando no tengan responsabilidad objetiva en los hechos esto se traduce en que es doble la responsabilidad de hospitales o centros médicos por actos cometidos por quienes de manera aparente realizan sus actividades para este cuando se determina negligencia y mala práctica de los médicos tratantes. En el caso de Panamá impera la misma doctrina.

La responsabilidad civil de los hospitales privados puede darse por actos cometidos por el personal que preste servicios en sus instalaciones por lo que el hecho de que se le informe al paciente de que el médico no es empleado del nosocomio o que no existe relación laboral alguna entre ambos no representa un argumento válido para absolver de responsabilidad al hospital privado ya que el criterio de responsabilidad de los hospitales y centros de salud por actos cometidos por profesionales que se desenvuelvan en el mismo responde a

criterios materiales y no formales como sería el caso de una relación laboral entre médico hospital

Aunado a lo anterior resultaría excesivo que el usuario en este caso el paciente o sus familiares tuviera que demostrar la existencia de una relación de trabajo entre médico y paciente para que procediera la responsabilidad civil a su favor ya que es un asunto fuera del alcance de la víctima ya afectada por la mala práctica del profesional negligente por ende el usuario de servicios de salud privada al estar frente a una condición de desventaja frente a la institución médica no tiene la carga de la prueba

No obstante lo ya manifestado algunos autores defienden la teoría de que la responsabilidad civil de los hospitales privados no se avala si la institución cumple con sus obligaciones de vigilancia y que el perjuicio causado al paciente se debe únicamente a los actos u omisiones del personal médico interviniente en el caso respectivo siempre y cuando la institución no hubiere podido evitar anticipar o prevenir el daño provocado al paciente En la presente investigación no se comparte este criterio por el hecho de que si el galeno no mantuviera relación con el centro médico su intervención sería por un hecho del paciente por lo que en un inicio no habría lugar a responsabilidad directa de la institución y en la práctica quien padece de cualquier enfermedad y acude a un centro médico privado va en búsqueda de la asistencia de un facultativo sin interesarse en que médico se designa la responsabilidad de su salud

Con respecto al paciente el médico tiene una obligación directa ya que de suscitarse cualquier problema este tendría que responder por sus propios actos

sin embargo también la tiene la clínica por haber incorporado al galeno a la relación obligacional y otorgado la garantía de eficiencia de su personal

En Panamá los Artículos 109 y 110 de la Constitución Política de la República determinan la exigencia al Estado de asegurar el acceso de toda la población panameña a servicios integrales de prevención curación y rehabilitación Este mandato de la Carta Magna se traduce posteriormente en el Decreto de Gabinete No 1 del 15 de enero de 1969 a través del cual se crea el Ministerio de Salud (MINSAL) y lo consagra como la Autoridad Sanitaria Nacional (ASN)

El sistema de salud panameño está conformado por un sector público y un sector privado El sector público cubre a la mayor parte de la población panameña y está constituido por el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social

El Ministerio de Salud además de fungir como Rector del sistema de salud se encarga de proveer servicios al resto de la población Tanto el Ministerio de Salud como la Caja de Seguro Social cuentan con una red propia de prestadores de servicios en los tres niveles de atención Estas dos redes aunque funcionan de manera independiente han podido establecer cierta coordinación de tal forma que algunos beneficiarios de la Caja de Seguro Social reciben atención en los establecimientos del Ministerio de Salud El financiamiento de este Ministerio proviene de impuestos generales mientras que la Caja de Seguro Social se financia con contribuciones de los trabajadores (asalariados independientes y pensionados) de los empleadores y del Estado

En cuanto al sector privado lo conforman los hospitales las clínicas y los consultorios que prácticamente prestan sus servicios a cambio de pagos directos provenientes de la población con mayores recursos y aquella parte de la población que se encuentra cubierta por seguros privados de salud

En la República de Panamá la mayor parte de los Centros Médicos están organizados como sociedades mercantiles según lo que establece la Ley 32 de 1927 y los mismos deben considerarse desde los ámbitos contractual y extracontractual tal cual lo regula en la actualidad el Código Civil. Se trata de sociedades capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones lo que significa que pueden ser sujetos pasivos o activos en la esfera contractual

En lo referido a la responsabilidad extracontractual se deja claro que en Panamá los Centros Médicos Privados no solo están obligados a responder por los actos u omisiones propios sino por los de aquellas personas que se desempeñan como sus dependientes en ocasión de sus funciones

Según lo establecido siendo las personas jurídicas de derecho privado capaces de ser propietarios de empresas a los Centros Médicos Privados se les puede imputar la responsabilidad de que trata la normativa panameña (Art. 1644 del Código Civil). Aunado a ello dicha responsabilidad puede ser por daños tanto en la esfera contractual como en la esfera extracontractual en este último caso que los hechos constituyan delitos castigados por la legislación penal o infracciones culpables que tenga la categoría de delito civil (Responsabilidad civil derivada del delito art. 125 del Código Penal)

En fin la responsabilidad del Centro médico privado se sustenta en el deber objetivo de garantizar la labor de su personal ya que es quien asume en nombre propio el cumplimiento de una obligación que no puede ejecutar directamente y que realiza por medio de terceros (medicos) por lo que el deber de reparar se basa en el principio de garantía

2 5 4 La Responsabilidad Civil Médica en las Especialidades

En diversas jurisprudencias se han analizado la responsabilidad civil del medico segun la especialidad en que se suscita el hecho respectivo A continuacion se procede a señalar las mas relevantes

- **Anestesiastas** Tanto la doctrina como la ciencia medica ubican al anestesista como un medico autonomo con obligaciones y responsabilidades propias

Comunmente se presentan cualquiera de las siguientes dos situaciones Que el paciente contrata directamente con el anestesista o que el paciente conviene con otro profesional con el compromiso de buscar al anestesista quien en conjunto con el cirujano realiza una prestacion integral contratada por el paciente

En cuanto al resultado el esperado por el anestesista es el adormecimiento para evitar el dolor por medios de uso cotidiano y con drogas aptas para la salud de las personas por lo que a primera vista el

anestesiista compromete una obligación de resultados y no de medios no obstante otras corrientes de pensamiento han manifestado que la buena fe del anestesiista al asegurarse de la necesidad de administrar la anestesia al paciente lo exime de responsabilidad ante el resultado fatal de su acto

Ante la variedad de opiniones respecto a si esta especialidad envuelve una obligación de medios o de resultados la anestesia puede juzgarse ya sea como una obligación de medios o de resultados segun lo estime el juzgador de la causa lo cual genera evidentemente una inseguridad jurídica

Tanto el anestesiista como el galeno tienen la obligación de poner todos los medios idoneos para el objetivo propuesto por lo que el esfuerzo debe dirigirse a aumentar las precauciones y hacer uso de las herramientas eficaces y optimas para funcionar y para disminuir las probabilidades de fracaso y de producir un resultado negativo Por ejemplo el anestesiista contraviene el deber de cuidado cuando omite realizar el examen clinico previo a la administracion de la anestesia

Por otro lado el anestesiista tiene los deberes de informacion y de seguridad y control es decir está obligado a informar al paciente de los riesgos del tratamiento anestésico no obstante el paciente debe informar al anestesiista cualquier detalle que complemente los aspectos que el profesional no pueda describir mediante el examen medico

También en la Jurisprudencia se ha destacado el deber de optar por el método más seguro de anestesia de lo contrario se puede constituir negligencia. De igual manera que el anestesista debe controlar constantemente los signos vitales del paciente así como el nivel de oxígeno durante la intervención.

Si la imputación es culposa el anestesista se exime de responsabilidad demostrando su falta de culpa. Incluso se ha manifestado que no es función del médico anestesista en cada caso en particular verificar la cantidad de droga anestésica a utilizar y su eventual remplazo, ya que esto le corresponde a la organización del servicio, por ejemplo, en el caso de mal estado de los aparatos.

En lo referente a la carga probatoria, de manera muy frecuente se aprecia como los jueces invierten la carga de la prueba en el caso de los médicos anestesistas, de forma que el médico debe demostrar una eximente que consiste o en la falta de culpa o en la ruptura del nexo causal.

Y para finalizar, en caso que el anestesista actúe con la colaboración de un equipo médico, se considera a nivel doctrinal que los integrantes que conforman el grupo responden por sus hechos propios que se originan en el incumplimiento de obligaciones asumidas de forma individual.

- **Cirujanos** La responsabilidad del médico cirujano surge cuando ejecuta intervenciones quirúrgicas prohibidas por la Ley, siendo lo primordial

determinar la licitud del acto médico que por su evolución es un tema bastante ambiguo

En el caso de los actos evidentemente licitos es importante discernir sobre la finalidad curativa o no En las intervenciones que se llevan a cabo para mejorar la salud del paciente se ha manifestado por algunos autores que la cirugía es mas de resultados que de medios No estamos de acuerdo con esta ultima teoria ya que seria injusta porque al medico durante la operacion se le pueden revelar resultados inesperados que le obliguen a cambiar improvisamente la tecnica o hasta el objeto de la actividad Y hasta la doctrina imperante ha dejado por sentado que la obligacion de resultado conlleva una imputabilidad objetiva por lo que la mera ausencia del resultado haria responsable al profesional lo que sin duda alguna es exagerado

Tal cual se ha venido manifestando la obligacion radica en aportar los medios conducentes a la curacion donde el cirujano tenga como norte la mejora del paciente y para tal efecto las técnicas terapeuticas que deberá aplicar tienen que ser las aceptadas por la ciencia médica

Por otra parte se ha expresado que cabe el rechazo de demandas contra médicos cirujanos cuando el mismo adopta una actitud acorde con los antecedentes del caso o cuando resulto ajeno a la complicacion acaecida en un acto quirurgico por causas de fuerza mayor ya que es muy difícil catalogar el proceder del médico que realizo la intervencion mientras que hay negligencia cuando concurren las siguientes

circunstancias Cuando tarda sin justificación alguna el diagnóstico y la intervención para reparar un accidente operatorio cuando se dejan olvidados en el cuerpo del paciente elementos utilizados durante la cirugía cuando se consiente que el médico anestesista se ausente injustificadamente de la sala de operaciones y se produce alguna situación que ponga en peligro la vida del paciente en ese lapso cuando se incurre en la falta de asistencia adecuada Cuando ambos cirujanos que intervienen en una cesarea resulten incriminados al no probarse que la culpa fue de solo uno de los dos y cuando se omite la realización de los exámenes preoperatorios pertinentes y de los análisis respectivos antes de que el paciente sea intervenido quirúrgicamente

En general el cirujano es un profesional autónomo que en la mayoría de las veces no responde por actos de otros profesionales cuando estos son absolutamente identificables

Otro tema interesante tratar en el caso de los médicos cirujanos es el error sin embargo la cirugía es una ciencia llena de complejidades lo que ha generado duda en el juzgador en ciertas ocasiones no obstante existen ciertos errores graves que son claramente inexcusables

Se considera que hay otros errores que aunque provienen normalmente de la organización médica se le imputan al cirujano en circunstancias particulares Esto sucede en el caso de error sobre la identidad del paciente la cual en otros países es una de las principales causas de errores médicos en las instituciones de salud

Desde el punto de vista médico el riesgo quirúrgico es imprevisible para la ciencia algo que puede ocurrir y que es imposible de controlar con los medios con que se cuenta. Es un suceso que puede ser innato a la enfermedad del paciente o causado por la terapia que se aplica.

Para que un riesgo quirúrgico exima de responsabilidad al profesional debe cumplir ciertos requisitos tales como la inevitabilidad, la imprevisibilidad, la actualidad e inimputabilidad.

Si el riesgo es producto de la terapia aplicada es aportado por el galeno ya que lo hace por los beneficios que esta le puede traer al paciente, no obstante como se conoce esto tiene ciertas limitaciones entre ellas que exista un juicio correcto de riesgo-beneficio conforme a las reglas de la ciencia médica. No importa si el riesgo al final fue beneficioso lo importante es que haya podido serlo en base a un juicio razonable del médico. Por otra parte otra limitación es que si la decisión conlleva un riesgo importante sea aprobada por el paciente o sus familiares (consentimiento informado).

En el caso tan mencionado del olvido quirúrgico a pesar que algunos suponen que se trata de un accidente tal cual se menciona en párrafos que anteceden es un error imperdonable donde la negligencia es el factor preponderante y el cual debe ser castigado por esta razón siendo una conducta culposa el facultativo debe responder por el delito de lesiones.

Sin perjuicio de lo anterior uno de los obstáculos para determinar la responsabilidad en este tema es la duda de sobre quien es el verdadero

responsable de asegurarse que todos los elementos han sido retirados del cuerpo del paciente. Para la mayor parte de las legislaciones es obligación exclusivamente del médico cirujano siendo un deber indelegable sobre todo ante la posición de garante de la seguridad del paciente mientras desempeña su labor como cirujano responsable hasta dar de alta al individuo.

Existe un segundo criterio y es que en algunos centros hospitalarios el suministro y control de los instrumentos quirúrgicos se encuentran en manos de terceras personas. No obstante nos mantenemos firmes bajo el concepto de que el cirujano es quien debe asegurarse de que no ocurran este tipo de sucesos por descuido en calidad de garante principal de la salud e intervención del paciente durante la cirugía.

A diferencia de lo expuesto en cuanto a las infecciones que puede adquirir el paciente durante la cirugía ya esto es obviamente responsabilidad del médico cirujano cuando este tiene control total del quirófano y no cuando el profesional forma parte de una organización hospitalaria ya que en este último supuesto habría que valorar el nivel de responsabilidad de dicha institución.

Y por último pero no menos importante el asunto acerca de los cuidados posoperatorios porque se considera que la obligación del cirujano se extiende a los cuidados posoperatorios. Esto significa que como se señaló anteriormente el médico debe ser muy precavido al decidir si

dar de alta al paciente tomando en consideración que el no sufra ningún riesgo ante tal decisión

- **Hemoterapeuta** Este punto ha generado gran preocupación en la mayor parte de las legislaciones ya que se ha caído en la prohibición legal de comercializar la sangre buscando una ganancia

Si el paciente se niega a entregar la cosa no podrá darse el cumplimiento forzado ni tampoco indemnización sustitutiva además de ser revocable en cualquier momento siendo un derecho íntimo del individuo donde solo él tiene la disponibilidad y siempre se necesita su consentimiento sin necesidad de ampararse en la figura de un contrato entre el médico y el donante

A diferencia de lo ya expuesto por lo general se celebra un contrato entre el médico y el receptor de la donación cuyo objeto consiste en el servicio prestado por el profesional de la salud. Solamente en las circunstancias de emergencia donde la vida del paciente está en riesgo la doctrina discute acerca de la transfusión forzosa lo cual entra en la discusión del derecho del paciente de rehusar tratamientos médicos

A los profesionales que actúan en este proceso se les asignan ciertos deberes cuya desobediencia produce una imputación culpable entre los cuales se encuentran los siguientes: El deber de ajustarse a los parámetros de calidad y seguridad, el deber de realizar estudios previos, el deber de entregar sangre pura, el deber de uso racional, el deber de

interrogar y realizar un examen previo al donante y el deber de cumplir con los recaudos formales

El hemoterapeuta es un profesional autónomo pero cuando no es posible identificar al autor de un equipo la responsabilidad se mide colectivamente. En el caso del donante este tiene el deber de colaborar implícitamente informando de cualquier patología que pueda afectar su sangre

Una imprudencia razonable es la aplicación de sangre erróneamente a un paciente por no seguir los procedimientos estipulados no obstante la urgencia suele invocarse como eximente de realizar análisis previos a la transfusión

El asunto de la responsabilidad por la transmisión de enfermedades a través de la sangre se presenta cuando el hemoterapeuta no ejerce el control debido y en todo caso si el donador es portador de cualquier enfermedad ello no es excusa para que se dejen de tomar las medidas necesarias y así evitar un contagio ya que es el especialista el responsable de indagar si el enfermo padecía cualquier anomalía antes de realizar la transfusión

Hoy en día existen muchísimos programas de medicina y cirugía sin sangre a través del mundo entero tanto en el ámbito privado como público con excelentes resultados porque hasta en los casos de los testigos de Jehová donde al rehusarse a esto es comparable a cualquier situación donde el paciente no acepte la propuesta del médico por lo que

hay alternativas a la transfusión sanguínea ya que se ha considerado en ciertas circunstancias lo innecesario de este procedimiento

Porque tal cual expresa la autora Luz María Reyna Carrillo Fabela

Es importante que el médico se adentre en el conocimiento de las alternativas a la sangre que considere que es una buena opción sobre todo en los casos en que no es posible disponer del tejido por tratarse de grupos sanguíneos raros por carencia del tejido para disminuir los casos de infección por esta vía en casos de objeción de conciencia o en todos aquellos casos que por distintas razones el paciente no acepte transfusiones sanguíneas (Carrillo Fabela 2009 págs 240 241)

- **Otorrinolaringólogo** En este caso en particular la mayoría de las legislaciones han sido clementes por ser la del oído una cirugía compleja no obstante al tratarse de cirugías más simples y de riesgo mínimo disminuye el criterio benevolente de los juzgadores como es el caso de que se da de alta al paciente apresuradamente sin tomar en cuenta posibles eventos posoperatorios por lo que la responsabilidad del facultativo surge como consecuencia de su precipitación al no verificar la evolución del paciente afectado
- **Oncólogo** En esta rama de la medicina existen dos figuras imprescindibles durante el actuar del galeno que son por una parte el deber de informar al paciente para lograr un **consentimiento informado** y por

escrito sobre las terapias o tratamientos que recibiera lo que resulta imprescindible Y en lo relativo al error de diagnóstico en esta área por ejemplo si el médico se equivocó en cuanto al diagnóstico de cáncer lo que hubiera elevado las probabilidades de vida del paciente de un 25% a un 39% resultaría responsable ya que se trata de **la pérdida de una chance** de supervivencia que con un diagnóstico puntual y acertado hubiera permitido

La frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe Privar a alguien de esa esperanza conlleva un daño aun cuando pueda ser difícil estimar la medida de este daño porque lo perdido lo frustrado es en realidad la chance y no el beneficio esperado como tal El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o de tener un bien material o inmaterial (Mertehikian pag 177)

- **Cardiólogo** Gran parte de la responsabilidad de este tipo de especialistas se presenta como consecuencia del diagnóstico frente a un suceso cardíaco inesperado

Este punto es interesante ya que surgen muchas interrogantes ante un área de la medicina tan sensible como lo es la cardiología. En primer lugar vale la pena destacar que los problemas de mayor complejidad se dan cuando el infarto no se declara de forma clara sino ambigua e imprevisible ya que las molestias del paciente pueden tener diversos significados que desorienten al galeno agregando los casos de urgencia y en segundo lugar ante la realidad de que el médico debe sospechar cuando hay una duda razonable. Es razonable dudar y prevenir en estos casos sobre todo donde el paciente llega con dolencias en el área torácica.

En lo relacionado a los tratamientos otro problema en esta especialidad se da ante el hecho de que el facultativo tiene discrecionalidad para escoger el procedimiento del tratamiento adecuado lo que a veces permite la aplicación de técnicas agresivas que pueden hasta causar la muerte del paciente. Este asunto es muy delicado y genera cierta preocupación porque siempre cabe la posibilidad de que el médico o centro hospitalario responsable de negligencia aseveren que la técnica escogida era la necesaria que el riesgo era imprevisible y que frente a la normativa legal sobre responsabilidad que obliga a actuar ante la duda el método aplicado es justificado.

No obstante lo establecido en líneas que anteceden siempre a dos métodos de resultados similares debe aplicarse el menos nocivo para el paciente. Esta regla general representa una guía clara para el proceder.

medico y para la toma de una decision justa a favor de la victima sin afectar profundamente la discrecionalidad tecnica del profesional

Para finalizar los detalles de responsabilidad por mala practica en esta especialidad el tema de la pérdida de la chance por error de diagnostico es comun en esta rama La importancia de la atencion oportuna y la consideracion del juzgador no sobre lo que ocurrió sino de lo que hubiera podido ocurrir de atenderse a tiempo al afectado

- **Pediatra** Estos especialistas mantienen los mismos grados de responsabilidad que deben tener todos los médicos especialistas sin embargo segun sea el caso determinado por el tipo de paciente el medico debe realizar diligencias de cuidados especiales y mas aun tratandose del cuidado de menores

Lo principal en esta especialidad es que el pediatra debe proceder con cautela siempre con el consentimiento de los padres del menor cuando se trate de practicas que involucren algun nivel de riesgo y la prevision de daños futuros en la criatura

Existen ciertas excepciones como es el caso de la muerte subita del bebe donde no hay responsabilidad medica por tratarse de un fenomeno cientificamente inexplicable es decir que no se puede determinar la causa real del deceso

Por otra parte el especialista en pediatria puede controlar al feto durante el embarazo si asi lo solicita la futura madre no obstante esto no

significa que el especialista debe garantizar el nacimiento de un bebé normal y su responsabilidad en este enfoque solo se engendra cuando a sabiendas que el feto no es normal obvia advertirle a la paciente sobre tal circunstancia. Mas que nada cuando dicha anomalía es susceptible de ser corregida a tiempo. Esta conducta es reprochable ya que denota la falta de interés e incumplimiento de su obligación lo que a todas luces merece un castigo.

- **Ginecólogo** En la ginecología aun no existe unanimidad en cuanto a si se trata de una obligación de medios o de resultado. Lo importante es estar claros en que la obligación general del especialista es personal, autónoma e indelegable salvo que se notifique previamente de lo contrario a la paciente.

Se presentan ciertos casos que no pueden ser admitidos por ejemplo como la madre primeriza que deja de ser atendida diligentemente y aborta la criatura ya que obviamente es un hecho que ocurre frecuentemente y no puede jamás calificarse como un hecho imprevisible o de fuerza mayor.

En esta especialidad como en todas las mencionadas se repite el deber de informar adecuada y oportunamente a la paciente sobre cualquier circunstancia anómala y los riesgos del tratamiento a seguir para erradicar o contrarrestar dicha circunstancia aun sin existir una exigencia legalmente regulada para que esto se cumpla. Además se esta en

presencia de culpa por falta de control adecuado en la paciente embarazada y la utilización de técnicas inadecuadas

También el especialista en ginecología enfrenta uno de los riesgos más frecuentes en su rama que es el de las infecciones por lo que el juez debe analizar con detenimiento cuando es el mismo profesional el causante de la infección por actos negligentes durante su labor. Al ser comunes las probabilidades de infección son necesarias por parte del galeno aquellas conductas preventivas y al ser omitidas tales conductas deben calificarse sus actos como culposos.

Y finalmente cabe reiterar la necesidad imperante de que los especialistas en ginecología en los casos de parto refuercen lo relacionado al control posoperatorio ya que aquí la regla es sumamente rigurosa porque de inmediato se presume la negligencia por parte del galeno que hasta puede provocar la muerte de la víctima.

- **Oftalmólogo** En este tipo de especialidad se complica la distinción entre los resultados como consecuencia de la mala práctica médica y los ordinarios e inevitables perjuicios del tratamiento o de la enfermedad sobre todo a raíz de la estructura delicada del órgano de la vista.

A este respecto algunas legislaciones han establecido que el oftalmólogo tiene el deber de optar por la terapia que implique menos riesgo al paciente a raíz del elevado nivel de riesgo en las cirugías de este tipo.

- **El médico residente** Al tratarse de médicos que están llevando a cabo una práctica profesional para capacitarse mediante el aprendizaje las legislaciones en general han determinado que el médico titular es el responsable de cualquier perjuicio causado al paciente al ser este último el responsable principal no puede desentenderse y faltar al deber de cuidado en la atención de su paciente
- **El director de la clínica** La función del mismo consiste en organizar los medios para que se preste el servicio de forma correcta por lo que sus obligaciones surgen de lo que demanda la medicina en la especialidad como patrones razonables en la organización

Por las razones manifestadas el Director de la clínica no necesariamente debe cumplir con un horario fijo ni siquiera debe estar obligado a asistir a diario al centro hospitalario Es suficiente que se cumpla con la diligencia adecuada para lograr una organización eficiente
- **Las enfermeras** En definitiva cada caso debe ser examinado según un modelo abstracto pero variable de acuerdo a lo que diga la ciencia médica la práctica común y lo deseable en la actividad No se trata de incidir en una simple presunción conjetura o sospecha sino intervenir coherentemente basado en la lógica la experiencia y la propia medicina

En el caso particular del personal de enfermería las legislaciones de nuestros países en América Latina en general establecen que al ser la

enfermera dependiente directa del hospital no resulta involucrado el galeno por actos autónomos de ella ya que a todas luces recaería la responsabilidad en parte a la empresa por los hechos cometidos por la enfermera. Nos referimos a que el médico se libra de responsabilidad cuando la enfermera que comete el acto negligente no es su empleada particular excepto si la misma se encuentra bajo supervisión directa del médico.

2.5 Consentimiento Informado

2.5.1 Antecedentes legales

El consentimiento informado tiene un origen múltiple.

- a Los juicios de Nuremberg durante los cuales se revelaron los experimentos inmorales que se llevaron a cabo en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial así como otros experimentos también inmorales realizados en otros países como Estados Unidos.
- b Los movimientos por los derechos civiles de África, Irlanda, Estados Unidos, etc. y el movimiento internacional por los derechos de la mujer.
- c Las leyes anteriores que podían extenderse para amparar los derechos de los pacientes.
- d La definición de la tradición filosófica occidental del yo individual y autónomo.

- e El auge y la expansión del cristianismo que exige la elección individual y el periodo histórico de la Ilustración durante el cual se ensalzan estos mismos conceptos del yo los derechos individuales la elección y la responsabilidad individual (Fundación Consentimiento informado y Diversidad de Culturas N° 15 2008 pag 12)

El Consentimiento Informado es un documento médico legal que debe ser anexado al historial clínico del paciente y que este consiste en un medio a través del cual el paciente brinda su asentimiento para que se le realice un tratamiento o procedimiento médico de modo que en el paciente al firmar este documento médico legal no exonera al médico de responsabilidad por la causa de daños mediando dolo culpa o formas de estas ya que nuestro país sigue un criterio subjetivo de atribución de la responsabilidad civil de tal suerte que no existe deber jurídico de responder si en la conducta del agente causante del daño no hay culpa es decir no responsabilidad sin culpa

En Panamá se está trazando poco a poco los lineamientos para contemplar mejores legislaciones sobre el consentimiento informado

2 5 1 1 Ley 52 de 12 de diciembre de 1995

Primer instrumento que reguló el consentimiento de los pacientes el cual regula los trasplantes de órganos En ella el consentimiento es medio esencial para la realización de trasplantes de órganos de forma que se requiere la

obtención del consentimiento del paciente o sus herederos para la realización del trasplante

2 5 1 2 Ley 68 de 20 de noviembre de 2003

Regula los derechos de los pacientes como lo son derecho a la información el expediente clínico consentimiento informado de los pacientes en los supuestos que se requiere el consentimiento del paciente para realizar un acto médico y en que supuestos no se requiere el consentimiento del paciente para actuar Sin embargo somos del criterio que esta normativa establece derechos mas no medios para hacer valer los derechos consignados

2 5 1 3 Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de Noviembre de 2012

Nueve años después se dicta el Decreto Ejecutivo No 1458 de Noviembre de 2012 que reglamenta la Ley 68 de 2003 en el cual se hacen inclusiones importantes como los conceptos de consentimiento informado acto médico entre otras así como debe contener el Consentimiento Informado de modo que este instrumento viene a llenar los vacíos contemplados en la ley 68 de 2003

2 5 1 3 1 Concepto

Existen diversos conceptos acerca del Consentimiento Informado dentro de la relación Médico Paciente

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el Consentimiento Informado como

El consentimiento que ha de prestar el enfermo o de resultarle imposible sus allegados antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento (Real Academia de la Lengua Española s f)

El Manual de Ética de la Asociación Médica Americana ha abordado el tema del Consentimiento Informado y se ha pronunciado de la siguiente manera

Consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente 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 consentimiento para ser sometido a esos procedimientos (Asociación Médica Americana s f)

El Comité de Ética de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos lo define como

Un proceso gradual y continuado en ocasiones plasmado en un documento mediante el cual un paciente capaz y adecuadamente informado por su médico acepta o no

someterse a determinados procedimientos diagnósticos o terapéuticos en función de sus propios valores (Comité de ética de la sociedad española de cuidados paliativos 2002)

Luego de realizadas las citas anteriores procederemos a esbozar un concepto acerca del Consentimiento Informado

El Consentimiento Informado consiste en un proceso fundamental dentro de la Relación Médico Paciente en la cual el médico deberá proporcionar al paciente la información de una manera comprensible y clara haciendo uso de una terminología adecuada para informarle al paciente sobre su estado o condición que enfermedad padece qué tipos de procedimientos y/o tratamientos clínicos pueden aplicarsele cuáles son los beneficios del tratamiento y si el tratamiento tiene efectos adversos

El médico deberá informar a su paciente sobre todos estos aspectos para que este pueda tomar una decisión informada y determine si presta o no su consentimiento para que se le apliquen estos procedimientos o tratamientos entendiéndose que todo ser humano debe ser capaz de dar o no su consentimiento ante cualquier intervención

2.5.2 Ámbitos de Responsabilidad Civil

Debemos delimitar en primer lugar el ámbito de responsabilidad civil del médico es decir se trata de una obligación que deriva de un contrato o si la misma deriva de la culpa o negligencia

2 5 2 1 Responsabilidad Civil Contractual

Deriva de un contrato de un vínculo previo que pasa a ser el punto central o en otras palabras el universo de la relación de manera que el incumplimiento de las obligaciones que son derivadas de un contrato genera el derecho de indemnización

Ante este supuesto nos encontramos frente a la existencia de un contrato del cual se generan derechos y obligaciones contratantes es decir para el médico y el paciente

La relación médico paciente generalmente será de naturaleza contractual y que se perfecciona desde el momento en que se acude al centro médico o institución médica a fin de recibir los servicios médicos

2 5 2 2 Responsabilidad civil extracontractual

Tiene como fundamento una obligación que surge del hecho de ocasionar un daño a alguien violando el deber de no causar daños a otros

Esta contenido en el artículo 1644 del Código Civil el cual nos dice lo siguiente sobre el tema

“Artículo 1644

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño

En este supuesto no existe un vínculo contractual del cual se generen obligaciones para las partes sino que producto de un acto que puede ser en sentido positivo es decir hacer una cosa o en sentido negativo dejar de hacer una cosa en donde interviene culpa es decir no existe la intención de obtener el resultado dañoso o se da la inobservancia del deber objetivo de cuidado quién causa ese daño debe responder por el daño que ha causado en virtud de su actuar

Existe entonces el deber general de no causar daño a otras personas de manera tal que quien causa daño a otro interviniendo dolo culpa o formas de estas tiene el deber de reparación de los daños y perjuicios que se causen en virtud de su actuar dañoso

2.5.3 Nueva postura

Independientemente que la relación médico paciente sea de naturaleza contractual o extracontractual el médico tiene el deber de informar al paciente de su condición o estado de salud médico la obligación de informar al paciente acerca de su condición o estado de salud así como las posibles alternativas para tratar su condición las consecuencias o riesgos que asume al someterse a un tratamiento o procedimiento médico obtener el consentimiento del paciente para

practicar el procedimiento y anexar el consentimiento informado al expediente clínico como una constancia de realización de actos médicos. En la medida que el médico realice las actuaciones necesarias podría entenderse que el médico actuó en forma diligente y no causó daños al paciente.

El paciente al brindar el consentimiento informado para la realización de un procedimiento o tratamiento soporta solo los riesgos o consecuencias consideradas como normales derivados del tratamiento, mas no aquellos riesgos derivados del actuar culposo del médico, sin importar si la relación sea de naturaleza contractual o extracontractual.

2.5.4 El Consentimiento

Resulta necesario distinguir entre Consentimiento Contractual y el Consentimiento informado como presupuesto fundamental de la relación Médico-Paciente.

2.5.4.1 Relación entre Información, Comunicación y consentimiento

Aun cuando existe una evidente diferencia entre los conceptos de información y comunicación, ambos conceptos están muy ligados.

Concepto de Información

La información está constituida por un grupo de datos ya supervisados y ordenados que sirven para construir un mensaje basado en un cierto fenómeno o ente. La información

permite resolver problemas y tomar decisiones ya que su aprovechamiento racional es la base del conocimiento (Concepto de Información definición significado y que es 2015)

Concepto de Comunicación

Es la actividad consciente de intercambiar información entre dos o más participantes con el fin de transmitir o recibir significados a través de un sistema compartido de signos y normas semánticas (Concepto de Información definición significado y que es 2015)

Lo cierto es que la relación existente está fundamentada en el derecho que tiene el paciente a recibir información acerca de su condición de salud proveniente de la comunicación con el médico o profesional de la salud que le permite al paciente poder tomar una decisión informada acerca de su condición

En este sentido una revisión de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia destaca la importancia la comunicación entre el médico y el paciente

La comunicación entre médico y paciente no solo es importante desde el punto de vista del respeto a la dignidad humana sino también desde la perspectiva terapéutica. El

paciente necesita además de querer curación creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional t2 IX 1994 pag 12)

En síntesis la relación Médico Paciente es el vínculo entre la información comunicación y consentimiento

2 5 4 2 Consentimiento Contractual vs Consentimiento informado

2 5 4 2 1 Consentimiento Contractual

Este se rige por el Código Civil entendiéndose este punto como la capacidad general para contratar es decir capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones El artículo 1113 del Código Civil el consentimiento contractual el cual nos dice lo siguiente

Artículo 1113

El Consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento El

contrato en tal caso se presume celebrado en el lugar que se hizo la oferta

Se entiende entonces que el consentimiento ocurre cuando existe el concurso o concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa que el caso del Contrato de Asistencia Médica es el servicio curativo que le proporciona el médico al paciente y la causa que consiste en el motivo por el cual el médico se obliga a prestar el servicio médico a cambio de la suma cierta de dinero en concepto de honorarios del médico mientras que el paciente recibe como beneficio el servicio de asistencia médica por parte del médico a cambio que el paciente pague una suma de dinero por los servicios profesionales del médico

Así mismo establece el Código Civil acerca de quienes no pueden prestar consentimiento para contratar en su artículo 1114 el cual establece

“Artículo 1114

No pueden prestar consentimiento

- 1 Los menores no emancipados
- 2 Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir

Así pues aquellos que no estén mencionados en el artículo anterior pueden prestar libremente consentimiento para contratar

2 5 4 2 2 Consentimiento Informado del Paciente en la Relación Médico Paciente

Esta regulado por la Ley 68 de 20 de Noviembre de 2003 y por el Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de Noviembre de 2012

El Consentimiento Informado consiste en el proceso fundamental dentro de la Relación Médico Paciente en la cual el médico deberá dar información suficiente al paciente de manera comprensible y clara utilizando una terminología adecuada para darle a conocer al paciente su estado o condición en la que se encuentra que enfermedad padece que tipos de procedimientos y/o tratamientos clínicos pueden aplicarsele cuales son los beneficios del tratamiento y si el tratamiento tiene efectos adversos para que el paciente pueda tomar una decisiones con relación a su estado de salud y si el mismo se somete a un tratamiento

En este sentido el Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de Noviembre de 2012 en su artículo 2 Numeral 7 establece un concepto acerca del Consentimiento Informado el cual nos dice lo siguiente

Artículo 2 Numeral 7

Documento en que se acredite en forma estricta la voluntad libre y consciente de un paciente o su(s) representante(s) cuando sea el caso manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada y que debe realizarse en los casos de intervenciones quirúrgicas

procedimientos que suponen para que tenga lugar una actuación que puede afectar su salud

El artículo señala que el Consentimiento Informado debe acreditarse en forma escrita (pudiendo darse de manera verbal si así lo exigiera el paciente y el médico deberá proporcionarlo de la misma manera consignarlo en el expediente clínico) además la voluntad debe ser libre y consciente por parte del paciente o sus representantes cuando sea el caso de que sea manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada. Debe realizarse en los casos de intervenciones quirúrgicas procedimientos diagnósticos invasores y en general cuando sean practicados procedimientos que puedan afectar la salud del paciente

La jurisprudencia española ha señalado que

El consentimiento del paciente no puede ser considerado un mero requisito formal de asentimiento sino un verdadero acto de voluntad en el que el paciente consciente de la trascendencia de su manifestación e informado debidamente del acto médico al que se va a someter (Fernández Rodríguez 2009 pág 19)

Sobre el Consentimiento Informado la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente mediante sentencia **T-452/10**

La facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud ha sido considerado un derecho de carácter fundamental por la jurisprudencia constitucional al ser una concreción del principio constitucional de pluralismo (artículos 1 y 7 de la Carta Política) y de los derechos fundamentales a la dignidad (artículo 1 ídem) al libre desarrollo de la (artículo 16 de la Constitución) –cláusula general de libertad del ordenamiento jurídico colombiano a la integridad personal (artículo 12 ídem) y a la salud (artículo 49 de la Constitución)

En efecto si uno de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana es la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características vivir como quiera que corresponde a su vez con el ámbito protegido por el derecho al libre desarrollo de la vida resulta lógico que en lo que toca con los tratamientos médicos el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido de acuerdo a sus propias convicciones. Específicamente ha determinado esta Corporación que del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud

De allí que la Corte haya insistido en que nadie puede disponer sobre otro ya que si los individuos son libres y agentes morales autónomos es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud

En otras palabras en el campo de la práctica médica toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cual opción seguir entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan De acuerdo con esto la Constitución reconoce que dentro de los límites que ella misma traza existen diferentes concepciones de bien y de mundo igualmente válidas desde las cuales toda persona puede construir legítimamente un proyecto de vida (Corte Constitucional de Colombia)

En otra sentencia la Corte Constitucional se pronuncia sobre el consentimiento informado y establece lo siguiente

Reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en virtud del principio de autonomía individual todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico hospitalario o quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico

Es de tal importancia la existencia de tal consentimiento que en el ordenamiento internacional se ha establecido como un derecho fundamental autónomo. En efecto, en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina del 4 de abril de 1997 se consagran

Artículo 5 Consentimiento Regla General Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento // Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención así como sobre sus riesgos y consecuencias // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento

La Jurisprudencia española ha señalado acerca del consentimiento informado lo siguiente

El TS1ª ha catalogado el CI como un derecho humano fundamental. Así en SS 12 ene y 11 mayo 2001 ha entendido que forma parte del <<derecho a la libertad personal a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo>> y que es <<consecuencia necesaria o

explicitación de los clásicos derechos a la vida a la integridad física y a la libertad de conciencia (Fernandez Rodriguez 2009 pag 6)

2 5 4 2 3 Acceso a la Información del paciente sobre su estado o condición

El Código de Ética Médica de Panamá en su artículo 15 señala acerca del acceso a la información lo siguiente

Artículo 15

En casos de vida o muerte el médico está en el deber de proveer información pertinente acerca del estado de salud de su paciente ya sea por escrito o por cualquier otro medio de manera de que la institución en la que presta sus servicios y los familiares del enfermo estén enterados de su condición

El paciente tiene derecho a estar informado de su condición o estado de salud ya sea de forma escrita o de forma verbal para que este pueda tomar una decisión acerca de su estado o condición de salud

En el artículo 5 de la Ley 68 de 2003 es uno de los artículos fundamentales de la ley toda vez que allí se encuentra el fundamento del acceso a la información sobre su condición

Artículo 5

En cualquier situación en el ámbito de los centros y servicios de salud públicos y privados los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud. No obstante es necesario respetar la voluntad explícita de una persona a no ser informada y a que no se transmita la información de su estado de salud o enfermedad a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho ni a terceras personas.

Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información sobre su estado de salud de manera tal que el paciente pueda tomar una decisión libre e informada sobre su estado de salud.

Se le debe comunicar que enfermedad tiene que provoca o ha provocado su padecimiento, características de la enfermedad, la emisión de la opinión médica sobre su condición de salud, que posibles medicamentos, procedimientos o tratamientos se ajustan a su condición y cuáles serían las consecuencias de cada una de las alternativas.

Señala el Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012 en su artículo 6 que los establecimientos de salud están obligados a brindar información al paciente sobre su estado de salud o enfermedad y la copia del expediente clínico si lo solicitara el paciente o su representante. Esto quiere decir que el

medico debe mantener una comunicacion con el paciente e informarle de cada una de las fases del tratamiento de salud que son el diagnostico pronóstico y alternativas terapéuticas

La Corte Suprema de la Nación Argentina se ha pronunciado sobre el derecho de informacion del paciente de la siguiente manera

El deber de información al paciente no esta expresamente mencionado entre los que establece la ley 17 132 aparece en cambio contemplado por la ley 21 154 sobre trasplante de organos cuyo articulo 11 impone a los facultativos informar en forma suficiente clara y adaptada al nivel cultural del paciente acerca de los riesgos de la operacion de abrasion o implante segun sea el caso de sus secuelas evolucion previsible (Wheingarten Lovence pag 95)

2 5 4 2 4 La Historia Clinica del Paciente y la Anexión del Consentimiento Informado del Paciente

La Ley 68 del 2003 señala que información debe contener el expediente clinico de la siguiente manera

Articulo 37

El expediente clinico recoge el conjunto de documentos relativos al proceso asistencia del cada enfermo

identificando a los médicos y demás profesionales asistenciales que han intervenido en el. En el expediente debe procurarse la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente. Esta integración debe hacerse como mínimo en el ámbito de cada centro donde debe existir un expediente clínico único para cada paciente.

La Jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado sobre la importancia del expediente clínico y la integración de documentación en el mismo lo siguiente:

Si la historia clínica elaborada por el médico accionado es sumamente deficiente al no reflejar la totalidad de las circunstancias que hubieran permitido reconstruir con exactitud el cuadro clínico del paciente, sea falencia si bien podría constituir una presunción en contra del citado profesional que aunado a ello puede llevar a la convicción de la negligencia del profesional (CNCiv Sala E Voto Dr DUPUIS ED 126 449)

La falta de documentación en el historial clínico del paciente como la omisión del consentimiento informado puede convertirse en una presunción de culpa del galeno.

2 5 4 2 5 El Consentimiento Informado no es un contrato

Al paciente firmar el consentimiento informado y asumir riesgos del procedimiento o tratamiento no exonera de responsabilidad al profesional médico por la causa de daños en los que intervienen culpa o forma de estas

2 5 4 3 Características del Consentimiento Informado

De la revisión de los artículos 16 y 17 de la Ley 68 de 2003 se desglosan los requisitos del consentimiento informado acto seguido procederemos a citar dichos artículos para realizar una interpretación de los mismos

Artículo 16

Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre tras haber sido previamente informada de acuerdo con lo establecido en el Capítulo II. Dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasores y en general cuando se realizan procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes notorios y previsibles susceptibles

de repercutir en la salud del paciente. El consentimiento puede ser revocado libremente en cualquier momento.

Artículo 17

El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos.

a Debe ser específico

El paciente debe brindar su consentimiento específico a cada intervención médica luego de habersele informado todo lo concerniente con los procedimientos o tratamiento que se le vaya a aplicar. La regla general consiste en que el médico no podrá hacer más de lo que el paciente consienta que se le practique, es decir, que el médico solo podrá hacer o realizar lo que el consentimiento de su paciente le permita hacer.

Según los artículos 16 y 17 de la Ley 68 de 2003 y el artículo 23 del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 2012, el consentimiento debe ser por escrito, debe detallar toda la información y ser específico para cada uno de los procedimientos o cirugías que se le vaya a practicar al paciente, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos al documento principal.

b Debe ser libre

Solo el paciente tiene la potestad de decidir sobre su condición y si se le aplica o no un determinado tratamiento o procedimiento esto quiere decir que no deben interferir elementos coactivos o coercitivos en la toma de decisión del paciente ya que nos encontraríamos en una situación de vicio de consentimiento

c Debe ser previo

Momento o tiempo de obtener el consentimiento del paciente debe entenderse que para que se le aplique un procedimiento o tratamiento al paciente este debe prestar de antemano su consentimiento

El médico debe obtener el consentimiento del paciente antes de aplicarle un tratamiento o procedimiento explicándole los riesgos o consecuencias del procedimiento y el paciente aun conociendo los riesgos consienta la aplicación

d Debe ser escrito

En procedimientos como intervenciones quirúrgicas procedimientos diagnósticos invasores y procedimientos que impliquen un riesgo o inconvenientes notorios en la salud del paciente debe constar por escrito el consentimiento informado

El artículo 21 del Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de noviembre de 2012 se desglosa que los centros médicos ya sean públicos o privados deben contar con formatos de consentimiento informado en donde el paciente debe llenar ese formulario para que se le apliquen procedimientos o tratamientos que implican un

determinado grado de riesgo su salud. Esto se debe a que a pesar de que las actividades médicas antes señaladas aun cuando busquen proteger, conservar o mejorar la salud del paciente implican un evidente riesgo para la salud del paciente.

La importancia que el consentimiento conste por escrito es el valor probatorio, es decir, sirve para dar fe de que el paciente o su representante conocen de los riesgos y posibles consecuencias que puede tener la aplicación del tratamiento o procedimiento y que este consiente a la aplicación del mismo aun conociendo los riesgos o posibles consecuencias.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia española ha hecho énfasis en que

La regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir en el tratamiento o intervención bastarán para considerar cumplido el requisito del consentimiento informado. Aunque estos actos deben ser concluyentes de que prestó su consentimiento con conocimiento de causa. (Fernández Rodríguez 2009, pág. 14)

e El consentimiento puede ser revocable

No puede obligarse a ninguna persona a someterse a un procedimiento o tratamiento el paciente libremente decide si se aplica o no un determinado procedimiento o tratamiento pero así mismo como el paciente libremente brinda su consentimiento así mismo puede retirarlo esto es así ya que la ley misma contempla que el paciente pueda revocar el consentimiento en cualquier momento

En ese sentido el artículo 25 del Decreto No 1458 de 2012 insta que la revocatoria del consentimiento es un derecho irrenunciable del paciente sin embargo no libera al paciente de las consecuencias de dicha decisión

La Jurisprudencia española ha destacado sobre el consentimiento que el mismo debe ser prestado libremente sin vicios que lo invaliden por cuanto el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz (Fernández Rodríguez 2009 pág 14)

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T 560A de 2007 señala lo siguiente

El citado acuerdo es libre e informado cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas sin ningún tipo de prejuicio o coacción que limite la suficiencia de la información

e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan constatar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre a manera de ejemplo con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada. (Sentencia T 560 2007)

2 5 4 4 El deber de informar

Dentro de la relación Médico Paciente la obligación de informar recae sobre el médico es decir que es el médico quien tiene la obligación de informar al paciente sobre su condición o estado de salud y de los posibles tratamientos o procedimientos que pueden aplicarse a su condición y cuales serían los posibles riesgos y ventajas de practicarle un determinado procedimiento o tratamiento

La Jurisprudencia española se ha referido a las características del Consentimiento Informado y nos ha señalado lo siguiente

La información tiene que ser completa y referirse tanto al diagnóstico como al pronóstico a las alternativas del tratamiento e incluso a los medios con los que cuenta el Centro hospitalario en el que se va a realizar la intervención (esto es si son adecuados para su realización y sus posibles complicaciones por ejemplo si se va a realizar una operación con empleo de anestesia si cuenta el Centro con una Unidad de Cuidados Intensivos (Fernandez Rodriguez 2009 pag 10)

Sobre el tema el Profesor de la Universidad de Panama Claudio Timpson Layne ha expuesto lo siguiente

El médico tiene el deber de mantener información del estado de salud de su paciente ya sea por escrito o por cualquier otro medio de manera tal que tanto la institución donde presta sus servicios así como los familiares del enfermo estén enterados. Deberá también a petición de otro colega y siempre con la conformidad del paciente suministrar los informes necesarios para completar el diagnóstico y/o continuidad del tratamiento. El médico en consecuencia tiene el deber de informar al paciente su diagnóstico pronóstico y posibilidades del tratamiento. La información debe ser clara leal verdadera y al alcance de la comprensión del paciente atendiendo a su condición personal su estado de salud y demás elementos particulares del caso mismo (Timspon Layne 1997 pag 11)

2 5 4 4 1 La ignorancia técnica del paciente

Cuando acudimos a los Centros Médicos en busca de asistencia médica ya sea de rutina o para la obtención de un resultado específico los pacientes no tienen conocimiento acerca de del ejercicio de la profesión médica. En este sentido la Ignorancia Técnica hace referencia al no manejo de información y técnicas por parte del paciente que son habituales o comunes de la profesión médica y que por cuyo desconocimiento el paciente no comprende la información

suministrada Este postulado ha sido contemplado por la Corte Constitucional de Colombia como un obstáculo para la libre elección del paciente

La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C 221 de 1994 la cual fue proferida por la sala en pleno pronunciándose de la siguiente manera

Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente y para lograr ese objetivo es preciso remover el mayor obstáculo y definitivo La ignorancia Sin compartir completamente la doctrina socrática de que el único mal que aqueja a los hombres es la ignorancia porque cuando conocemos la verdad conocemos el bien no podemos menos que seguirlo si es preciso admitir que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre y si la elección cualquiera que sea ella sea tiene connotación no hay alternativa distinta a respetarla siempre que satisfaga las condiciones que a través de esta sentencia varias veces se han indicado a saber que no resulte atentatoria de la órbita de libertad de los demás y que por ende si se juzga dañina solo afecte a quien libremente la toma (Sentencia C 221 Expediente D 429 Magistrado Ponente Dr Carlos Gavilía Díaz 1994 pag 20)

2 5 4 4 2 Condiciones culturales y religiosas

Resulta interesante abordar este tema dentro del desarrollo de la tesis de este trabajo puesto que existen distintas creencias religiosas y culturales que pueden estar ligada e influir en forma alguna en el estado de salud del paciente y el posible tratamiento que puede aplicarse a condición del paciente

2 5 4 4 2 1 Testigos de Jehová

Nos encontramos frente al supuesto en que el paciente es Testigo de Jehová y debido a la creencia religiosa el paciente no permite que se le aplique una transfusión de sangre

En este supuesto resulta complicada para el médico la actuación debido a las consecuencias legales que pueden derivarse como consecuencia de la atención al paciente

Es evidente que en estos pretendidos existe una discusión entre creencias religiosas frente a la vida (Bien que consideramos debe ser superior a la creencia religiosa por lo que a nuestro criterio el médico debe actuar para salvaguardar la vida)

2 5 5 Supuestos en que la información es imputable al médico

Entendemos por estos supuestos como aquellos en los que la falta de información le es imputable al médico. En este sentido el Artículo 5 de la Ley 68 de 2003 que regula el consentimiento informado

Artículo 5

En cualquier situación en el ámbito de los centros y servicios de salud públicos y privados, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud

No obstante es necesario respetar la voluntad explícita de una persona a no ser informada y a que no se transmita la información de su estado de salud o enfermedad a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho ni a terceras personas

(Lo subrayado y en negrilla es nuestro)

2 5 5 1 Supuesto en que el paciente accede a ser informado

El artículo 5 de la Ley 68 de 2003 dice que en todo supuesto o situación en el ámbito de los centros y servicios de salud ya sean centros médicos públicos o privados el paciente tiene derecho a conocer toda la información obtenida sobre su estado o condición de salud de manera tal que el médico encargado de brindar la asistencia curativa tiene la obligación de informarle al paciente todos los aspectos relacionados a su estado o condición de salud posibles tratamientos

En este mismo sentido el artículo 6 de la Ley 68 de 2003 establece que debe contener la información que debe suministrar el médico al paciente

Artículo 6

La información que debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales incluyendo el diagnóstico

pronóstico y alternativas terapéuticas será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y requerimientos del paciente para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma y teniendo en cuenta el nivel intelectual emocional y cultural del paciente

La Ley señala que la información que se le brinda al paciente debe ser verídica y debe darse de una manera comprensible y adecuada a las necesidades y requerimientos del paciente para ayudar a tomar decisiones de manera autónoma teniendo en cuenta el nivel intelectual emocional y cultural del paciente

El Decreto Ejecutivo No 1458 de 2012 que reglamenta la Ley 68 de 2003 define en su artículo 2 numeral 29 información verídica como Aquella que se da con relación a la situación de salud del paciente incluyendo diagnóstico procedimientos tratamientos pronóstico alternativas o la expresión de dudas razonables a luz de la evidencia científica Es decir que los datos que se suministran al paciente deben ser veraces reales y sobretodo producto del análisis de la evidencia científica estos deben ser transmitidos de manera comprensible La cantidad de información que se suministre y la forma en que se haga dependerán específicamente de las condiciones del paciente es decir cuando se trate de un diagnóstico fatal el médico se ve en la obligación de comunicárselo al paciente

En este supuesto la no información al paciente sobre su condición de salud enfermedad que padece posibles tratamientos o alternativas así como también los riesgos o ventajas de un determinado procedimiento o tratamiento médico le son imputables al médico

2 5 5 1 1 Incapacidad del Paciente

Esta contemplado en la Ley 68 de 2003 en su artículo 9 y 10 los cuales procederemos a citar

Artículo 9 En caso de incapacidad del paciente este debe ser informado en función de su grado de comprensión sin perjuicio de tener que informar también a quién tenga su representación personas a él vinculadas por razones familiares y de hecho que sumen la responsabilidad de las de las decisiones que hayan de adoptarse propuestas por el médico

Artículo 10 Si según el criterio debidamente justificado del médico responsable de la asistencia el paciente no es capaz para entender la información ni de hacerse cargo de su situación o si la información le es perjudicial debe informarse también a las personas a él vinculadas por razones familiares

o de hecho que se asuman la responsabilidad de dar conformidad a las decisiones que hayan de adoptarse

Se desprende de los artículos que hemos citado que el médico tiene la obligación de informarle al paciente aun cuando tenga una incapacidad y que el mismo lo hará en función de la capacidad de comprensión del paciente

En el supuesto en que el paciente no tenga la capacidad para comprender la información ni mucho menos hacerse cargo de su situación o puede que la información sea perjudicial debe informarse a las personas que estén vinculadas al paciente ya sea por razones familiares (parentesco) o por razones de hecho las cuales en este supuesto asumen la responsabilidad de dar consentimiento para la toma de decisiones que deban adoptarse

2 5 5 1 2 Pacientes con enfermedad Terminal

El artículo 22 de la Ley 68 de 2003 establece como supuesto aquellas personas que tienen una enfermedad terminal

Artículo 22 Toda persona que padezca una enfermedad irreversible incurable y se encuentre en fase terminal o haya sufrido un accidente que la coloque en igual condición y este informada de forma clara y confiable de su diagnóstico

pronóstico y de las alternativas de los tratamientos clínicos y/o quirúrgicos posibles podrá oponerse a la aplicación de estos cuando sean extraordinarios o desproporcionales a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimiento

La información será brindada por el profesional médico en términos claros y adecuados a su nivel de comprensión y estado psíquico de acuerdo con la personalidad del paciente a efecto de prestar su consentimiento lo haga debidamente informado. En todos los casos deberá dejarse constancia por escrito con la firma de ambas partes

Cuando se trate de incapaces o personas imposibilitadas para prestar su consentimiento se habilitará la vía judicial para que el juez competente en un término perentorio de 72 horas verifique o determine la representación legal del enfermo a este solo efecto siendo quien revista tal carácter quien podrá asumir la decisión de oponerse de acuerdo con lo previsto en el párrafo del presente artículo

El artículo establece el supuesto en que una persona padece una enfermedad terminal o que ha sufrido un accidente el médico tiene la obligación de informarle al paciente sobre el diagnóstico pronóstico y de las posibles

alternativas curativas ya sean tratamientos químicos o procedimientos quirúrgicos a fin de que el paciente pueda brindar su consentimiento lo hará en términos claros de una manera comprensible al paciente y acorde a la capacidad psíquica del paciente

2.5.6 Supuestos en que la no información no le es imputable al médico

La Ley 68 de 2003 establece algunos supuestos en su artículo 18 en los cuales no se requiere el consentimiento del paciente para poder actuar tal cual se expone a continuación

Artículo 18 Son situaciones de excepción a la exigencia general del Consentimiento que permiten realizar las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud de la persona afectada

1 Cuando hay un riesgo para la salud pública si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación aplicable

2 Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento no es posible conseguir la autorización de este o de personas a él vinculadas por razones familiares o de

hecho En estos supuestos se podrán llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada

3 Cuando no este capacitado para tomar decisiones en cuyo caso el derecho del paciente debera ser ejercitado por las personas a el vinculadas por razones familiares o de hecho

4 Cuando el paciente haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado en cuyo caso debera respetarse su voluntad sin perjuicio de obtenerse consentimiento previo para la intervencion dejando constancia documentada de esta renuncia a la informacion

No obstante el derecho a no saber podra restringirse cuando se establecieran las razones de interés de la salud del propio paciente por exigencias terapeuticas o de interes de terceros o de la colectividad

En cuanto al riesgo para la salud publica se presenta cuando existe peligro para la salud publica no se requiere del consentimiento informado para poder proceder o actuar toda vez que se requiere que el medico actue para salvaguarda un bien mayor que en este caso es la salud publica es decir la salud de la sociedad en general La vida del propio paciente se encuentra en peligro toda vez que pueden producirse daños a la salud del paciente que pueden ser graves e irreversibles por lo que el medico debe actuar para salvaguardar la salud del

paciente por lo que se requiere la intervención del médico sin consentimiento del paciente para su actuar. Además, el paciente no tiene capacidad y que por tanto el mismo no puede actuar por el mismo para tomar decisiones sino que se requiere que las personas vinculadas a él tomen decisiones vinculadas a su estado de salud o condición.

La jurisprudencia española ha señalado sobre este tema lo siguiente:

Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Se trata de aquellos supuestos en los que la no intervención suponga un grave riesgo para la salud pública donde se da primacía a los intereses colectivos frente a los individuales (enfermedades infectocontagiosas y pandemias) pudiendo adoptarse medidas preventivas (vacunaciones obligatorias prohibición de acceso a determinados lugares) o tratamientos obligatorios los cuales pueden conllevar el internamiento temporal en cuarentena o permanente. En todo caso una vez adoptadas las medidas pertinentes de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986 (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública) se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas (Fernandez Rodriguez 2009 pág 15)

2 5 6 1 El derecho del paciente a no ser informado

Artículo 5 En cualquier situación en el ámbito de los centros y servicios de salud públicos y privados los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud. No obstante es necesario respetar la voluntad explícita de una persona a no ser informada y a que no se transmita la información de su estado de salud o enfermedad a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, ni a terceras personas "

(Lo subrayado y en negrilla es nuestro)

Nos encontramos frente a la situación en la que el paciente no desea tener conocimiento o acceso a la información sobre su condición y que no se transmita información sobre su estado o condición a personas vinculadas al paciente

2 5 6 1 1 Requisitos del derecho a la no información por el paciente

El artículo 18 numeral 4 de la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 menciona los requisitos para el rechazo de la información por el paciente que son los siguientes

- a Debe manifestarse en forma expresa se debe dejar constancia sobre el rechazo de la información
- b Debe consistir en un acto libre de vicios en el caso de que el paciente no tenga capacidad legal deberá realizarse por quien sea su representante

En ocasiones el paciente rechaza la información pero le da la autorización al médico para que le aplique un tratamiento lo que queremos decir es que el rechazo de la información por el paciente no necesariamente implica que el paciente se opone al tratamiento o procedimiento

La ley es clara y nos dice lo siguiente Sin perjuicio de obtenerse el consentimiento previo para la intervención esto quiere decir que aun cuando el paciente rechace ser informado sobre su condición o estado de salud el mismo puede dar consentimiento para la aplicación de un tratamiento o procedimiento dejando constancia por escrito de que renunció a la información médica pero que consintió para la aplicación del tratamiento esta negativa del paciente de no ser informado debe ser respetada por el médico

De este punto surge la siguiente interrogante ¿Si el paciente renuncia a la información libera al médico de alguna responsabilidad dentro de la relación Médico Paciente? La respuesta es no debido a que el médico tiene un deber de aplicar sus conocimientos por lo que la renuncia a la información por parte del paciente no implica que el paciente no preste el consentimiento para que se le aplique un medicamento o tratamiento

Sobre este tema la jurisprudencia española ha señalado que

El derecho del paciente a no ser informado esta renuncia debe documentarse además de ser necesario la obtencion del consentimiento para la realizacion de la operacion medica (una cosa es no querer ser informado y otra muy distinta es prestar o no el consentimiento a la intervención médica (Fernandez Rodriguez 2009 pag 11)

2 5 6 1 2 Restricciones al derecho de no ser informado

Estas restricciones señaladas por la Ley 68 de 2003 en su articulo 12 son las siguientes exigencias terapeuticas interes de la salud del propio paciente e interes de terceros o la colectividad

La Corte Suprema de la Nacion Argentina se ha pronunciado y han declarado mediante el articulo 19 inciso 3 de la Ley 17 132 se le exige al médico respetar la voluntad de la paciente en cuanto a la negativa de tratarse

2 5 6 1 3 Derecho a la Confidencialidad

El articulo 5 de la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 dispone que el paciente es el titular de la informacion y decide si compartirla o no con sus familiares o terceros igualmente el articulo 13 establece que el paciente tiene

derecho a que nadie conozca sobre su estado de salud. Esto quiere decir que el médico no puede divulgar la información clínica de su paciente así como tampoco ninguna persona puede acceder a esa información si el paciente no lo autoriza siendo esta la regla general.

La excepción a la regla sería en los casos que la ley dispone que se incumpla con la privacidad del paciente como ya señalamos es el artículo 12 de la respectiva Ley.

2 5 6 1 4 Requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado dé lugar, para los facultativos y el Centro médico, a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente en la jurisprudencia

1. Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización.

2. Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella.

3 Que del riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención

4 Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio pues en tal caso sería apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación (responsabilidad penal por delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional médica) o en la organización del servicio y no por la falta de CI (Fernández Rodríguez 2009 pag 19)

2 5 6 1 5 El Consentimiento Informado brindado por el paciente no exonera de daños y perjuicios causados con culpa o forma de éstas

El Consentimiento Informado del paciente es un documento médico legal a través del cual el paciente brinda el aquiescencia para que se le realice un procedimiento o tratamiento médico en la cual en la cual el paciente tiene conocimiento de las posibles consecuencias de la aplicación de un tratamiento y al firmar el documento el paciente asume los posibles riesgos o consecuencias normales que son derivados del procedimiento o tratamiento que se le va aplicar

de modo que si el galeno realiza el procedimiento medico en forma diligente este quedara exonerado de responsabilidad. Aun cuando el medico ha informado acerca de las posibles consecuencias el mismo no puede dar una informacion que el mismo desconoce de tal suerte que el galeno no podrá dar información acerca de algo que no conoce tal cual señala los articulos 16 de la Ley 23 de 1981 10 11 y 13 del Decreto 3380 de 1981

Por el contrario si el medico no actua en forma diligente y este causa daños al paciente producto de su actuar culposo este no quedara exonerado de responsabilidad de modo que para el medico nace la obligacion de resarcir por los daños y perjuicios que este cause interviniendo dolo culpa o formas de estas de modo que aun cuando el paciente haya brindado su consentimiento para la aplicacion del tratamiento o procedimiento el paciente solo asume los riesgos o consecuencias propias del tratamiento mas no aquellas que sean causadas por el medico interviniendo dolo culpa o formas de estas como la impericia negligencia o la inobservancia de reglas

La jurisprudencia española ha señalado cuales son los requisitos necesarios para que opere el deber juridico de resarcimiento de daños y perjuicios. Los requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado de lugar para los facultativos y el Centro médico a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente conforme a

la jurisprudencia (vid por todas TSJ Navarra S 22/2001 de 27 oct) son los siguientes

- 1 Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado
El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización
- 2 Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella
- 3 Que del riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención
- 4 Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio pues en tal caso sería apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación (responsabilidad penal por delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional médica) o en la organización del servicio y no por la falta de CI (Fernandez Rodriguez 2009 pag 19)

2 5 6 1 5 1 La aceptación de riesgos terapéuticos no comprende los generados por la actuación culposa del médico

El médico tiene el deber de informar al paciente de los posibles riesgos o consecuencias que pueden derivar del tratamiento o procedimiento médico que se le aplica de modo que el paciente asume los riesgos que se le han informado esto no exonera al galeno del deber de responder por la causa de daños mediando culpa negligencia imprudencia impericia o la inobservancia de reglas

Con ello queremos afirmar que el paciente solo asume los riesgos normales derivados del procedimiento que se le han explicado para poder obtener el asentimiento del paciente pero no de aquellos que nacen del actuar culposo del galeno

2 5 6 1 5 2 El médico no debe exponer al paciente a riesgos injustificados

En este supuesto nos encontramos ante el médico que aplica un procedimiento o tratamiento o intervención quirúrgica que no es urgente es decir que el paciente no requiere en forma urgente de un tratamiento procedimiento o intervención y que este realiza el procedimiento a sabiendas de que no cuenta con los recursos equipos médicos necesarios y conocimientos y destrezas para realizar la intervención al paciente

2 5 6 1 5 3 Deber informar del riesgo de no someterse al tratamiento

El médico tiene el deber de informar al paciente acerca de los riesgos y posibles consecuencias normales de someterse al procedimiento tratamiento o intervención pero aun el médico tiene la obligación de informarle al paciente quien

es el titular de la información o a su representante cuales son las posibles consecuencias si el paciente no se aplica el tratamiento o procedimiento médico de modo que el paciente debe tener conocimientos acerca de que podría sucederle si este no se somete a la aplicación del tratamiento o procedimiento. En este sentido el Tribunal Supremo Español en sentencia del 23 de abril de 1992 tiene establecido que

La no advertencia al paciente de los riesgos de la intervención y sus alternativas hace que sea el cirujano quien asuma los riesgos por sí solo en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información apropiada (Tribunal Supremo Español)

2.6 Hacia una nueva concepción del daño Pérdida de la chance de curación por la omisión de información del paciente

2.6.1 El Daño

El daño es entendido como todo aquel perjuicio, menoscabo, detrimento o desmejoramiento de condiciones, el aniquilamiento o alteración de una situación favorable (De Cupis 1957 pág. 571) de tal manera que el daño implica un fenómeno de alteración negativa (Scognamiglio Apuntes sulla nozione di danno 1969 pag. 475) es decir que el daño resulta ser contrario al ordenamiento jurídico y que por ser causado u ocasionado se configura como la alteración de carácter negativo.

El daño se configura como una figura contraria a la ventaja beneficio o provecho equivale a decir que una ventaja o beneficio es golpeada por el daño y que como consecuencia de la acción ya sea en sentido positivo o negativo dicha situación de ventaja o beneficio resulta ser suprimida (Gamarra T XIX pag 231)

2 6 2 Evolución del Concepto de Daño (Daño Resarcible)

El concepto de daño a lo largo de la historia de la humanidad ha evolucionado paulatinamente con el pasar de los años de manera tal que existen elementos que anteriormente no eran considerados dentro del concepto del daño pero que hoy en día si son considerados y dentro de estos tenemos la Perdida de la Chance como supuesto de daño resarcible

2 6 2 1 Pérdida de la Chance

Existe el deber u obligación que tiene todo individuo de no causarles daño a otras personas pero que contrario a ello resulta que con mucha frecuencia se causa un daño a otro

La figura de la Perdida de La Chance se produce cuando se imposibilita a una persona o mejor dicho se sufre la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras (Zannoni pág 56) pero a la vez la oportunidad que ha perdido la víctima del daño debe ser razonable o fundada (Zavala de Gonzalez pag 301)es decir que debe existir certeza de que efectivamente producto del daño que se causa a la víctima del daño se le frustra la oportunidad

y que la pérdida de la oportunidad producto del daño engendra un perjuicio resarcible a título de chances (Viney Jordain pag 434)

Se podría entonces definir la pérdida de la Chance como la pérdida de una Oportunidad inverosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida (Zavala de González pag 301) o también como una posibilidad de obtención de un beneficio probable y futuro o sea que antes de la ocurrencia del daño a la víctima la misma tenía la esperanza de existencia de la probabilidad (Cazeaux pág 23) y que producto de la causa del daño a la víctima es frustrado

2 6 2 1 1 Pérdida de la Chance de Curación por la Omisión de la Información al Paciente

Al referirse a la Pérdida de la Chance de curación del paciente se hace referencia a que el paciente producto de la no información del médico al paciente acerca de su condición o estado de salud le impide le frustra al paciente la oportunidad de curación oportuna y adecuada a su condición o estado de salud es decir en este supuesto el paciente acude al médico ya con una afección o enfermedad y el médico actúa de manera negligente con el paciente privándole de la información de manera tal que priva al paciente de la posibilidad de curación (Pringalli pag 124)

En este supuesto no existe una relación o nexo causal directa entre la negligencia del médico para con su paciente y el daño causado muy por el contrario se encontraría frente a un razonamiento lógico entre el supuesto en que

el médico hubiera actuado diligentemente de manera tal que se hubiera impedido la pérdida de la oportunidad y así el daño causado (Pringalli pag 124)

Elo significa que la pérdida de la oportunidad de curación y el daño que se causa al paciente es contemplado desde el supuesto de actuación diligente del médico con el paciente es decir el supuesto en que el médico le comunica le informa al paciente de su condición de salud permitiéndole así al paciente poder tomar las medidas necesarias para evitar un daño o alguna consecuencia fatal

En este sentido

Las indemnizaciones por daños y perjuicios que se causan deben ser fijadas en relación a la pérdida o frustración y no en base al daño que se ha sufrido en la cual ha influido la condición patológica del paciente ya traía consigo (Les principes de la responsabilité civile pag 128)

2 6 2 1 1 1 Pérdida de la Chance

La palabra chance de origen galo significa en español ocasión u oportunidad

Es posible definir la chance como la oportunidad probable de obtener una ventaja o de evitar una pérdida o como la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor existe la esperanza Esto se da debido al principio de que la producción de un evento

dañoso conduce a que el damnificado sufre la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras

Este novedoso término chance fue tomado de la experiencia de Francia y puede ser textualmente interpretado como suerte o fortuna

El perjuicio fundado en la pérdida de una chance se comprueba cada vez que por efecto del hecho ilícito desaparecen de forma cierta y directa probabilidades de efectivizar un beneficio o impedir una pérdida. Se considera que la circunstancia de que el daño produzca la pérdida de una oportunidad o chance determina que definitivamente el resarcimiento se acuerde a quien ha sido frustrado en la lesión a un mero interés de hecho y no a quien goza de una situación jurídica ya constituida lo que repercutirá en la cuantía de la reparación

Por otra parte la chance de lograr una ventaja o evitar una pérdida debe ser seria y real. Y al ser seria es simplemente que no se base en la simple esperanza es decir que exista la probabilidad de que ocurra un suceso favorable basados en la seguridad

El criterio que prevalece sobre esta innovadora figura es que se concibe a la chance como un perjuicio distinto consistente en la probabilidad de ganar triunfar o aprobar y como tal plausible de un régimen especial de evaluación

- **Naturaleza jurídica de la chance**

La pérdida de una chance establece una hipótesis de daño patrimonial futuro y como tal resarcible a condición de que el perjudicado demuestre

aunque sea mediante presunción la existencia de un nexo causal entre el hecho y la probabilidad razonable de verificación futura del daño

Ciertos autores comparan la pérdida de la chance con la figura del lucro cesante. En ambos se pierden oportunidades. Lo que no es cierto es que en el lucro cesante se pierdan beneficios materiales y que en la chance el objeto de la pérdida radica en la oportunidad de obtener tales beneficios.

Por otra parte, otros autores afirman que no deben confundirse ambas figuras, ya que con el lucro cesante se pierden beneficios materiales, mientras que en la chance el objeto de la pérdida surge en la oportunidad de obtener dichos beneficios. Es decir, que en los dos casos hay un juicio de probabilidad, no obstante, en la chance las ventajas se reflejan desde una perspectiva mediata, ya que se analiza la ocasión de lograr dichas ventajas.

En el lucro cesante el sujeto se encontraba ya con toda previsibilidad, más adelante, en condición de acceder a las ventajas económicas de que se trata, mientras que en la hipótesis de la chance la víctima solo tiene un determinado contexto idóneo en cuyo desempeño es probable que habría llegado a la situación instrumentalmente idónea de consecución de los beneficios.

En cambio, otros autores consideran que la naturaleza del daño acaecido por la pérdida de una chance consiste en un daño emergente y no en un lucro cesante, ya que lo que se indemniza es la actual posibilidad frustrada de lograr el beneficio. Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia italiana ha establecido que la probabilidad efectiva y oportuna de alcanzar un cierto beneficio es un bien

patrimonial económica y jurídicamente evaluable y tal pérdida produce un daño existente y resarcible (Corte di Cassazione 1986 pag 207)

Por medio de la chance la probabilidad de lograr el resultado esperado se configura como entidad patrimonial jurídica y económicamente susceptible de autónoma valoración diversa respecto del resultado perseguido. La circunstancia de que la situación dañosa sea útil para producir solo un posible y no cierto resultado ventajoso incidirá sobre el quantum del resarcimiento que debe ser conmensurado a la probabilidad de obtener la ventaja esperada.

2.6.2.1.2 La pérdida de la chance en la responsabilidad profesional médica

En el tema que atañe al presente estudio la doctrina de la pérdida de una chance se ha convertido a través del tiempo sobre todo en los últimos años en una parte fundamental que cumple la función auxiliar a la que frecuentemente recurren los jueces para fundamentar jurídicamente los reclamos indemnizatorios por mala práctica médica.

Cuando al demandante se le imposibilita acreditar de forma cierta que la intervención médica fue el motivo de deceso o lesión del paciente puede el reclamante en búsqueda del progreso de su pretensión invocar lo preceptuado en la doctrina de la pérdida de una oportunidad interesando ahora un resarcimiento parcial a título de daño intermedio y no una indemnización total.

Vale la pena resaltar que las contribuciones más actuales en cuanto a la pérdida de la chance se origina en el *common law* el cual ha determinado que generalmente el paciente ya viene con un padecimiento o enfermedad y bajo todas las perspectivas el actuar negligente del galeno priva al paciente de las posibilidades de curación que tenía por lo que arguyen que las indemnizaciones que se otorguen para reparar el daño causado deben ser fijadas en relación a esa pérdida o frustración y no al daño efectivamente sufrido en el cual ha influido la situación anómala que el paciente ya traía consigo

La chance es cierta pero el resultado es incierto ya que nunca se sabrá realmente si el paciente hubiera sanado si el profesional hubiera actuado diligentemente

Por ejemplo en Italia en diversas ocasiones se han pronunciado sobre el diagnóstico errado aseverando que se trata de un supuesto de incumplimiento que junto a otros elementos aumenta la probabilidad de resultados negativos impidiéndole al paciente la chance de obtener un resultado ventajoso

Lo interesante de este instrumento jurídico es que tiende a repartir proporcionalmente el menoscabo entre la víctima y el agente. Se evitan injusticias a ambas partes asegurándose la certeza jurídica

La doctrina de la pérdida de la chance de curación representa la reacción más evidente contra un antiguo injusto ficticio y riguroso método de aprehensión causal coadyuvando por un sistema no autónomo de *res iudicata* (Princigalli 1985 pag 321) Esta figura se justifica ante la dificultad probatoria del nexo causal así como también en la injusticia que supone negar la reparación en los casos

donde a pesar de que no se tiene total certeza la negligencia médica no es ajena al resultado perjudicial

Es imperativo aclarar que la doctrina de la pérdida de la chance es una teoría de naturaleza probabilística y más allá de las críticas que se puedan esbozar contra la teoría en todo caso su utilización a los efectos de evitar la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales sobre el presupuesto causal y su prueba requiere un consenso mínimo inexistente en lo que atañe a su ámbito real de aplicación límites y expansión (Chaia & Prevot Pérdida de chance de curación 2007 pag 65)

2.6.2.1.2.1 Particularidades de la pérdida de una chance

Este instrumento jurídico tiene las siguientes connotaciones particulares

a La culpa médica Debe existir una conducta culposa por parte del facultativo ante la estrecha relación entre el comportamiento inerte y la pérdida de la chance En estos casos se discute la relación causal existente entre la negligencia por parte del profesional y el resultado dañoso

b Las predisposiciones del paciente La teoría se aplica únicamente a los supuestos donde la víctima haya estado anteriormente comprometida en un procedimiento que podía conducirla a la muerte incapacidad o lesiones

Es necesario que se reserve la aplicación de esta teoría de la pérdida de una chance de curación solamente cuando se presume que el paciente estaba claramente comprometido en un proceso invalidante en el caso de situaciones en las que el paciente nada más tenía disposiciones latentes de sufrir el daño debe dirigirse sin lugar a dudas a la indemnización parcial a toda la responsabilidad médica y en sí a todo el ámbito de responsabilidad civil

No es conveniente confundir el riesgo inherente de sufrir un daño con la situación en la que el paciente está comprometido en un proceso dinámico no se reduce más que a chances de escapar de ahí por lo que el médico debe reparar en su totalidad el daño resultante de su acción

c Perjuicio intermedio Se trata de un daño intermedio ya que existe incertidumbre causal entre el hecho generador y el perjuicio. Dicho daño consiste en la privación de una chance donde se encuentra presente un nexo causal entre el acto médico y el detrimento por la pérdida de posibilidades de impedir o aminorar las consecuencias negativas de dicho perjuicio por lo que se considera que el profesional debe ser condenado a resarcir el daño representado por la pérdida de chance de curación o supervivencia y no el daño final representado por la muerte. Se considera que es imposible afirmar que el facultativo fue declarado culpable en ausencia de nexo causal

Es honesto que al paciente o víctima se le exima de la carga de la prueba de causalidad sin embargo ciertos mecanismos tienden a flexibilizar la prueba

diabolica de forma eficaz y por supuesto tanto menos peligrosa que la doctrina de la perdida de una chance de curacion

d Liquidación del daño Cuando el daño es la perdida de una chance de supervivencia o curación el juzgador no está facultado para condenar al galeno a indemnizar el daño con el mismo monto si el paciente hubiese fallecido ya que la cantidad resarcida debe establecerse judicialmente de acuerdo al grado de probabilidad de convertirse en cierta

Lo anterior significa que hay que cuantificar hipoteticamente los beneficios que el paciente hubiera logrado de no mediar la culpa medica en un porcentaje menor al que correspondiere en caso de muerte lesion o incapacidad

En resumidas cuentas se procede a hacer una evaluacion equitativa apoyandose en calculos de probabilidades basado especialmente en los dictámenes periciales

La estimacion se debe llevar a cabo segun el tipo de perjuicio final Si ocurre la muerte del paciente la probabilidad debe cuantificarse con referencia a las probabilidades de sobrevivir y si el evento es la imposibilidad de cura con referencia a las probabilidades de cura y si es la recaída se tomarán en consideración de las perspectivas de una mejor calidad de vida de haber recibido un tratamiento apropiado

En fin, la liquidación del daño es un proceso que debe iniciar calculando el perjuicio final, incluyendo el daño moral y el daño patrimonial, y luego, en segundo lugar, determinando el valor de la probabilidad perdida

Es necesario que la víctima tenga chances es decir que haya tenido la esperanza de ver realizarse un hecho beneficioso la víctima no debe tener mas que chances es decir el paciente no debe ser reducido más que a la probabilidad de no morir y de no quedar enfermo y la negligencia del medico debe haber causado la desaparicion de las chances que tenia la víctima donde debe existir un nexo de causalidad entre la falta del medico y el perjuicio específico que recubren las chances que tenia el paciente por consiguiente el objeto de la prueba esta desplazado por ende es más simple establecerla

2 6 2 1 3 Criticas a la Pérdida de la Chance

Esta teoria ha generado diversas criticas en cuanto a la falta de nexo causal y a la incerteza del perjuicio causado

Para Lambert Faivre bajo la ambigüedad de la noción se pueden facilmente descubrir tres acepciones diferentes

La primera es la perdida de una chance de cura o de supervivencia como un daño sui generis intermedio específico y diferente al perjuicio real conocido en segundo lugar la perdida de una chance de cura o de supervivencia como mecanismo de comprobación hipotética del nexo causal (Chaia & Prevot citados en Faivre pág 78)

En la medida en que el hecho generador y el daño son datos conocidos es el elemento causal lo que por lo comun se mantiene dudoso a veces resulta

complejo relacionar las complicaciones sobrevenidas durante la evolución normal de la afección o en el acto terapéutico deficiente

En general se considera que el verdadero problema de la pérdida de una chance médica le incumbe completamente al nexo causal a diferencia de lo que se da con la idea tradicional de chance cuya materia específica le compete al perjuicio. Inclusive se podría aseverar que si se prueba la relación causal corresponde indemnizar íntegramente el perjuicio y si no lo está la demanda debe ser rechazada en su totalidad.

Para ciertos autores una de las críticas a esta teoría es que en esencia el perjuicio intermedio aparece subordinado al menoscabo final por lo que el suceso definitivo es el que constituye el daño reparable. Y es precisamente sobre este vacío que diversos autores y jueces utilizan la pérdida de una chance de curación como razón suficiente para que la solución que propone su implementación no es satisfactoria ni para los médicos ni para los pacientes.

En materia médico asistencial de acuerdo a algunos autores la teoría de la pérdida de una chance asume una postura ambigua con la posibilidad de utilizarse para condenar al médico a resarcir el perjuicio o para absolverlo ante la incertidumbre del nexo causal. En algunos casos se vislumbra como un arma de doble filo en el caso en que la culpa fue la causa del perjuicio final.

Según otros autores la mayor complicación de esta teoría radica en la dificultad de valorar económicamente la chance perdida que nunca se sabrá si habría sido realizada o no.

En el fondo escribe Ataz Lopez

La doctrina en estudio no es más que eufemismo y lo que en realidad se discute es otra cuestión por una parte si el enfermo debe probar siempre y en todo caso completamente y fuera de toda duda la relación de causalidad o si por el contrario esta puede en buena parte ser presumida por el juez. La cuestión se centra en si el licita la presunción de causalidad (Ataz Lopez pág 345)

En cierta manera se ha visto la utilización de la figura de forma abusiva y se considera prudente corregir un sistema jurídico denominado incoherente donde o se tiene por probado el nexo causal y se responde por el todo o ante su falta de certeza se debe exonerar al médico de responsabilidad

Es visto que en cierta forma la noción de esta figura en varias ocasiones se ha tergiversado de su significado real a fin de desplazar en pro de la víctima el objeto de la prueba de la causalidad. El verdadero problema gira entorno al procedimiento técnico para poner en marcha la teoría y no en la noción del instrumento ya que la finalidad que se pretende es la de flexibilizar la carga de la prueba del nexo de causalidad entre la falta y el daño en beneficio de la víctima

Consideraciones parciales sobre la Pérdida de la Chance

En conclusión la doctrina de la pérdida de una chance de supervivencia o curación ante casos de culpa médica donde a causa del padecimiento del paciente no se pueda colegir a primera vista qué incidencia causal tuvo el

proceder del profesional(a todas luces culposo) en la producción del evento dañoso representa una salida a través de la cual el juzgador sin necesidad de indagar causalmente el asunto elige indemnizar parcialmente los perjuicios imputados al médico a favor de la víctima ya sea por su acción u omisión culposa que no sabe con certeza que incidencia causal tuvo en el resultado final

Otra opción ante las dificultades que se presentan con respecto a la prueba es la de seguir la interpretación siempre a favor de la víctima que indemnizar a título de chance el menoscabo parcial o perjuicio intermedio en vez del detrimento total dado por la pérdida de las posibilidades de cura o mejoría

2.7 Naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos

Indudablemente el ejercicio de la medicina es una actividad compleja tal cual ocurre con diversas profesiones liberales ya que la prestación de los servicios médicos y la forma en que se ejecuta dicha prestación se da de forma variable por ende sobre este tópico existe una pugna doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica del Contrato de Asistencia Médica

En este sentido se han establecido diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del Contrato de Asistencia Médica las cuales serán analizadas con posterioridad

Por otra parte no es posible cuestionar que el profesional de la medicina durante el ejercicio de su profesión puede generar con sus pacientes quienes son los usuarios de sus servicios relaciones jurídicas de carácter obligatorio que surgen ya sea de un acuerdo de voluntades o contrato de atención por el servicio

medico prestado no obstante tal cual se ha venido manifestando existen ciertas excepciones a esta realidad por ejemplo en el caso en que el paciente carezca momentaneamente de su voluntad cuando ve su capacidad limitada o cuando se encuentra incapacitado casos en que los familiares o representantes del paciente toman las decisiones sobre la intervencion del medico en la salud del paciente y en otras ocasiones el medico se convierte en una especie de gestor de negocios ajenos

De esta figura de gestion de negocios ajenos se originan obligaciones que podrian considerarse un cuasicontrato por lo que el medico tiene derecho a ser remunerado durante su intervencion por ende igualmente tiene que responder por su actuacion desde el inicio hasta finalizar su gestion

De lo anterior se considera que ante la gestión de negocios ajenos del facultativo los tribunales de justicia deben circunscribirse a fijar la indemnizacion de acuerdo a las circunstancias que se presenten para cada caso en particular ya que a veces dicha gestión es absolutamente necesaria en los casos en que la intervencion del galeno sea de urgencia necesaria a pesar de la oposicion del paciente Y aqui surge la contradiccion legal de que existiendo la oposicion del paciente a la intervencion medica ya no se estaria en presencia de la figura de gestion no obstante ante la obligacion moral y ética del medico el cuasicontrato innominado seria el instrumento idoneo que podria utilizar para hacer valer sus derechos y hacer efectivos sus honorarios

Evidentemente el tema relacionado a la naturaleza juridica de la prestacion de servicios medicos es un tema que primeramente hay que puntualizar dentro

de la perspectiva de un acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente donde se asume la actividad del médico como profesional libre y donde posteriormente se incurre en la culpa como probabilidad existente durante el ejercicio de sus funciones enfocándola como presupuesto de la responsabilidad del galeno

Existen varios supuestos en cuanto a la naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos. Primeramente cuando el médico ejerce su profesión de forma independiente la naturaleza jurídica del contrato la determina la actividad o clase de asistencia facultativa que el médico realice en cada momento situación que se relaciona con las especialidades médicas según que la obligación que se derive de la misma sea de medios o de resultado si es de medios se trataría de un contrato de servicios y si es de resultado se estaría en presencia de un contrato de obra

En el segundo supuesto el médico ejerce la medicina como profesional liberal independiente pero lo hace de forma colectiva lo que se denomina medicina asociativa. En este supuesto la naturaleza jurídica del contrato se determinará por la actividad o tipo de asistencia facultativa que se lleve a cabo de la misma manera que en el ejercicio médico independiente. Por lo que se aplicaría lo mismo del supuesto anterior (si es de medios se trataría de un contrato de servicios y si es de resultado se estaría en presencia de un contrato de obra)

Sin embargo en el caso de que el médico sea propietario copropietario o socio de la institución médica donde se prestan los servicios la relación jurídica con la que está ligado al paciente se llama contrato de servicios hospitalarios

Un tercer supuesto es cuando el médico presta sus servicios como dependiente de una persona física o jurídica a través del pago de un sueldo. Y a pesar de tratarse de una profesión liberal, la autonomía del médico en su aspecto técnico no se pierde aun cuando trabaje como dependiente. En este caso en particular se establece que el Ministerio de trabajo se encargará de regular la materia de acuerdo a las características de la empresa especificando los honorarios que percibirá el médico por la prestación de sus servicios.

Un último supuesto es cuando el médico ejerce la medicina dentro de la administración pública ya sea como funcionario o como contratado. Y en este caso se trata de que en virtud de nombramiento legal desempeña sus servicios legales de forma permanente percibiendo sueldo fijo con cargo al presupuesto del Estado.

A todas luces no resulta simple definir la naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos. Sin embargo se procede a explicar cada uno de los aspectos que se consideran relevantes para entender más a profundidad los presupuestos de la responsabilidad civil del médico.

2.7.1 El contrato de Servicios Médicos

Primordialmente es necesario recalcar que la obligación esencial del paciente es una obligación de dar que se produce a través del pago de los honorarios, mientras que la obligación del profesional de la medicina es una obligación de hacer, es decir de hacer lo necesario para lograr la salud del

paciente por lo que se traduce en una obligación de medios o de diligencia y no de resultados

Si se valora el asunto de manera objetiva la obligación del médico realmente no se traduce en una obligación de dar salud al enfermo sino más bien en poner todo el esfuerzo que sea necesario para darle la salud al paciente es decir se trata de la buena voluntad y la dedicación del profesional

En cuanto al contrato de servicios médicos este se origina una vez se otorga un consentimiento mutuo entre el médico de prestar sus servicios y el paciente de recibirlos. En los casos en que no se da tal acuerdo de voluntades es porque según lo ya manifestado en párrafos que anteceden al paciente se le imposibilita a raíz de su condición declarar su voluntad de recibir la asistencia facultativa

Se puede entender por Contrato de Asistencia Médica como aquel contrato que es celebrado entre Médico y Paciente el cual tiene como objeto la prestación de un servicio de asistencia médica curativa quedando obligado el médico a prestar la asistencia médica mientras que el paciente queda obligado a pagar honorarios por el servicio brindado por el médico

Basicamente este contrato se define como un acuerdo de voluntades en el que un profesional de la medicina se obliga a brindar sus servicios médicos al cliente (paciente) y este a su vez se compromete a remunerar dichos servicios

Historicamente se ha discutido si existe o no relacion contractual entre el medico y el paciente. Los que sostenian que no habia relacion contractual lo hacian atendiendo las siguientes consideraciones

a) con la salud y la vida humana no se puede llegar a ninguna transacción base del contrato b) los servicios medicos por su jerarquia intelectual no eran considerados susceptibles de ser contratados c) la naturaleza y objeto del ministerio confiado a los medicos los reviste de la calidad de funcionarios publicos d) los deberes y derechos estan impuestos por normas legales que conforman el estatuto de la profesion medica y no pueden nacer de un contrato e) el medico goza de la independencia en la ejecucion de los contratos f) no es posible juzgar con reglas diversas una responsabilidad identica (Acosta Ramirez 1990 pág 78)

En la presente investigacion se considera que naturalmente pueden existir supuestos de ausencia de consentimiento por parte del paciente ante la intervencion médica sin que inicialmente esta situacion se pueda tildar de gestion de negocios ajenos sin mandato ya que la ausencia del consentimiento tambien se puede presentar cuando el paciente se niegue a otorgarlo y simplemente decida prescindir de los servicios medicos

La prestación de servicios medicos es un contrato innominado de igual manera no se considera un mandato propiamente dicho no obstante se sujeta a las normas del mandato

2 7 1 1 Características del contrato de servicios médicos

Entre las principales características de los contratos de servicios médicos se pueden anotar las siguientes

- a Es un contrato bilateral** La obligación del médico es la de prestar el servicio y la del paciente la de pagar por dicho servicio ello es así porque las partes contratantes se obligan recíprocamente en este caso el médico se obliga a prestar un servicio curativo mientras que el paciente se obliga a realizar un pago en concepto del servicio que se le brinda sin embargo cuando el médico decide no cobrar por el servicio prestado se considera un contrato unilateral

- b Es un contrato oneroso** En el contrato por la prestación de servicios médicos se da un beneficio económico a favor del galeno sin perjuicio de que el médico por razones diversas decida no cobrar por la prestación de dichos servicios tal cual se acota en el párrafo anterior Las partes se ven obligadas a soportar cargas o sacrificios es decir el paciente tiene que hacer un pago por el servicio o asistencia curativa que le brinda el médico mientras que el médico está obligado a prestar un servicio por el pago de los honorarios La excepción a esta regla se encuentra en el supuesto de la prestación de los servicios de salud en el cual el paciente no realiza el pago al médico por el servicio de

asistencia curativa que este le brinda sino que este realiza una contratación con un ente del Estado a la cual el realiza el pago para obtener servicios derivado de las prestaciones sociales

- c Es un contrato conmutativo** En este tipo de contratos existe reciprocidad en las prestaciones y las partes previamente pueden determinar el beneficio que se espera. Ambas partes reciben contraprestaciones ya que el médico recibe el pago de una suma cierta de dinero en concepto de honorarios por los servicios de asistencia médica brindados mientras que el paciente recibe una asistencia curativa por parte del médico
- d Es un contrato consensual** Esto se da ya que el contrato de prestación de servicios médicos se perfecciona con el consentimiento entre el médico y el paciente aun cuando el mismo se traduzca a la suscripción de ciertos documentos en el caso de formalidades y autorizaciones las cuales son derivadas de disposiciones sanitarias y no del carácter solemne del mismo. No se trata de un contrato solemne ni real
- e Es un contrato principal** Se dice que es principal ya que dicho contrato no tiene como propósito garantizar el cumplimiento de una obligación ni requiere de otro acuerdo para subsistir. El contrato de

Asistencia Médica no depende de la existencia de otro contrato previo para poder existir es decir el mismo existe por si mismo

- f Es un contrato intuitu personae** Es decir que se trata de un contrato de confianza que se celebra tomando en consideración al otro contratante en lo que relativo a la relación existente entre el enfermo y el medico en lo concerniente a sus condiciones personales y profesionales

- g Es un contrato atípico** Este contrato es atípico toda vez que el mismo no se encuentra regulado en la legislación nacional

- h Es un contrato de tracto sucesivo o ejecución instantánea** En algunos casos el servicio medico es de ejecución instantanea que se da en aquellos supuestos en que el contrato de asistencia medica se ejecuta de inmediato es decir cuando se esta ante el supuesto en que el paciente acude al medico a una consulta ya sea con una dolencia malestar o incomodidad que lo motiva a ir al medico o muy por el contrario para un examen de rutina el paciente acude al medico con la intencion de ser examinado y que el profesional le recete algo para su padecimiento Mientras que los contratos de asistencia medica de tracto sucesivo son prolongados en el tiempo es decir que la ejecucion del contrato se desarrolla de manera paulatina en la cual el medico

establece un procedimiento o tratamiento para atender una enfermedad en específico

2 7 1 2 Constitución del contrato de servicios médicos

Independientemente a la naturaleza jurídica del contrato de servicios profesionales están entre los principales requisitos para que se valide dicho contrato el consentimiento de ambos contratantes el objeto cierto materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca Igualmente hay que tomar en consideración la capacidad de las partes para contratar y la forma externa del contrato

En virtud de lo preceptuado en el Código Civil en su artículo 1112 los requisitos esenciales para la validez de los contratos tal cual se establece a continuación

“Artículo 1112 No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes

- 1 Consentimiento de los contratantes
- 2 Objeto cierto que sea materia del contrato
- 3 Causa de la obligación que se establezca

Es decir que el contrato de Asistencia Médica debe cumplir con estos requisitos que establece la Ley para la validez del contrato porque si no existe alguno de los elementos ello acarrea la nulidad del mismo

A continuación se procede a realizar un análisis de estos elementos a la luz del contrato de asistencia médica

- **El consentimiento** Resulta necesario en este tópico hacer la distinción entre consentimiento contractual y el consentimiento informado como presupuesto fundamental de la relación Médico Paciente
- **El objeto** En el acto médico es importante para la validación de la constitución del contrato de servicios médicos que se trate de un objeto cierto

El objeto del contrato de servicios médicos es a lo que las partes se han obligado lo que se materializa en la diligencia debida del médico y la obligación de pago del paciente o cliente

El acto médico inicia con el diagnóstico que son las actuaciones que buscan determinar la naturaleza y causas de la enfermedad fijando una conclusión clínica por lo que inicialmente se debe explorar al paciente mediante la intervención médica Para lograr el diagnóstico es necesario recopilar datos y averiguar todos los síntomas para interpretar coordinar y relacionarlos entre sí

Posterior al diagnóstico se procede la segunda fase del objeto del contrato que es el tratamiento El tratamiento es aquella actuación

medica cuya finalidad es la de curar al paciente proteger su salud o mitigar las consecuencias de una enfermedad

Básicamente el medico debe ser libre de ordenar lo que considere apropiado para el paciente inclusive tratamientos peligrosos cuando se justifique la necesidad Obviamente lo anterior con una base científica

El limite al principio de libertad terapéutica lo impone la necesidad o utilidad del tratamiento por lo que la responsabilidad del médico puede verse afectada cuando se da una desproporcion injustificada entre la intervencion y la enfermedad del paciente o cliente

El Codigo Civil patrio en cuanto al objeto del contrato en su articulo 1122 establece lo siguiente

Artículo 1122 Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estan fuera del comercio de los hombres aun las cosas futuras Sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la division de un caudal conforme al articulo 912 Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres

Se desprende del precitado artículo que puede ser objeto de contrato cualquiera clase de servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres

En el supuesto del Contrato de Asistencia médica se está ante un servicio que no es contrario a la Ley ni tampoco es contrario a las buenas costumbres y que el mismo tiene como objeto la prestación de un servicio curativo por parte del médico al paciente en la cual el paciente tiene que realizar un pago de una suma cierta de dinero a cambio del servicio brindado por el galeno

- **La causa** A través de este elemento se logra controlar y determinar en cierta medida la moralidad del contrato. La causa para cada uno de los contratantes es la prestación de un servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencia la liberalidad del bienhechor

El Código Civil establece en su artículo 1125 con relación a la causa de los contratos lo siguiente

Artículo 1125 En los contratos onerosos se entiende por causa para cada contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte en los remuneratorios el servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor

Al hacer la revisión de este requisito de validez del contrato se desprende que el contrato de asistencia médica ambas partes se ven beneficiadas por el contrato toda vez que el médico por la prestación de un servicios de asistencia curativa recibe una prestación económica en concepto de honorarios mientras que el paciente recibe como beneficio el servicio de asistencia médica curativa a cambio del pago de la suma cierta de dinero por el servicio que le brinda el galeno o profesional de la salud

Otros requisitos importantes del contrato de servicios médicos son

- **Los sujetos contratantes** Obviamente en este tipo de contratos los sujetos contratantes son el médico y el paciente. El médico es aquel profesional que ejerce la práctica de la medicina y las demás facultades autorizadas por la Ley sin embargo en el caso del ejercicio médico de forma colectiva el paciente por lo general celebra el contrato de servicios médicos con empresas por lo que la relación pasaría a ser terciaria es decir médico intermediario o sociedad médica paciente

En cuanto al paciente que más atinadamente se le debe llamar cliente por el hecho de que no siempre asiste por razones curativas sino preventivas. El paciente ante la diversidad de situaciones que se pueden presentar como por ejemplo cuando el paciente no es quien presta el consentimiento para su intervención sino terceras personas en su

beneficio ya sean sus familiares sus representantes legales o hasta el propio medico por tratarse de una situacion de urgencia necesaria

- **La forma del contrato** A todas luces en el contrato de servicios medicos la causa es dificil de determinar a raiz de la similitud que puede darse entre el objeto y la causa

El contrato de servicios medicos inicialmente no es un contrato solemne sino que participa del principio general de libertad de forma con excepcion de aquellos supuestos donde se exigen ciertos requisitos formales por las circunstancias requisitos necesarios para la validez del contrato como se da en el caso particular de los trasplantes de organos

2 7 1 3 El contrato de servicios médicos en la Legislación Panameña

El contrato de servicios profesionales es un contrato por virtud del cual una persona llamada profesional se obliga a prestar un servicio tecnico cientifico o artistico a favor de otra llamada cliente a cambio de una retribucion llamada honorario y este es el tipo de contrato que se utiliza durante la prestacion de servicios medicos en Panama Dentro de esta categoria de servicios profesionales se encuadran tambien los medicos y dentistas

La regla general es que la responsabilidad del médico es de naturaleza contractual es decir de corte contractualista Pero lo importante aquí es que independientemente a si es de naturaleza contractual o extracontractual si existe un daño hay que repararlo

En Panamá el contrato de servicios médicos se da mediante la figura del contrato de hospitalización que es similar a un contrato de hotelería donde el centro médico se obliga a prestar servicios de hospedaje que son los correspondientes a la alimentación transporte interno alojamiento temporal y otros servicios parecidos a los regulados por el derecho común en el caso de contratos de hotelería sin embargo las diferencias son sustanciales

Por otra parte en el contrato se establece la prestación de servicios para médicos que son lo que lleva a cabo el personal auxiliar donde proveen instrumentos medicamentos servicios de enfermería entre otros

La responsabilidad procedente de la faceta hospitalaria esta regulada por el contrato de hospedaje mientras que a lo referente a servicios para médicos se le aplica por extensión las normas que regulan la actividad médica

En la legislación panameña el contrato de servicios médicos usualmente se presenta en los hospitales y clínicas privadas donde se le brinda al paciente dos tipos de prestaciones la asistencia facultativa o servicios médicos y las prestaciones hoteleras o extra médicos por lo que inicialmente se puede determinar que el contrato de servicios médicos desaparece para confundirse con

un contrato de servicios hospitalarios a través del cual la clínica se obliga a otorgarle al paciente ambas categorías de prestaciones

2 7 1 4 Deberes y obligaciones de las partes

A raíz de la firma del contrato de servicios médicos surgen una serie de derechos y obligaciones para ambas partes (médico paciente)

En este sentido la principal obligación del médico es la de la prestación del acto médico con la diligencia debida obligación que involucra el deber de información al paciente y el deber de mantener el secreto profesional

Por su parte la principal obligación del paciente recae en remunerar al médico los honorarios en concepto de pago por los servicios prestados De igual forma el paciente debe cumplir con el tratamiento prescrito por su médico ya que de esto dependerá su efectividad

2 7 1 4 1 Obligaciones y deberes del médico

Las obligaciones y deberes del médico con sus pacientes se pueden clasificar en tres categorías principales

- a La obligación principal de la prestación de servicios médicos es la curación con la diligencia debida de acuerdo a los principios consagrados en la práctica médica. Esta obligación conlleva la necesidad de eficacia que se compone de los deberes profesionales de contar con los conocimientos médicos y los medios técnicos necesarios según la actividad de acuerdo a la especialidad que se desarrolla así como el tratamiento posterior del paciente.
- b El deber de informar al paciente ya que es indispensable que el médico cumpla con el deber de informar al paciente del resultado que se derive de la exploración, del diagnóstico y del tratamiento que se recomiende. Por otra parte es importante informar al paciente acerca de los riesgos del tratamiento que se aconseje.

Se dan dos factores en el tema de la información médica. La información terapéutica y la información como requisito del consentimiento para el tratamiento.

En general el médico debe informar acerca de las consecuencias y riesgos típicos que de forma razonable se pueden prever. También en algunas legislaciones se condena al médico no por su impericia o negligencia durante el ejercicio de sus funciones sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico.

- c La obligación del secreto profesional que se sustenta en la relación de confianza que se deben ambas partes. Al hablar de secreto profesional se refiere a las confidencias que por razón de la profesión el médico recibe de sus clientes. Dicho secreto se extiende a todas las manifestaciones que el enfermo haga a su médico así como a las que el médico conozca y se relacionen con la enfermedad.
- d El deber de formación de la historia clínica del paciente y de la expedición de certificados médicos.

A raíz de lo anterior en general resulta certero aseverar que el propósito de la obligación que asumen los médicos dependerá del tipo de prestación que caracterice las obligaciones médicas.

Las prestaciones que debe cumplir el médico en el ejercicio de su profesión tienen un definido carácter técnico. Su actividad está regulada por las reglas del arte de su profesión por lo que ciertas obligaciones inherentes a la especialización profesional se incorporan necesariamente al contrato (Ataz Lopez pag 345)

En fin las obligaciones y deberes del médico representan una prestación cuyo fin último es la curación del paciente a través de la actividad consistente en desplegar sus conocimientos y prácticas científicas como profesional de la medicina diligentemente.

Sin perjuicio de lo anterior el médico no se obliga a curar al enfermo sino a prestar los servicios necesarios procurando su curación observando el mayor cuidado y diligencia en el diagnóstico y tratamiento del padecimiento concreto

El servicio médico garantiza su prestación pero no garantiza el resultado de dicho servicio no obstante como es el caso que ocupa la presente investigación lo anterior no impide que se den causas que generen la responsabilidad contractual ya que lo reprochable durante la actividad del facultativo es precisamente la inobservancia durante la prestación de los servicios contratados

Resulta imperativo reiterar que el médico no está comprometido legal ni contractualmente a curar al paciente sino a hacer todo lo posible para tratar de hacerlo mediante técnicas científicamente viables y con la diligencia debida que le exige su profesión Y es precisamente la conducta científica la que tipifica la obligación del galeno porque es la falta de técnica y ciencia lo que configura la culpa médica

2 7 1 4 2 Obligaciones y deberes del paciente

Las obligaciones y deberes de los pacientes son las siguientes

El paciente tiene la obligación principal de remunerar los servicios prestados por el médico en concepto del pago de honorarios De igual forma

existe el deber de cooperar con el médico para mejorar sus funciones durante la exploración y el tratamiento de la enfermedad

Inicialmente la actividad profesional del médico se entiende que es retribuida a pesar de que puede darse a título benéfico. Dicha retribución se establece a través de honorarios que se fijaran libremente y acuerdo directo entre el médico y el paciente tomando en consideración una serie de factores

En lo relativo al deber de cooperación del paciente con el galeno es importante que se cumpla porque el éxito del tratamiento médico no se puede lograr sin la cooperación del paciente por lo que evidentemente si el paciente incumple con las indicaciones de su médico no podrá exigir ningún reclamo por daños y perjuicios

Por otro lado el paciente tiene cierta autonomía y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica tal cual se señala en párrafos que anteceden

2 7 1 5 Extinción del contrato de servicios médicos

El contrato de servicios médicos se extingue cuando deja de producir sus efectos como resultado de que las obligaciones que se establecen a través del mismo dejan de producir efectos por haber sido cumplidas y el contrato se ha finalizado con normalidad

Por otra parte también puede extinguirse la obligación entre las partes cuando se produce la muerte del médico. Esta causa se da a raíz de que se trata de un contrato *intuitu personae* tal cual se menciona en párrafos anteriores como característica de este tipo de contratos.

La extinción voluntaria también es una posibilidad por tratarse de un contrato personal basado en la confianza. Igualmente, el paciente puede dejar de asistir a su médico y simplemente haber hecho frente a los honorarios y por su parte de querer terminar la relación contractual, el médico debe avisar previamente al paciente para que el mismo no quede sin asistencia, ya que de lo contrario podría incurrir en responsabilidad.

2.8 Consideraciones entorno a la Culpa en la Responsabilidad Civil Médica

La Culpa es un elemento fundamental para determinar la responsabilidad por la causa de daños y perjuicios en nuestro medio ya que nuestro Código Civil patrio sigue una orientación subjetiva. Lo que se requiere es la culpa del agente para que pueda exigirse el resarcimiento por los daños y perjuicios. Es decir que no hay responsabilidad civil más allá de la culpa, de modo que sin culpa no existe el deber de resarcimiento.

El dolo, la culpa y las formas de esta son criterios de atribución de la responsabilidad de carácter subjetivo por lo que procederemos a realizar una

somera descripción acerca de conceptos factores de Atribución de la Responsabilidad Civil Dolo Culpa y forma de esta para tener una mayor comprensión acerca del tema

2.8.1 La Culpa

Muchas definiciones han surgido en cuanto al tema de la culpa sin embargo es importante señalar algunas que resumen la realidad de la misma

Para Marco Antonio Terragni la del que actúa con imprudencia negligencia impericia o inobservancia de los deberes que le incumbían correctamente (Terragni 2004 pag 17)

Para Alessandri la culpa es Un error de conducta supone descuido imprudencia negligencia falta de precaución o vigilancia inadvertida omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios sin que sea de rigor que hay una infracción reglamentaria (Alessandri pág 72)

La culpa se configura como un descuido como la omisión de ciertos actos por parte del agente causante del daño de modo que este no causa el daño en forma intencional si no que en base a su actuar descuidado o por su conducta omisiva causa un perjuicio ello quiere decir que existe culpa cuando se omite hacer algo que era necesario realizar cuando no se obra como debería hacerse

El artículo 34 c del Código Civil establece precisiones y señala ciertos elementos como por ejemplo la distinción de tres especies de culpa y descuido

dentro de las cuales tenemos la culpa grave la culpa lata que consiste en el no manejar los negocios con el cuidado debido que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear es sus propios negocios nuestro Código Civil equipara esta figura de la culpa con el dolo no obstante tener alcance y contenido distinto y el mismo artículo 34 en su parte final da una definición de dolo que lo difiere de la culpa

Así mismo la culpa leve descuido leve descuido ligero es descrita como la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propio es decir que este tipo de culpa o descuido consiste en la carencia de diligencia que normalmente un hombre emplearía en un negocio propio

La culpa o descuido sin clasificación es la culpa o descuido leve en esta existe la carencia de diligencia o cuidado ordinario El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado

2 8 2 La Culpa Contractual

JAVIER TAMAYO define la culpa contractual como la inexecucion de una obligacion preexistente o en no haber sido previsivo el deudor al momento de

obligarse (Tamayo Jaramillo Tratado de responsabilidad civil Tomo 1 2010 pags 405 407)

En este supuesto nos encontramos ante la existencia de un vínculo contractual es decir ante la presencia de un contrato y que los daños o perjuicios son causados en virtud del incumplimiento del mismo (Rodríguez Villarreal Tesis El daño resarcible en la legislación panameña pag 85) De esta manera la causa de daños por parte del agente nace en base al incumplimiento del contrato en forma culposa o no intencional generando así el deber de reparación de daños y perjuicios ocasionados con el actuar dañoso

TAMAYO señala que

Tratándose de la culpa contractual el incumplimiento de la obligación se presume culpable Cada vez que un deudor viola su obligación la ley supone que ha habido culpa de su parte y es por eso que el deudor que se exceptiona de la obligación sea quien deba probar que empleo la debida diligencia o cuidado y que no obstante eso no pudo cumplir las obligaciones (Obra citada por Tamayo Jaramillo)

El artículo 989 del Código Civil nos brinda un concepto acerca de la culpa o la negligencia el cual reza lo siguiente La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar

Cuando la Obligación no exprese la diligencia que ha presentarse para su cumplimiento se exigira la que corresponderia a un buen padre de familia

De la interpretación del artículo 989 se entiende que la culpa o negligencia del deudor es la falta en la diligencia del deudor es decir el agente causante de daño y que la diligencia que se requiere en virtud de la naturaleza de la obligación dependera el grado de diligencia que se requiera por parte del deudor y que correspondera a las circunstancias de las personas el tiempo y lugar

La Corte Suprema de Justicia mediante resolución de 31 de agosto de 2007 cuyo magistrado ponente fue Alberto Cigarruista Cortez citando JORGE BUSTAMANTE ALSINA señalo lo siguiente

La culpa contractual supone una obligación concreta preexistente formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino un deber genérico de no dañar De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y en cambio la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (Apelación interpuesta por The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 2007)

En ese sentido la culpa contractual supone la existencia de una obligación de naturaleza contractual es decir que las partes han negociado y celebrado un contrato y que producto de la violación del acuerdo pactado entre ellas surge el deber de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados

2 8 3 La Culpa Extracontractual

En este caso nos encontramos frente a la causa de daños y perjuicios mediando ausencia de un vínculo contractual sino que el actuar dañoso se da en base a una conducta culposa del agente

La Culpa Extracontractual está regulada en el artículo 1644 del Código Civil que hace referencia a el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas cada una de ellas será solidariamente responsables por los perjuicios causados

De la interpretación del presente artículo se desprende que aquella persona que actúa mediando culpa debe reparar los daños y perjuicios que ocasione en base a su actuar culposo

Además si la acción u omisión culposa es imputable a dos o más de ellas se establece la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios ocasionados mediando culpa o formas de esta

La Corte Suprema de Justicia mediante resolución de 31 de agosto de 2007 en la cual el Magistrado ponente fue Alberto Cigarruista ha señalado que la Culpa Extracontractual consiste en una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino un deber genérico de no dañar (Apelación interpuesta por The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 2007) de manera tal que la culpa extracontractual resulta de la violación del deber de no causar daños a otras personas y que la misma está recogida en el artículo 1644 del Código Civil

Así mismo señala la Corte Suprema de Justicia acerca de la culpa extracontractual la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (Apelación interpuesta por The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 2007) tal cual preceptúa el artículo 974 del Código Civil sobre la fuente de las obligaciones en nuestro derecho civil patrio que al referirse a esto dice que las obligaciones nacen de la Ley de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en los **que intervenga cualquier género de culpa o negligencia**

Es necesario que concurren elementos subjetivos como el dolo o culpa o formas del agente causante del daño de modo que no existe responsabilidad civil más allá de la culpa del agente de tal manera que si no existe elementos como el dolo o culpa del agente No existe responsabilidad civil y por tanto no existe el deber jurídico de responder

2 9 La Culpa Médica

2 9 1 Concepto de Culpa Médica

La jurisprudencia nacional ha señalado lo siguiente sobre el dolo y la culpa en materia de responsabilidad civil medica y nos dice que

La responsabilidad del medico se dan los aspectos caracteristicos de la responsabilidad que son el dolo o la culpa

a Dolo Se da con dolo cuando el facultativo valiendose de su profesión actua a sabiendas de que va a causar un daño al paciente

b Culpa Se da cuando el facultativo se da por su actitud negligente de impericia o de imprudencia (Proceso ordinario de mayor cuantia propuesto por Marcelino Rodriguez en condicion de tutor judicial de Berta Luz Tobar de Rodriguez en contra de Jorge Verbel Ruby Molina y Marbella Organization Mdical Facilities Inc)

Se desprende de la anterior definicion que en el dolo existe la intencion del agente causante del daño mientras que en la culpa no existe la intencion de causar daños En este supuesto el agente causante del daño produce un perjuicio y que la misma debe ser imputada a quien causa un daño ya sea de forma dolosa o culposa toda vez que nuestro ordenamiento juridico esta basado en el sistema

de la responsabilidad por culpa es decir que si no media ni culpa ni dolo no se genera el deber de resarcimiento de los daños y perjuicios

En el dolo existe la intencion de obtener un resultado dañoso en la salud del paciente lo que equivale a decir que existe el querer deliberado del médico de obtener resultados que produzcan un daño o perjuicio en la salud o cuerpo del paciente generando así la obligacion de resarcimiento

Mientras que en la culpa falta necesariamente la intencion de dañar pero hay una negligencia desidia impericia falta de precaucion o de diligencia descuido o imprudencia que produce perjuicio a otro o que frustra el incumplimiento de una obligacion y debe ser imputada a quien la causa

2 9 2 Formas de la Culpa Médica

Es necesario abordar lo referente a la culpa medica toda vez que nuestro ordenamiento juridico contempla factores de atribucion de la responsabilidad de caracter subjetivo

En el caso de la culpa medica se establecen distintas formas de culpa de modo que procedere a realizar un análisis de estas figuras

2 9 2 1 Imprudencia

Consiste en la realizacion de actos con ligereza sin precauciones es decir es la carencia de templanza o moderacion

Puede también implicar la realización de actos contrarios a los que el buen sentido o la prudencia aconsejan por así decirlo el actuar médico en este supuesto es alejado a los estándares normales o necesarios para realizar un procedimiento médico

La imprudencia se da cuando la conducta del médico (su actuar) es contrario a la que el buen sentido señala toda vez que el médico o su equipo emprenden actos inusitados contrarios a lo que la prudencia indica

En resolución de casación fechada 31 de julio de 2000 emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuyo ponente fue el Magistrado José Troyano aborda una situación en la que la prudencia médica indicaba que no debía seguirse aplicando un tratamiento

si para el caso in examine ha quedado demostrado que se trata de un paciente menor de edad (niño de apenas 5 años) que fue llevado al Hospital Partilla para ser sometido a cirugía electiva de adenoides quien **al recibir los gases anestésicos presentó reacciones y variaciones en los patrones de respiración, lo cual fue controlado rápidamente, pero que al mismo tiempo llevó a los galenos tratantes a la impresión diagnóstica presuntiva de que el paciente sufrió bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio** Esta reacción y la consiguiente impresión de los galenos ante las circunstancias de que primero se intentaba practicar una cirugía electiva y segundo se creía que el paciente había sufrido bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio era de suponer que había un caso fortuito que **aconsejaba la conveniencia de suspender todo intento de practicar la programada cirugía, algo delicado y grave para la salud e**

integridad del paciente se había hecho presente y por ende, lo prudente era suspender y no decidir en conjunto continuar

como de hecho confiesan los propios sanitarios que lo hicieron lo cual produjo daños y perjuicios materiales y morales para el paciente y sus padres

No importa el ámbito de la responsabilidad civil en que intente enmarcarse la conducta de los sanitarios tratantes del paciente lo fundamental es que el expediente recoge evidencias claras de que los médicos tratantes aplicaron gases anestésicos aun después que el paciente había sufrido bradicardia marcada y paro cardiaco-respiratorio lo cual configura un accionar imprudente generador de daños y perjuicios materiales y morales causados a la víctima y sus padres Hay vinculación entre el accionar de los sanitarios que aplicaron nuevamente gases anestésicos al paciente después de la bradicardia marcada y el paro cardiaco respiratorio que había sufrido los consiguientes daños y perjuicios materiales y morales causados

Somos del criterio que el actuar de los médicos fue imprudente toda vez que la prudencia médica indicaba que al aplicarle la anestesia del paciente el mismo tenía reacciones adversas por lo que los médicos debieron dejar de aplicar el procedimiento médico a fin de evitar la causación de daños al paciente (Casación en el proceso ordinario de mayor cuantía que Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek le siguen a Clínicas y Hospitales S A (Centro Médico Patilla S A) y Otros 2000)

2 9 2 2 Impericia

Consiste en la carencia total o parcial de conocimientos técnicos experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina es decir es la carencia de conocimientos necesarios para el ejercicio de la medicina

De esta manera en la impericia existe la carencia total de conocimientos al momento de realizar un acto o procedimiento médico con la cual el profesional de la salud realiza una conducta que no debió haber realizado y como consecuencia de ello causa daños y perjuicios en la salud del paciente

De esta manera la impericia hace clara alusión a una **falta de pericia del profesional sanitario** en su quehacer profesional Es decir **falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad** en la ejecución de su profesión que pueden perjudicar directamente al paciente

2 9 2 3 Negligencia

Consiste en el ejercicio de la profesión médica con la falta de cuidado descuido en la cual el médico puede abstenerse de realizar o actuar con la diligencia debida en la ejecución de un acto médico Puede ejemplificarse en la carencia de atención durante el ejercicio médico

En pocas palabras la negligencia médica es un acto u omisión por parte del galeno en la cual se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que causa alguna lesión al paciente por no tomar las medidas necesarias y suficientes al no actuar como este debió actuar es decir que el

medico actua en forma descuidada o con ligereza incluso con exceso de confianza

Podemos ejemplificar la negligencia como la carencia de atencion al paciente durante el ejercicio médico lo que ocasiona daños y perjuicios al paciente debido a la no atención del galeno ello quiere decir que aqui no se trata de los conocimientos tecnicos ni de la experiencia se discute es el exceso de confianza que lleva al galeno a un acto de omision

De esta manera el medico actua confianzudamente y al actuar de esa manera omite o deja de realizar actos a traves de los cuales causa daño al paciente

Ejemplos

- No sujetar al paciente a la mesa de operaciones o camilla
- Examen medico insuficiente en ingesta de sustancias toxicas

Falta de proteccion en la aplicacion de radioterapia

No controlar al paciente en el post operatorio

- No advertir efectos colaterales de un determinado tratamiento

No informar al paciente o familiares sobre su enfermedad o pronostico

2 9 2 4 Inobservancia

Es una forma de accion culposa que se configura cuando existiendo una exigencia u orden verbal o escrita dispuesta con fines de prevencion de un daño

y ordenado por un superior responsable el subalterno no le da cumplimiento generando un daño al paciente. Puede circunscribirse a la esfera administrativa si no ocasiona daño al paciente.

2.9.3 Prueba de la Culpa Médica

Corresponde en este punto de nuestra investigación realizar un análisis de la prueba de la culpa del profesional médico en el ejercicio de su profesión. En este caso determinar si existe culpa o formas de esta en el actuar del médico (negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia) y sobre todo de existir la conducta culposa por parte del agente causante del daño, quien soporta la carga de probar el daño, es decir, que si quien alega debe probar la conducta culposa causante del daño, o si se presume que el médico ha actuado mal y debe probar que no ha actuado de esa manera.

En este sentido es necesario señalar que existen dos regímenes probatorios que son el de la culpa probada y el de la culpa presunta que procederemos a desarrollar.

2.9.3.1 Régimen de la Culpa Probada

En el régimen de culpa probada el actor tiene la carga de probar la culpa del demandado, acompañado del perjuicio y la causalidad (Pautt Barcelo, 2015).

págs 45 47) de manera que el demandante es quien soporta la carga de probar la conducta culposa del agente el daño y el nexo causal

Es decir que quien reclama la indemnización es quien soporta la carga probatoria de demostrar la culpa del agente causante del daño el daño y el nexo de causalidad

En este sentido el artículo 1100 del Código Civil se refiere a la prueba de las obligaciones y nos señala lo que a quien le incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas de esta forma quien alega que se le ha ocasionado un daño debe demostrar que ha sido perjudicado Son ineficaces los pactos por los cuales se invierte o modifica la carga de la prueba

De este artículo se desprende que la parte demandante es quien le corresponde probar las obligaciones de modo que la parte actora debe soportar la carga de probar la culpa del agente causante del daño el daño y el nexo o relación causal no obstante en diversos casos en la jurisprudencia se ha realizado la inversión de la carga de la prueba dentro de los procesos de responsabilidad teniendo como fundamento la desventaja existente entre el paciente y el médico que si tiene conocimientos en medicina

La Corte Suprema de Justicia mediante resolución de 13 de mayo de 2015 cuyo magistrado ponente fue Víctor Benavides P ha señalado sobre el tema lo siguiente

En el artículo 1644 del Código Civil que exige que se acrediten los siguientes elementos la existencia de una

conducta culposa o negligente la presencia de un daño directo cierto y susceptible de ser cuantificado y la prueba del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del hecho (Demanda contencioso administrativa de indemnización interpuesta por Mariano de Jesús Castillo en representación de Cecilia Sanjurjo y de la menor Paola Patiño Castillo en contra de la Caja de Seguro Social (Estado Panameño) 2015)

De esta manera la jurisprudencia ha señalado que el sistema de la culpa probada requiere la existencia de una conducta en la que haya mediado culpa es decir si no existe culpa no existe el deber de resarcimiento toda vez que en nuestro ordenamiento no hay responsabilidad civil más allá de la culpa así mismo la presencia del daño o menoscabo y la prueba relación existente entre el resultado dañoso y la conducta del agente causante del daño lo cual debe ser comprobado por quien alega que se le ha ocasionado un daño o un perjuicio

2 9 3 2 Régimen de la Culpa Presunta

En el régimen de culpa presunta

La responsabilidad sigue fundándose en la culpa pero esta se presume contra el demandado El actor está exonerado de

probar la culpa pero si debe probar el perjuicio y nexo causal

Se invierte la carga de la prueba en favor del demandante

(Pautt Barcelo 2015 pág 68)

Es decir que en el supuesto de presunción de la culpa el sujeto que ha producido el daño le corresponde probar que actuó diligentemente operando la inversión de la carga probatoria de este modo la responsabilidad se fundamenta en la culpa del agente causante del daño pero la misma se presume en contra del médico (demandado) de modo que el actor no tiene que probar la culpa del agente causante del daño ya que esta se presume en contra del médico pero que el actor si debe probar el daño y el nexo causal

En este supuesto opera la inversión de la carga de la prueba que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1100 no obstante aun cuando el artículo señala la prohibición de la inversión de la carga de la prueba la jurisprudencia nacional ha aplicado un criterio distinto al contenido en el precitado artículo y permitiendo la inversión del onus probandi

2 10 4 Cuando opera la presunción de la culpa

2 10 4 1 Ambito Contractual

La presunción de la culpa en el ámbito contractual opera cuando se hayan pactado obligaciones de resultados y estas no sean cumplidas

Es decir aquel médico que ha pactado un resultado en específico en la salud o cuerpo del paciente de modo que si las obligaciones pactadas entre el médico y el paciente no son cumplidas quien soporta la carga de probar que actuó en forma diligentemente al realizar el procedimiento o tratamiento

2 10 4 2 Ambito Extracontractual

La presunción de la culpa en el ámbito extracontractual opera cuando el daño sea causado por hecho ajeno es decir que no existe un contrato sino que se deriva del deber general de no causar daño a nadie

2 10 4 2 1 Cuando opera la culpa probada

2 10 4 2 1 1 Ambito Contractual

La culpa probada opera en el ámbito contractual cuando se hayan pactado obligaciones de medios de tal forma que quien alega que se le ha causado un daño debe demostrar la culpa del agente causante del daño

En este sentido para el médico las obligaciones de medio no suponen la obtención de un resultado específico en la salud del paciente de modo que el paciente es quien soporta la carga de probar la culpa o formas de esta el daño el nexo causal y la Antijuricidad del acto médico

2 10 4 2 1 2 Ambito Extracontractual

En el ámbito extracontractual opera la culpa probada cuando se viola el deber general de no causar daño a nadie consagrado en nuestro Código Civil patrio en el artículo 1644 el cual nos dice lo siguiente

Artículo 1644

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados

De modo que cuando se causa daños violando el deber general de no causar daño a nadie consagrado en el artículo 1644 del Código Civil de tal manera que quien alega que se le ha causado un daño debe probar la culpa del agente causante del daño

Como hemos resaltado con anterioridad seguimos el criterio de la culpa probada y en este sentido jurisprudencia de la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia de Panamá mediante resolución de 13 de mayo de 2015 cuyo magistrado ponente fue Víctor Benavides ha señalado

La Sala Tercera debe indicar que en el ordenamiento jurídico patrio rige el llamado sistema de responsabilidad por culpa probada establecido en el artículo 1644 del Código Civil que exige que se acrediten los siguientes elementos la existencia

de una conducta culposa o negligente la presencia de un daño directo cierto y susceptible de ser cuantificado y la prueba del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del hecho (Demanda contencioso administrativa de indemnización interpuesta por Mariano de Jesús Castillo en representación de Cecilia Sanjur y de la menor Paola Patiño Castillo en contra de la Caja de Seguro Social (Estado Panameño) 2015)

En otro fallo la Corte Suprema de Justicia se pronuncia acerca de la culpa probada y nos señala lo siguiente

En atención a su naturaleza es decir por ser una obligación de medio y no de resultado la responsabilidad civil derivada de un acto médico defectuoso ya sea esta de orden contractual o de naturaleza extracontractual **supone una culpa probada** en cuanto a la actuación del médico Normalmente obra a favor del médico la presunción de que aunque el paciente no haya recuperado la salud y por lo tanto sufra un daño el médico ha actuado diligentemente en el esfuerzo realizado para combatir la enfermedad Se considera que es aleatorio que el paciente pueda aliviarse o curarse con el tratamiento brindado por el médico y también que el médico pueda garantizar que no se produzcan daños colaterales o

consecuenciales en razón del tratamiento empleado Incluso no pocas veces en este ramo de la actividad humana la desplegada por los medicos cuando aplican sus conocimientos- es posible que no se llegue a saber con toda certeza cual ha sido la causa del daño sufrido por el paciente dependiendo del grado del desarrollo alcanzado por la ciencia del tipo de tecnologia a disposicion en un momento dado o de las propias condiciones de salud del enfermo

No resulta sorprendente entonces que sea bastante frecuente que ni el medico ni el paciente ni sus representantes puedan aportar la prueba de la diligencia empleada o la prueba que hubo falta de responsabilidad en el servicio prestado (culpa) entablado un proceso para demandar civilmente con base en la prestacion defectuosa del servicio medico (Culpa probada Britania Rodaniche recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue a José Manuel Teran Sitton Gloria Pino de Terán en su propio nombre y en representacion de su menor hija Melissa Teran Pino 2000)

La Corte Suprema de Justicia utilizó una nueva concepcion a la culpa ya que se desprenden diversos terminos imprescindibles para valorar la responsabilidad civil medica que es la culpa virtual

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en este nuevo criterio de la culpa lo siguiente

Conscientes ciertos ordenamientos jurídicos los tribunales de justicia y los autores que con especialidad se han dedicado al estudio de esta materia de las dificultades que enfrenta el demandante para establecer y demostrar la culpabilidad o la actuación deficiente de los profesionales de la medicina ha sido elaborada la teoría de la denominada culpa virtual con la cual se persigue facilitarle a los demandantes la demostración de la conducta culposa de los médicos a fin de que respondan de los daños que su comportamiento negligente le haya ocasionado a la salud de sus pacientes Sin renunciar al principio que es el paciente quien tiene que demostrar la culpa del médico por vía excepcional la culpa se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios Es decir la forma como ocurrieron los hechos le permite inferir al Juez que solo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño (Corte Suprema de Justicia citando a Tamayo Jaramillo 1995 pag 637)

Así mismo sigue señalando la Corte Suprema que

La noción de culpa virtual no elimina el principio de la culpa probada a cargo del demandante y tampoco admite que se

pueda partir de meras presunciones para establecer la responsabilidad del médico. Siempre hará falta que el demandante demuestre o incorpore al proceso una serie de graves indicios (mismos que habrá que confrontar con lo que nos diga el resto de las pruebas allegadas a los autos) a partir de los cuales el juez no tenga más remedio que concluir por inferencia lógica que el daño es imputable a la culpa de quien se encargó de la prestación del servicio, quien a su vez durante el desarrollo del proceso ha tenido la oportunidad de probar que empleó una práctica correcta para evitar los daños ocasionados. La teoría de la culpa virtual bien podría ser resumida como sigue: Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa. (Fallo Britania Rodaniche recurre en casación dentro del proceso ordinario que le sigue a José Manuel Terán Sitón. Gloria Cecilia Pino de Terán.)

En otro fallo la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de la culpa virtual y señaló lo siguiente:

Es imputable a quien incurrió en culpa o negligencia en la prestación del servicio médico. Conclusión esta a la que llegó el Tribunal Superior al analizar las pruebas y los indicios, no

limitándose únicamente a la culpa presunta pues la demandante introdujo una serie de indicios que llevaron al Tribunal Ad quem a concluir lo que en la doctrina se denomina Culpa Virtual y que para esta Sala su constatación no exime a la demandante de la carga de probarla aunque sea a través de la incorporación de indicios (Pedro Ríos Mendoza recurre en casación en el proceso ordinario de mayor cuantía que le sigue María Victoria García)

A diferencia de países como Colombia se ha dado un cambio de régimen de la culpa probada a la culpa presunta en la jurisprudencia colombiana

Se ha querido trasladar el régimen de la responsabilidad médica al régimen de culpa presunta con el argumento de que esta actividad puede ser catalogada como una actividad peligrosa pero esto puede dar como consecuencia un impacto negativo en la profesión del ejercicio de los galenos—Como ya ha sucedido con la ginecobstetricia y la cirugía estética— puesto que se desplazaría de forma injustificada las aleas inherentes de los procedimientos médicos en palabras de la corte no puede desconocerse que no son pocas las circunstancias en que ciertos eventos escapan al control del médico y () pues a pesar de la prudencia y diligencia con las que actúe en su ejercicio

profesional no puede prevenir o evitar algunas consecuencias dañosas (Sala de casacion civil Magistrado ponente Pedro Munar Cadena 2010)

2 10 5 Culpa Probada

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado sobre la culpa probada lo siguiente

La corte en este caso ha señalado que el medico demandado asumio frente al padre del menor la obligacion de asistencia profesional de este en sus fases de diagnostico y tratamiento en procura de restablecer su salud por ende si al asumir ese compromiso se causa un perjuicio para que se declare la responsabilidad contractual el demandante debe probar el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de la obligacion bien sea por incurrir en error de diagnóstico o en su caso de tratamiento lo mismo que probar la adecuada relacion causal entre dicha culpa y el daño por el padecido si es que pretende tener éxito en la reclamacion de la indemnizacion correspondiente en otro aparte de la sentencia

la corporacion declara incumbe al demandante probar a plenitud los tres elementos clásicos hecho ilícito culpa y daño (Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica Tesis de grado 2003 pags 246 247)

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria (Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera s f)

2 10 6 La Crisis de la Culpa

Indudablemente la noción o definición de lo que constituye la culpa como elemento fundamental de la responsabilidad o como factor de atribución de la misma resulta una tarea difícil configurada por los diferentes matices y configuraciones que pueden motivar el surgimiento de la conducta que trata de definir en cada situación en que se invoque su existencia y que involucra nociones

como la imprudencia la impericia la falta de diligencia etc razón por la cual el concepto histórico y tradicional la configura como un elemento que recae sobre la conducta de la gente y que genera su responsabilidad

Resulta incuestionable que la noción original del concepto de culpa aludía a error de conducta que bajo ese presupuesto fue abordado por innumerables tratadistas de la materia que abordaron el estudio de la responsabilidad civil (Mazeaud & Tunc 1963) Siendo que la configuración de la culpa como elemento fundamental del daño resulta el elemento de más difícil precisión dadas las distintas conductas en que puede manifestarse lo que se traduce en que su análisis se concentre en muchas ocasiones en la parte externa de su manifestación frente a las exigencias que exige la Ley en el recto comportamiento humano y no concretamente en la descripción o explicación que trate de describirla y de la cual se han establecido sus diferentes modalidades situación que se mantiene en el Código Civil panameño que en su artículo 34C trata de definir los diferentes tipos de culpas sin que en el artículo 1644 se establezca el tipo o gradación de la culpa para efectos de cumplir con el requisito que genera como factor de atribución de responsabilidad

Atilio Alterini se refiere a esta misma problemática en el ámbito de la culpa como factor de atribución de responsabilidad señalando que la legislación solo se preocupa de establecer la noción de culpa en el ámbito subjetivo descartando aspectos circundantes referidos a lo que denomina culpa objetiva culpa social o

semejantes este tratadista indica que resulta difícil aplicar el concepto de culpa en la responsabilidad por daños dada la rigidez de los conceptos que establece la legislación en lo cual no puede haber criterios absolutos aun cuando matiza diferentes grados de imputabilidad en esta materia

Alterini expresa que

Por lo demás se concibe a la culpa en su versión estrictamente subjetiva como desarreglo psicológico o moral Paradigmáticamente Llambias predica como sustento necesario de la responsabilidad que el agente sea no solo el autor material del incumplimiento de la obligación sino la causa inteligente y libre de ese comportamiento agregando que hay una imputabilidad de primer grado que exige la concurrencia de discernimiento intencional y libertad en el obrar y otra de segundo grado que aparece en sus expresiones de dolo o de culpa cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable Ello descarta nociones como las de culpa objetiva culpa social o semejantes La discusión acerca del factor de atribución (subjetivo u objetivo) aplicable a la responsabilidad por daños causados por productos debe ser entendida dentro de esa rigidez de conceptos Aunque la estrictez teórica no significa naturalmente que el tema pueda ser regido por lo absoluto desde que la realidad es

esencialmente matizada y proterforme (Alterini & Lopez Cabana temas de responsabilidad civil 1995 pags 232 233)

Los criterios de atribucion de responsabilidad con fundamento en la culpa se contraponen a modernos factores de atribucion fundamentados en la existencia de otros elementos dejando de lado la preponderancia de los factores subjetivos de atribucion (v gr El dolo y la culpa del agente causante del daño) de forma tal que la evolucion social las nuevas tecnologias las nuevas formas de contratacion el auge de la actividad comercial el desarrollo incesante de los mercados de bienes y servicios la contratacion mediante medios electronicos la responsabilidad civil medica y otros factores fácilmente reconocibles en la sociedad moderna ha motivado una variación en los criterios de atribucion de responsabilidad ahora con fundamento objetivo que la doctrina denomina el hecho causal que basicamente sostiene el deber de reparar o resarcir el daño causado prescindiendo del caracter subjetivo sostenido en la culpa del agente como factor atributivo de responsabilidad

La doctrina no discute la clasificacion de los factores atributivos de responsabilidad en factores subjetivos y factores objetivos los primeros basados en la conducta de la gente en lo que la actuacion e intencion no se ajusta al recto comportamiento humano ya sea por la intencion u omisión en la realizacion o no del hecho generador del daño por lo cual la voluntad resulta el elemento fundamental de los factores atributivos de naturaleza subjetiva y es esa voluntad

la que puede generar la culpa o dolo causante de la infracción ya sea a través de las diferentes tipologías conductuales (intención culpa negligencia falta del deber de cuidado dolo etc) mientras que en los factores de atribución objetivos no se realiza un análisis del elemento conductual o la culpa de la gente ya que la Ley establece la responsabilidad tomando en cuenta fundamentos basados en la primacía de la sociedad y los derechos de los seres humanos que en ella conviven dentro de los cuales factores como el deber de conducta el abuso del derecho y el riesgo creado son reconocibles como factores atributivos de responsabilidad

No resulta apegado a un análisis exigente del elemento de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil soslayar de plano la importancia que tiene dicho elemento en el régimen civil vigente en la mayoría de los países tal como ocurre en el caso de Panamá (v gr Artículos 34C 1644 y 1652A del Código Civil Panameño) pero el precepto general del derecho que establece que quien cause daño a otro está en la obligación de repararlo puede ser aplicable y debidamente fundamentado en factores atributivos de carácter objetivo distinto de la culpa dentro de los cuales se identifican fundamentos atributivos como el riesgo creado para la sociedad la obligación de seguridad prometida los vicios de fabricación y el deber de información

Estos elementos que en alguna medida son ampliamente debatidos y analizados por la doctrina que aborda los temas de responsabilidad civil contractual y extracontractual son los que motivan para algunos tratadistas y estudiosos de la materia que debe superarse el fundamento objetivo de la responsabilidad basado en la culpa pero bajo ciertos supuestos que deben estar

claramente estipulados en la Ley de lo cual surge el criterio de la existencia en la regulación de las actividades sociales los contratos y el ejercicio del derecho de propiedad dentro del marco de la convivencia una crisis de la culpa como fundamento vital de la responsabilidad civil adecuando a través de nuevas disposiciones la aplicación de factores objetivos de atribución de responsabilidad

Ejemplo claro de estos criterios lo encontramos en el fundamento de la responsabilidad civil médica dentro de la cual poco a poco se ha ido superando el concepto de negligencia (v gr La culpa) para enfocar el surgimiento de responsabilidad en el riesgo profesional que en nuestro país en el ámbito de la protección de los consumidores se aborda con carácter objetivo en la deficiente prestación de los servicios y en la publicidad engañosa que como factores atributivos reconocen el deber de indemnizar del profesional de la medicina sin atención a la existencia de negligencia o culpa en la prestación del servicio criterio que en materia de la actividad per se de diagnóstico y tratamiento médico todavía no se ha reconocido en el marco del derecho civil que aun tratándose de una obligación de medio se sigue sosteniendo sobre la culpa o negligencia del profesional

Sarmiento García manifiesta que

El fundamento de la responsabilidad de los médicos se encuentra en la noción de riesgo profesional en virtud de la cual los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada como profesional deben ser indemnizados sin

consideración alguna a la intervención o no de la culpa de donde se concluye que en la tesis del riesgo profesional la responsabilidad radica en la calidad misma de la actividad que por su carácter especializado y altamente técnico representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial debiendo responder en razón de ese profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de la actividad calificada como profesional sin que pueda admitirse la noción de culpa ya que el profesionalismo de la actividad la excluye de plano (Sarmiento García 2002 pag 247)

En ese sentido los Tribunales Especializados en materia de protección de los consumidores han reconocido fundamentos elementos atributivos de responsabilidad civil en el marco de relaciones de consumo entre proveedores y consumidores basados en el interés superior de los consumidores la responsabilidad de los proveedores en materia de garantías y vicios redhibitorios e inclusive la normativa especial a extendido la responsabilidad extracontractual con carácter solidario hasta la figura del fabricante del producto (art 80 Ley No 45 de 2007) pero exigiendo el dolo culpa o negligencia solo del proveedor y no del fabricante a diferencia del artículo 1652A del Código Civil que exige la prueba de la culpa del fabricante como elemento de la responsabilidad situación que también ha sido reconocida en la deficiente prestación de servicios médicos por parte de profesionales de la medicina sin que se exija la prueba de la culpa del

agente que genera la responsabilidad (Adrián Navarro vs Clínica Hospital San Fernando Mgdo Ponente Luis Camargo 4 de junio de 2012)

Tomillo y Cayon de las Cuevas expresan que

La protección de los tribunales de justicia de los derechos de los pacientes es hoy día una realidad desde que se reconociera el carácter de derecho público subjetivo y perfecto del derecho constitucional a la protección de la salud destacando que en su función de garantizar el respeto a los derechos de los pacientes también ha aplicado la normativa en materia de consumidores y usuarios si bien limitando su aplicabilidad para el caso de los servicios sanitarios a los supuestos en los que el daño derive de aspectos funcionales del servicio En suma el paciente en cuanto consumidor tiene derecho a que exista una adecuada organización de los servicios médicos para que la prestación de los mismos se realice de forma adecuada (medios a disposición de los facultativos especialidades guardias etc (Tomillo Urbina & Cayon de las Cuevas 2010 pag 148)

La utilización del término crisis de la culpa no puede ser extensible a considerar que la noción de culpa ha sido superada como elemento de la responsabilidad civil sino que su tratamiento legislativo ha ido evolucionando bajo ciertos supuestos en ciertas áreas del derecho de carácter especial para darle

paso a otros factores atributivos de responsabilidad que ya han sido mencionados lo que ha llevado incluso a un sector de la doctrina a propugnar por darle primacía a esos otros factores que con carácter objetivo se basan solo en la conducta infractora y no en el elemento subjetivo que subyace en la conducta o voluntad del agente

Por ello concordamos con el Doctor Javier Tamayo Jaramillo cuando analiza la figura de la culpa indicando que la imprecisión de su tratamiento doctrinal debe basarse en el análisis de conducta y no del hecho o la culpa como históricamente ha sido desarrollado por la doctrina francesa. Este autor señala que normalmente la doctrina se contenta con afirmar que los elementos de la responsabilidad civil son el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo (Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, Tomo 1, 1999, pag 171)

Otros autores como los hermanos MAZEAUD exigen que haya una culpa, un daño y un nexo de causalidad. Por nuestra parte consideramos que es preciso plantear las cosas de manera diferente. Por ello creemos que es preferible hablar de conducta en lugar de hecho o de culpa. Es impreciso hablar de culpa, pues hay varias instituciones de responsabilidad objetiva donde solo basta la conducta dañosa del agente. Por tanto, si existe responsabilidad objetiva, es decir, aunque no haya culpa del demandado, es porque la culpa no es elemento esencial a toda responsabilidad. Lo que sí es esencial es el comportamiento activo u omisivo del agente, aun en la más objetiva de las responsabilidades.

La utilización del término crisis de la culpa en modo alguno puede plantear el desmerito o no reconocimiento de este elemento propio de la responsabilidad civil y su consagración doctrinal legislativa y jurisprudencial como presupuesto de atribución de carácter subjetivo de la responsabilidad si bien debe reconocerse el auge cada vez mayor de enfoques y regulaciones que cuestionan en diferentes ambitos esta responsabilidad de carácter subjetivo para ser mas énfasis en la llamada responsabilidad objetiva tomando en cuenta factores como el riesgo creado y el hecho generador de responsabilidad sobre todo por las dificultades que ofrece la prueba de la culpa en diferentes aspectos del ejercicio de actividades profesionales en las cuales el control de la conducta y los elementos y factores que inciden en el resultado que busca el que desarrolla la actividad son ajenos a los terceros que con ellos contratan o que pueden convertirse en victimas del hecho dañoso

2 10 7 Nuevos Criterios de atribución de la responsabilidad civil

Hemos señalado a lo largo del presente artículo que nuestro Código Civil patrio contempla factores subjetivos de atribución de la responsabilidad civil como lo son la culpa y el dolo pero en algunos ordenamientos jurídicos se ha implementado factores objetivos de atribución de la responsabilidad civil apartándose del criterio tradicional que no hay responsabilidad si no existe dolo culpa o forma de estas en la conducta del agente causante del daño de tal manera que en este criterio se prescinde del dolo culpa y forma de estas estableciéndose

que aquella persona que causa algún daño a otro tiene el deber de reparar sin importar si la conducta del agente causante del daño es dolosa o culposa

2 10 7 1 Teoría del Riesgo Creado

Esta teoría consiste en que aquella persona que introduce un riesgo debe responder de los daños y perjuicios que cause toda vez que el mismo toda vez que el agente causante del daño utiliza cosas que generan un riesgo para terceras personas

Resulta interesante toda vez que el agente que introduce el riesgo debe responder por los daños y perjuicios que ocasione a terceros por la introducción del riesgo y que no importa si existe el agente que introduce el riesgo actúa culposamente toda vez que ello resulta irrelevante

Quien introduce un riesgo debe responder aun cuando el mismo haya procedido en forma lícita

2 10 7 2 La Teoría del Riesgo Creado en la legislación argentina (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contempla este supuesto en su artículo 1757

Toda persona responde por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas

o peligrosas por su naturaleza por los medios empleados o por las circunstancias de su realización

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Es decir que aun cuando se cuente con una autorización del Estado se genera la obligación de resarcimiento (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina)

El citado artículo hace referencia a que toda persona debe responder por los daños o perjuicios que se causen ya sea por el riesgo o vicio de las cosas o de actividades riesgosas o peligrosas ya sea por su naturaleza o por los medios empleados o por circunstancias de su realización

Es decir que aquella persona que realiza una actividad que representa un riesgo para terceros y causa daños es objetivamente responsable y debe responder por los daños y perjuicios que cause por la realización de la actividad riesgosa o peligrosa quien introduce los riesgos debe reparar

Señala el artículo que no es una eximente de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad ni el cumplimiento de las técnicas preventivas (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina) ello significa que aunque la persona cuente con una autorización administrativa para utilizar una cosa o realizar una actividad ni que

cumpla con las técnicas de prevención para reducir los daños el agente introductor del riesgo resulta responsable de la causación de los daños y perjuicios

Así mismo el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contempla la introducción de un riesgo o la realización de actividades peligrosas de un grupo que está contemplado en el artículo 1762

Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestra que no integraba el grupo es decir que todos responden por el daño que se ocasione por la introducción de riesgos

De este artículo se desprende que si un grupo o colectividad realiza una actividad peligrosa para terceros sus integrantes responderán en forma solidaria en el caso de causar daños producto de la realización de la actividad peligrosa ya sea que el mismo sea causado por uno o por varios de sus miembros

2.11 La culpa médica

La culpa médica como presupuesto de la responsabilidad médica generalmente se configura por negligencia o por impericia. Cuando se habla de negligencia se trata de la falta de diligencia debida mientras que cuando se habla de impericia se trata de la falta de conocimientos técnicos y científicos o la

negligencia del médico que a pesar de estar debidamente capacitado actúa de forma descuidada

En el supuesto de negligencia el médico presta sus servicios con abandono y descuido a pesar de estar debidamente capacitado actuando en contra de las reglas médicas y de las normas deontológicas

Es necesario incursionar en el tema de la culpa ya que al profesional de la medicina le es exigible el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debe cumplir de acuerdo a su profesión sin embargo a pesar de que el médico no puede asegurar el logro del resultado esperado por el paciente en algunos casos la prestación de los servicios médicos sí asume el carácter de obligación de resultado. Y esto se da cuando dichos resultados son automáticos y directos es decir resultados donde no se expongan problemas relativos a las técnicas de interpretación por ejemplo cuando el resultado consista en el análisis de una técnica rutinaria o la elaboración de una prótesis

Bello Janeiro expresa que

Por ejemplo en el caso de España en materia de cirugía estética sobre todo si la operación es de pequeña entidad el tribunal Supremo español como singular excepción ha declarado que la obligación del médico es

de resultado por lo que si se causan daños se presume la culpa del cirujano (Bello Janeiro 2011 pag 104)

Comunmente el éxito de un tratamiento no dependerá en su totalidad del profesional de la medicina ya que se puede ver influenciado por diversos factores diversos a él Factores como el riesgo extremo ante una intervención quirúrgica u otras circunstancias complejas que se salen de control

Por otra parte para probar la culpa en los deberes de prudencia hay que tomar en cuenta que inicialmente los médicos asumen obligaciones de medios que en las obligaciones de medios la responsabilidad que nace de un incumplimiento es subjetiva porque debe quedar evidenciada la culpa del médico y por último lo relativo a probar la culpa en las obligaciones de medios es un aspecto relacionado con la teoría de la carga de la prueba

2.11.1 Naturaleza jurídica de la culpa médica

Según Lorenzetti en la apreciación de la culpa médica el juez debe valerse tanto de elementos abstractos como concretos Para este autor la conducta médica se debe evaluar conforme a un modelo de diligencia que permita determinar la previsibilidad exigible Este parámetro es el del buen profesional de

la especialidad o el del médico sumamente prudente (Lorenzetti R 1989 pag 516)

La naturaleza jurídica de la culpa médica en el derecho patrio radica en el compromiso que asume el médico de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de actuar de acuerdo a las reglas y los métodos propios de su profesión y debe analizarse teniendo presente que cuando esta en juego la vida de un ser humano la menor imprudencia el descuido o la mínima negligencia adquieren una dimensión especial que les confiere mayor gravedad por lo que la culpa del médico sin distinguir su gravedad genera responsabilidad

Es prudente acotar sobre el hecho de que todo tiene que ser un equilibrio por lo que no deben avalarse posturas extremas que sobreprotejan a los profesionales de la medicina cuando cometan errores pero tampoco exponer a dicho profesional a responder ante una mínima falta que no repercuta gravemente en la salud del paciente

Al abordar acerca de su naturaleza jurídica se puede decir que la culpa médica no tiene autonomía y que consiste en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar

El médico puede eximirse de responsabilidad si demuestra la falta de culpa y es lo justo ya que si se recrimina determinada conducta culposa debe ser precisamente la falta de este elemento lo que elimine el factor de atribución y

quien mejor que el mismo profesional para tratar de lograr el convencimiento del juez sobre la irreprochabilidad de su actuar

2.11.2 Presunciones de la culpa médica

La presunción de inocencia se remonta al derecho durante el Imperio Romano en el que se desarrolló el axioma *in dubio pro reo* que se basaba en la idea de que es mejor dejar un delito impune que condenar a un inocente. Durante la edad media a raíz de la inquisición por el contrario se presumía la culpa. Más adelante el concepto fue reivindicado en la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia en el año 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de la Revolución Francesa en el año 1789. Durante el siglo XIX cayó en una involución hasta que se rescató en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes en el año 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para enfrentar los desmanes de los gobiernos fascistas que utilizaba la justicia penal para perseguir a sus adversarios.

En Panamá el segundo párrafo del artículo 22 de la Constitución Nacional se consagra este principio de la siguiente manera:

Artículo 22

Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa.

Quien sea detenido tendrá derecho desde ese momento a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales

Se refleja pues que al referirse a la presunción de inocencia no se afirma que el imputado sea realmente inocente sino que no debe ser considerado culpable hasta que haya una decisión que lo condene

Naturalmente toda persona tiene derecho a la presunción de su inocencia por ende a su inculpabilidad ante esta realidad lo principal es evitar que se perjudiquen derechos y garantías de índole superior. Por otra parte como es de conocimiento general la presunción de inocencia es *iuris tantum* y puede ser destruida por la prueba efectuada por las partes ante el órgano judicial es decir que no tiene por que mantenerse impune un acto culpable ya que la inocencia se puede desvirtuar a través del instrumento probatorio que se traduce en la presunción judicial

Ante esta realidad vale la pena citar lo relacionado a las presunciones de culpa tratado en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Profesor Roberto Brebbia celebradas en Rosario en el año de 1986. Entre otras recomendaciones se aprobaron las siguientes

- 1) La existencia de presunciones contra el sindicado como responsable constituye un mecanismo tendiente a facilitar al

damnificado la obtención del resarcimiento 5) Las presunciones de culpa para ser tales deben admitir prueba en contrario 6) La presunción de culpa es desvirtuada ante todo mediante la demostración de que el agente obró con la diligencia o prudencia debidas (Responsabilidad Civil Libro homenaje al profesor Doctor Roberto H. Brebbia 1988 pag 126)

Ante el principio de presunción de inocencia en cierta manera se dificulta al paciente en materia probatoria demostrar la culpa la impericia o negligencia e imprudencia del médico ya que como es sabido la carga de las pruebas es dinámica ya que el demandante debe probar los supuestos de hecho de las pretensiones y el demandado debe probar los supuestos de hecho de las excepciones que propone como medio de defensa

Vasquez Ferreira manifiesta que

El dinamismo de la carga de la prueba surge como una alternativa para que el demandante no se desgaste en el esfuerzo de probar hechos o situaciones que algunas veces son difíciles de demostrar y que puede probar con mayor facilidad el demandado (Vasquez Ferreira 1995 pág 103)

Un aspecto importante según lo investigado en el presente estudio sobre diversas legislaciones es que inicialmente se presume la culpa del profesional

cuando no cumple con la obligación de requerir el consentimiento del paciente ya que este debe conocer plenamente acerca de los riesgos y beneficios de la práctica propuesta porque es el quien debe decidir si vale la pena asumir los riesgos no obstante si el demandado cuenta con medios de defensa lo suficientemente idoneos para contrariar lo alegado por el demandante podría ser eximido de toda responsabilidad por la autoridad jurisdiccional competente a razon del principio de la carga dinamica de la prueba que se señala en lineas que anteceden y como beneficiario del principio de presuncion de inocencia

Tomando en consideracion que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aseverado de forma casi unánime que la responsabilidad civil de los medicos se fundamenta generalmente en una culpa es absolutamente necesario que exista esa oportunidad del galeno de presumir su inocencia Y tambien ante la poca probabilidad de que el paciente pueda rendir una prueba directa y completa de la mala practica medica se deben tomar las medidas para que no se vea frustrada la finalidad reparadora de la responsabilidad civil cuando se trate de actividades tecnicas y profesionales

Por ejemplo en el caso de Argentina se mantiene que en casi todos los juicios por mala praxis medica en mayor o menor grado se recurra a la prueba de presunciones para lo cual el juzgador debe prestar atencion a los indicios acreditados en forma debida inclusive a la conducta de las partes durante el juicio

2 11 3 La culpa como presupuesto de la responsabilidad civil médica

Los presupuestos de la responsabilidad civil medica son los mismos de todo sistema de responsabilidad subjetivo dentro de los cuales se encuentra la culpa la capacidad del victimario el dolo y el daño Y es precisamente cuando aparece alguno de estos elementos que el juez puede condenar al médico demandado de lo contrario si alguno de estos elementos no concurre no puede regular ni conceder resarcimiento a la supuesta victima ya que hasta allí no llega su imperio

El incumplimiento culposo de aquellas obligaciones sustentadas en el principio de buena fe producen responsabilidad

La relacion entre el medico y su paciente en cierto sentido se puede considerar como una relacion de consumo donde se deben respetar ciertos derechos que el profesional garantice a su cliente como el derecho a la informacion a la seguridad a la libre eleccion al trato digno y equitativo entre otros La omisión del deber del profesional produce responsabilidad sin embargo es esencial adecuar el nexo causal entre el daño sufrido y el incumplimiento es decir para que el médico sea castigado debe existir una relación causa efecto que debe ser directa próxima y principal del resultado Se trata de que el medico no quiere la consecuencia dañosa pero si actua de manera imprudente o con negligencia

La culpa medica comprende diversos casos especificos entre los que se encuentran los siguientes

a La impericia médica Es la falta de destreza y habilidad en la ciencia de la medicina para realizar una operacion un tratamiento o una actividad determinante hacia la obtención de un resultado dañoso previsto o previsible Como parte de sus obligaciones el profesional de la medicina debe estar actualizado en el arte de curar por lo que para el paciente quien desde el inicio supone la idoneidad del medico es reprochable el daño generado por cualquier error ocurrido al llevar a cabo su función La impericia del galeno puede darse de diferentes maneras tales como La impericia en terapeutica peligrosa que sucede cuando el medico a pesar de no contar con una destreza especial para realizar determinado tratamiento asume el compromiso la impericia durante cirugias que ocurre cuando el medico omite realizar cuestiones importantes previas a una intervencion quirurgica y la impericia de error por falta de conocimiento que se da cuando por ejemplo el medico hace un diagnostico equivocado o un error en el tratamiento lo que involucra ademas cierto grado de negligencia

b La imprudencia médica Se traduce en el descuido del galeno es decir que a pesar de que el medico cuenta con los conocimientos necesarios para la practica descuida los deberes propios de la

actividad causando un perjuicio o daño al paciente. En este caso el profesional de la medicina expone la salud de su paciente por la omisión de sus deberes durante la asistencia. Este tipo de situaciones se presenta cuando por ejemplo el médico deja elementos extraños en el cuerpo del paciente durante una intervención quirúrgica o cuando no esteriliza de forma adecuada los elementos que utilizará para determinada actividad por lo que se produce la muerte del paciente. Se puede decir que en cierta manera la imprudencia y la negligencia son muy similares y ambas son causales que propician la responsabilidad médica.

- c La negligencia médica** En la mayoría de los casos que en la práctica se dan la negligencia consiste en una omisión durante la actividad médica. Esto quiere decir que el profesional de la medicina debe cumplir con realizar todo lo pertinente y oportuno para garantizar la buena salud del paciente y mantenerse desde el inicio hasta el final con el mismo ya que su abandono sin ninguna razón representa un acto grave de negligencia. De igual manera debe darse a la tarea de averiguar y probar todo lo relacionado con la condición del paciente para así no realizar ninguna conducta que por descuido represente responsabilidad en un futuro.

d La inobservancia de reglamentos y deberes Este punto representa aspectos como la violación al secreto profesional no informar al paciente acerca de situaciones debiendo hacerlo llevar a cabo intervenciones sin la autorización del paciente entre otros. Son los compromisos que tiene el profesional de la medicina desde que se juramenta como profesional en esta ciencia y se presume su conciencia ante los deberes y obligaciones que le atañen para con su cliente que en este caso lo es la figura del paciente. Lo importante de todo esto es que para calificar una acción como culpable es imprescindible que se registre un resultado dañoso.

2.11.4 Juzgamiento concreto de la culpa

En este punto se considera relevante especificar al hablar de culpa médica la importancia del que debe probarse realmente ya que para algunas personas el médico solamente debe responder sobre aquellos errores y faltas graves y manifiestos lo que resultaría un privilegio o hasta en cierta medida un tipo de inmunidad para el profesional. Sin embargo el médico tiene la misma obligación de responder ante la culpa leve y esto ante el carácter contractual de la obligación médica ya que la interpretación de lo que se entiende por buen médico debe demostrar el nivel de diligencia que se les exige a ellos y no por el

motivo unico de ejercer dicha profesion exigirseles una diligencia diversa a la establecida legalmente

Con lo anterior se busca establecer que habra culpa cada vez que el medico incumpla cualquiera de las obligaciones que se le impongan y el peso de la prueba debe recaer en aquellos errores que demuestren impericia imprudencia negligencia o inobservancia durante el ejercicio de la actividad médica

En Panama existe libertad probatoria los hechos y sus circunstancias se pueden acreditar mediante cualquier medio probatorio que sea legalmente aceptado excepto las limitaciones o restricciones propias del tipo de prueba y siempre que dichas pruebas hayan sido obtenidas a lo que señales las disposiciones legales correspondientes

Otro de los aspectos interesantes sobre el juzgamiento concreto de la culpa es que no puede eximirse a un medico de responsabilidad por culpa ya que se veria lacerado el orden publico por tratarse de la prestacion del servicio de salud donde esta en juego la vida humana Entonces inevitablemente le corresponde al Juzgador determinar la proporcion de la falta cometida segun su gravedad para establecer la responsabilidad civil que acarreará dicha falta

Lo anterior es imperativo ante la situacion de indefension en la que muchas veces se encuentra la victima tal cual señala el autor colombiano Manuel de Jesus Rojas Salgado en la pagina 42 de su obra Responsabilidad Civil Medica La valoracion de la prueba la causalidad en el Acto Medico de la siguiente manera

Frente a una lesión o perjuicio en la vida o integridad personal los pacientes quedan ante un universo desconocido para ellos pues no solo deben de afrontar la problemática personal de haber quedado lesionado y deban de iniciar acciones jurídicas para obtener una indemnización por los daños que se les han sido ocasionados Precisamente frente al entorno probatorio que los pacientes deben sustentar en los hechos de su demanda cuidadosamente redactados para advertir al juez la carga dinámica de la prueba en el demandado y crear una posición donde pueda el actor demostrar la responsabilidad médica al acreditar bien los hechos sobre los cuales fundamenta las pretensiones

El juez al juzgar la culpa del demandado no debe parcializarse hacia ninguna de las partes debe tomar en consideración cada hecho acreditado durante el proceso y a su vez estar anuente de que el paciente no cuenta con conocimientos técnicos científicos sobre medicina por lo que a todas luces al desconocer las evidencias podría especular en la mala praxis siendo errónea dicha especulación y más bien basada en aspectos subjetivos de carácter netamente sentimentales

También resulta contraproducente por el hecho de que al tener el paciente la carga probatoria se encuentra en desventaja ya que no tiene acceso ni al acto médico ni a la historia clínica al ser ambas elaboradas por el equipo médico encargado

2.11.4.1 La prueba de la culpa en los procesos de la responsabilidad civil médica

En este punto cabe aclarar que la prueba de la culpa se relaciona al contrato a las obligaciones y a lo dicho en lo referente a las obligaciones de medios. No obstante sobre este tema existen hoy en día las siguientes posiciones a nivel doctrinario y jurisprudencial

- a Como regla general la carga de la prueba de la culpa le corresponde al paciente sin embargo la excepción a la regla se da a través de las cargas dinámicas donde se invierte la carga probatoria por incumplimiento de los deberes secundarios de información colaboración por la aplicación de la prueba *in re ipsa* por la insuficiencia de la historia clínica
- b El médico tiene la carga exclusiva o concurrente de demostrar su falta de culpa

Existen opiniones encontradas a este respecto lo que hasta cierto punto genera cierta inseguridad jurídica por los criterios variados de los jueces por lo que se considera prudente que el Juzgador mantenga una posición activa frente a la prueba de la culpa y presente la explicación completa de acuerdo a sus

conocimientos como profesional de la medicina. Al final de cuentas lo que se espera es que el Juzgador busque la manera de presumir la culpa según su criterio del caso de acuerdo a los elementos probatorios legalmente aportados por cada una de las partes.

Se presume que una vez el paciente compruebe la existencia de su relación de alguna u otra forma con el médico al cual demanda, el profesional deberá intentar mostrar su falta de culpa, no obstante para el paciente puede resultar absolutamente engorroso probar la culpa del médico.

2.11.4.2 La carga probatoria en el derecho panameño

Comunmente la regla general es que le corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de la normativa que consagra el efecto jurídico que ella pretende. Esto se refiere a los hechos que sustentan sus pretensiones, así como los hechos que acreditan sus excepciones según el caso.

De acuerdo a cada caso en particular en el derecho panameño la carga de la prueba puede ser distribuida por el juzgador de forma diversa a aquella parte que está en mejores condiciones de acreditar la ocurrencia o no de un hecho determinado.

Tal cual señalamos en párrafos que anteceden, el Código Judicial panameño señala en el **artículo 784** que incumbe a las partes probar los hechos

o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables

La regla general en el tema probatorio es que la parte actora debe probar los hechos es decir que le corresponde al demandante demostrar los hechos que se fundamentan en su demanda

La excepción a la regla general es que la parte demandada o sea quien ocasiona el daño sea quien tenga que probar que no causo daño alguno

En la responsabilidad civil del medico en Panama impera el criterio de que esta debe invertirse y que la misma debe recaer sobre la parte demandada

2 11 4 3 La prueba diabólica

La prueba diabólica es la dificultad que tiene el paciente para probar la culpa del medico constituye el cumulo de razones por las que se promueve dicha dificultad

La primera de estas dificultades se traduce en lo complicado que le resulta al paciente o a sus familiares probar la culpa del medico ya que las practicas y conocimientos científicos del profesional son desconocidas para cualquier otra persona que no se dedique a la medicina Por otra parte la unica manera de que terceras personas tengan acceso a conocimientos sobre estas practicas es por medio de la colaboracion de otros profesionales los que comunmente seran renuentes de actuar en contra de los intereses de los demas colegas

Por lo antes mencionado se considera injusto que el paciente deba probar cualquier asunto que tenga que ver con la calificación técnica del supuesto deber u obligación violado por el médico ya que la manera más adecuada para aclarar este tipo de situaciones es a través de la prueba de descarga del profesional a quien le debe corresponder en atención a sus conocimientos técnicos sobre la materia probar la inexistencia de la violación a los deberes y obligaciones de su cargo si realmente no es responsable de lo que se le acusa

Generalmente el paciente no conoce los términos utilizados en la medicina tampoco conoce detalles sobre los estudios que se le han realizado y muchas veces es incapaz hasta de explicar su propio diagnóstico por otra parte a veces existen relaciones médico paciente poco personalizadas donde no se le da la atención necesaria al paciente ni se le somete a un interrogatorio y diálogo extendido para conocer las raíces de su padecimiento y posible cura Estas son algunas de las razones por las cuales la justicia debe favorecer en materia probatoria en cierto sentido al paciente por situarse en una posición de debilidad de conocimientos sobre la materia

Aunado a lo manifestado las pruebas que se deben presentar durante el proceso desde un inicio ya están en manos del médico quien es el que las ha confeccionado Se trata de pruebas como la historia clínica del paciente estudios y análisis de diversa índole ya que son documentos inaccesibles para el paciente

Se habla de prueba diabólica principalmente porque cuando el paciente se encuentra en un lugar dentro del centro médico donde son áreas inaccesibles para los familiares del paciente y donde este último se encuentra completamente

anestesiado por lo que ninguno puede conocer realmente lo que se suscito ahí excepto el propio medico y personal del hospital por lo que es una tarea practicamente imposible saber realmente como se dieron los hechos

En reiteradas ocasiones se ha manifestado que en el caso de la responsabilidad medica la victima se encuentra ante los secretos que se dan en el consultorio o dentro del quirófano por lo que el profesional de la medicina tiene mejores condiciones para aportar elementos de juicio que ayuden al convencimiento acerca de los hechos y a una decision mas atinada por parte de los Tribunales

Todo lo señalado se enfoca partiendo de la premisa de que los avances científicos son absolutamente necesarios sin embargo a pesar de que muchas veces para proteger al paciente es necesario que el medico obre de manera determinada se debe comprobar la culpa del galeno para que surja la responsabilidad por lo que quien mejor para aportar el caudal probatorio que el mismo medico ya que es muy dificultoso para el paciente o la victima probar dicha culpabilidad por los motivos ya expuestos Y es precisamente la dificultad de dicha prueba lo que ante la duda de cual fue el origen del daño sufrido por el paciente el medico deba ser absuelto civilmente cayendo en el error de la impunidad puesto que la falta o la incertidumbre de dicha prueba es un riesgo al que se expone el reclamante quien a pesar de tener razones fundadas para reclamar se puede quedar sin hacer efectivo su derecho

Una de las ultimas tendencias es que la culpa se deduce sin necesidad de una prueba acabada precisa o completa Estas ultimas tendencias logran

proteger en cierta medida al paciente o víctima. Se trata de una inversión de la carga de la prueba de la culpa, donde se busca propiciar la apreciación de la prueba en beneficio de la parte más débil que es el paciente o víctima.

2.12 La Inversión del Onus Probandi como Paradigma Probatorio en los Procesos de Responsabilidad Civil Médica

El tema de la Inversión del Onus Probandi, lo que los procesalistas han denominado la teoría de las Cargas Dinámicas en materia de responsabilidad civil médica, no obstante teniendo en cuenta que significa introducir en el imaginario jurídico nacional una postura poco estudiada en nuestro país, iniciaremos este trabajo esbozando un breve acercamiento al tema de la carga de la prueba, para comprender el origen de los criterios de su distribución y como la teoría que nos atañe emerge a modo de una respuesta lógica, ya considerada desde mucho antes que su creador, el maestro argentino Peyrano, la posicionara como el esnobismo jurídico del momento. Como toda teoría, la misma ha sido sujeto de críticas.

Resulta esencial analizarla dentro del contexto patrio, para finalmente visualizar las posibilidades de que un criterio alimentado por esta corriente sea prolijado por el juzgador panameño, abriendo posibilidades en la generación de sentencias acorde con los tiempos actuales y sus retos, rompiendo con la idea tradicional de que el que demanda está obligado a probar.

2 12 1 Breve análisis de los aspectos adjetivos de la Responsabilidad Civil Médica

El Código Civil de Panamá en el artículo 973 expresa taxativamente que toda obligación consiste en dar hacer o no hacer alguna cosa. De esta definición se explica que son responsables de indemnizar los daños y perjuicios causados aquellas personas que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en negligencia.

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia tiene la obligación de reparar el daño causado ya sea material o moral que se encuentra contemplado a través del artículo 1644 A del Código Civil.

Cuando se produce un daño moral se ordena que el mismo sea reparado mediante una indemnización en dinero independientemente a que se haya causado un daño material tanto en el ámbito de responsabilidad contractual como en el extracontractual. Y de tratarse de responsabilidad contractual y existiera cláusula penal se seguiría lo dispuesto en ella.

El Artículo 1645 del Código Civil de Panamá señala que también tiene la obligación de reparar el daño moral quien incurra en responsabilidad objetiva como el Estado, las instituciones descentralizadas, el Municipio y sus funcionarios.

Para determinar el monto de la indemnización se seguirá el que determine el Juzgador quien tomará en cuenta los derechos lesionados, el nivel de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima del daño así como todas las circunstancias y factores que giren entorno al caso.

Por otra parte el Código Civil en el Artículo 1105 establece que el contrato o convenio es un acto mediante el cual una parte se obliga para con otra a dar hacer o no hacer alguna cosa. Que solo producen efecto entre las partes otorgantes y se perfecciona con el mero consentimiento por lo que a partir de su firma obligan no solo a que se cumpla lo pactado sino también las partes asumen cada consecuencia que según su naturaleza sean acordes a la buena fe al uso y a la normativa legal.

En lo que respecta al Código Sanitario señala con claridad meridiana que solo podrán ejercer las profesiones de medicina odontología farmacia veterinaria obstetricia optometrista enfermería osteópata quiropráctico masajista dietista mecánico dental quienes posean diploma revalidado e inscrito en el registro de profesiones médicas y afines a la Dirección General de Salud Pública (Artículo 197 del Código Sanitario).

Al Consejo Técnico le corresponde resolver los temas relacionados con el ejercicio derecho moral y secreto profesional. De igual manera es el encargado de aplicar las sanciones de amonestación apercibimientos multa y suspensión del ejercicio de la profesión cuando las circunstancias así lo ameriten. El Consejo Técnico está facultado para hacer una acusación formal elevando los antecedentes de la situación ante la justicia penal.

El paciente o las víctimas de negligencia médica deben acudir a la vía jurisdiccional correspondiente para hacer valer sus derechos específicamente a través de un proceso ordinario. En estos procesos se determinará la cuantía tomando en consideración los siguientes elementos:

- a El total de la cantidad líquida que se demanda y
- b Los intereses vencidos hasta la fecha de la demanda

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 662 del Código Judicial se trata de demandas de menor cuantía cuando el monto es de B/ 5 000 00 dólares o menos y demandas de mayor cuantía al tratarse de montos que exceden los B/ 5 000 00 dólares. Por lo general y según lo investigado **los daños ocasionados en materia de salud casi siempre son de mayor cuantía por la naturaleza del perjuicio causado**

Por lo antes manifestado se ahondará en la explicación acerca de los procesos ordinarios de mayor cuantía para entender cómo se debe proceder en este tipo de casos cuando el detonante principal surge de la mala práctica en el ejercicio de la medicina.

El proceso ordinario de mayor cuantía es un proceso de conocimiento mediante el cual se ventilará y decidirá todo asunto contencioso que no este sometido a trámites especiales del Código Judicial.

El proceso se inicia con la presentación, admisión y notificación de la demanda donde se le corre el traslado a la parte demandada en un término de diez días para su contestación según lo establece el artículo 1255 del Código Judicial. Con el escrito de la demanda es posible proponer pruebas sin necesidad de reiterarlas posteriormente sin perjuicio de que si hubiere un período de apertura de pruebas en el proceso las pruebas ya aportadas pueden ser complementadas (Artículo 668 del Código Judicial).

En cuanto a la demanda esta se puede aclarar corregir enmendar o adicionar por una sola vez Se puede introducir nuevos demandantes o demandados sustituir o eliminar alguno de los anteriores variar ampliar o reducir las pretensiones de la demanda e incorporar nuevos documentos hasta el momento en que se abra el proceso a la etapa probatoria según lo señala el artículo 673 del Código Judicial

Posteriormente una vez admitida la demanda se debe notificar personalmente al demandado para que tal cual se señala en párrafos que anteceden dentro de los diez días siguientes sea contestada El demandado puede aducir pruebas con la contestación de la demanda sin necesidad de reiterarlas después o simplemente complementarlas con posterioridad

El Artículo 1265 del Código Judicial establece que después de surtido el traslado de la demanda o de la reconvencción en su caso el proceso quedara abierto a pruebas sin necesidad de providencia quince días después de cumplido lo anterior en cuatro periodos

En el proceso ordinario de mayor cuantía como en todos los demás procesos el tema probatorio es esencial pero se encuentra revestido de ciertas características particulares sobre el aspecto de la carga de la prueba

En este sentido es importante recordar que en el sistema panameño impera en materia probatoria la teoría de la norma debidamente regulada en el artículo 784 del Código Judicial que impone a las partes probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le favorecen En

consecuencia le corresponde al demandante probar el daño sufrido y demostrar que este daño es una consecuencia de la negligencia del médico o de su equipo

En el ámbito de la responsabilidad civil médica el peso de la prueba por lo común descansa sobre la **“prueba pericial”** ya que tratándose de una profesión técnica y científica todo lo expuesto en las pruebas conseguidas debe ser de alguna manera interpretado a objeto del juez generalmente desconocedor de estos temas para que pueda valorar correctamente el material probatorio aportado por las partes y formar su convicción sobre la responsabilidad o no del demandado respecto a los daños sufridos por el paciente

Para el perito poder rendir el correspondiente dictamen debe contar con cada uno de los documentos relacionados para tener un conocimiento fáctico del objeto del peritaje entre los cuales están el expediente clínico completo que es fundamental con el detalle de todos los estudios de laboratorio practicados a la víctima así como los exámenes realizados y demás documentos que considere pertinentes para tomar una decisión

Por lo ya manifestado es conocido que en los temas de responsabilidad civil médica obtener la prueba constituye el primer inconveniente y llevar esa prueba al proceso es aun más difícil ya que al tratarse de temas técnicos el tema pericial es el único medio idóneo para hacerlo lo que se convierte en un problema aun mayor al ser la profesión médica un gremio casi blindado donde encontrar a una persona que califique de mala práctica la actuación de otro profesional del ramo resulta casi imposible por lo que los peritajes generalmente son vagos y carentes de opiniones concluyentes siendo la única opción que le queda al

proponente de la prueba el conseguir peritos extranjeros con el costo que ello involucra lo cual no está al alcance de todos y lleva a que la mayoría de estas demandas no obtengan resultados positivos

Pero a nivel doctrinal se ha señalado como posible solución a este problema la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba a través de la cual la carga de la prueba le corresponderá a quien se encuentre en mejores condiciones de aportarla que en este caso sería el profesional médico no obstante para que sea realmente efectiva la aplicación de dicha teoría debe darse un cambio en la legislación que la disponga ya que en la denominada teoría de la norma dicha opción no es jurídicamente realizable

En cuanto al tema probatorio el Código Judicial establece en el artículo 780 lo que se transcribe a continuación

Artículo 780

Sirven como prueba los documentos la confesión el juramento la declaración de parte la declaración de testigos la inspección judicial los dictámenes periciales los informes los indicios los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez siempre que no estén expresamente prohibidos por la Ley ni violen derechos humanos ni sean contrarias a la moral o al orden público

Pueden asimismo emplearse calcos reproducciones y fotografías de objetos documentos y lugares

Es permitido para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo proceder a la reproducción del mismo Si el Juez lo considera necesario puede procederse a su registro en forma fotografica o electromagnetica

En caso de que así conviniera a la prueba puede tambien disponerse la obtención de radiografias radioscopias analisis hematologicos bacteriologicos y la practica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica

Por otra parte el Juzgador practicara personalmente durante el proceso todas las pruebas a menos que no se encuentre en determinado territorio y de ser así designara a otra persona para que las practique dentro del término legalmente establecido

Es posible presentar pruebas en un termino extraordinario de acuerdo a lo preceptuado en el articulo 805 del Código Judicial en el caso de pruebas que deben ser practicadas fuera de la jurisdiccion del territorio de la Republica de Panama y en un periodo que no puede exceder de dos meses o tambien en el caso de pruebas que sean complejas o por su gran cantidad requieran mas tiempo para llevar a cabo la practica de las mismas

Otro punto importante son las medidas cautelares las cuales están determinadas por ciertas reglas establecidas en el artículo 531 del Código Judicial de la República. Entre las medidas cautelares más comunes podemos destacar el secuestro que se da sobre todo para evitar que el proceso sea ilusorio.

Una vez recibida la petición de secuestro el juzgador fija la caución discrecionalmente tomando en consideración el valor y naturaleza de los bienes que se van a secuestrar la suma por la cual se pide el secuestro así como los posibles perjuicios que se puedan causar con el propósito principal de que la caución no sea irrisoria ni excesiva ya que dicha caución respondera de los daños y perjuicios que se puedan ocasionar.

Cuando es admitida por el Juez la suficiencia de la caución o depósito judicial y constituida la garantía ofrecida el tribunal procederá sin audiencia del demandado a la ejecución del mismo.

Un detalle importante es que cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal y este así lo dispondrá que se practique avalúo real de la cosa mandada a secuestrar para establecer su valor y condición material.

Otro punto a tratar en este apartado es el del aseguramiento de pruebas que trata el artículo 815 del Código Judicial y que determina que cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltar un medio probatorio sea impracticable o hacersele complicada su obtención oportunamente es posible que le solicite al Juzgador que se practique inmediatamente cualquiera de las siguientes pruebas:

- Diligencia exhibitoria

- Testimonios prejudiciales
- Inspección judicial y dictámenes periciales
- Reconstrucción de sucesos o eventos
- Reconocimiento de firma y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero
- Diligencia de informes documentos públicos o privados certificados de cualquier clase conforme indique el peticionario y con arreglo a las limitaciones y restricciones que establece la Ley y
- Declaración de parte

La petición de cualquiera de estos medios de aseguramiento de prueba debe hacerse ante el juez competente para la demanda donde el solicitante puede pedir la citación de la contraparte para que intervenga en la práctica de pruebas anticipada

A continuación se explican brevemente los medios de aseguramiento de pruebas más sobresalientes

- a **Diligencia exhibitoria** A través de la diligencia exhibitoria el juzgador inspecciona la cosa objeto del litigio o de los libros documentos u otros objetos que se encuentren en poder del demandado del demandante o de terceras personas y que el peticionario considere conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos pretensiones excepciones o defensas La

parte que solicita la diligencia exhibitoria se tendra como parte legitima aunque sea extrajudicial siempre y cuando se exprese en su solicitud cual es la relacion sustancial o el interes juridico que pretende probar con la diligencia y en qué forma le interesa personalmente Cuando para realizar la diligencia de inspeccion se requieran conocimientos especiales el Juez debe hacerse acompañar de peritos en lugar de testigos

- b **Testimonios prejudiciales** La declaracion es estimada como prueba en el proceso a menos que la contraparte manifieste en el termino del traslado del escrito de pruebas que desea repreguntar al testigo ya que en este caso tendria que comparecer para los fines de la repregunta

- c **Inspección judicial** Existe la posibilidad de solicitar la inspeccion judicial en lugares o cosas que sean objeto del proceso cuando el pasar del tiempo haga dificil su esclarecimiento porque su conservación en el estado en que se encuentre resulte improbable Dicha inspección se puede efectuar con la presencia de peritos y a criterio del juzgador o a peticion de parte se levantarán planos o se tomaran fotos del lugar u objetos inspeccionados

2.12.2 Consideraciones previas en cuanto al tema

Para entender el fenómeno jurídico de la inversión del onus probandi en primer lugar tenemos que superar la clasificación clásica que se limitaba a los derechos subjetivos y los derechos adjetivos entendiendo los primeros como los dogmas contenidos en los Códigos (Civil Penal Administrativo etc) y los últimos como aquellos que están contenidos en el Código Judicial y en consecuencia lógicamente desarrollamos a los primeros en el transcurso de un proceso

De acuerdo a un planteamiento muy personal lo que más nos interesa de esta proyección del Código Judicial es que crea normas sustantivas siendo este un ordenamiento adjetivo asimismo introduce lo que yo me atrevo a distinguir como normas adjetivas sustantivadas entre ellas principalmente las normas de carácter probatorio de aquí que consideramos un error para los efectos de este estudio pensar que las normas sustantivas se encuentran única y exclusivamente en el Código Civil

Otro concepto que debemos actualizar es el relacionado con la carga de la prueba pues debemos abandonar el anacrónico concepto de que el que demanda tiene la obligación de probar

El proceso moderno está inspirado en el concepto de la justicia retributiva no condenatoria donde se hace imperativa la reparación del daño. Con base en este concepto se debe en algunos casos invertir la carga probatoria y por la especialidad del daño es el demandado el que tiene que probar que no lo causó. Es el caso del médico es imposible pensar que el paciente está en capacidad de

probar experticias y procedimientos que le son exclusivos al profesional de la medicina a todo esto se le añade la Protección Gremial Profesional del médico lo que hace casi imposible conseguir que en un proceso un médico actúe como perito como testigo técnico o que declare contra otro profesional de la medicina

Por estas razones toma fuerza la necesidad de la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica que no es más que se invierta el concepto tradicional y sea el médico quien pruebe que no causó el daño

2.12.3 ¿Qué es la Carga de la Prueba?

La carga de la prueba como la define el maestro Jairo Parra es una noción jurídica que consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento de las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que además le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables (Peyrano 2014)

Por otra parte ROSEMBERG LEO profesor de la Universidad de Munich plantea

las reglas sobre la carga de la prueba ayudan al juez a formarse un juicio afirmativo o negativo sobre la pretension que se hace valer no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho porque le indican el modo de llegar a una decision en semejante caso La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instruccion dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmacion de hecho importante La decision debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmacion de hecho no aclarada (Rosenberg 2002 pag 7)

Del analisis de la opinion de Leo Rosenberg podemos determinar lo siguiente

- 1 Las reglas sobre la carga de la prueba le sirven al juez para formar su convicción ya sea una postura positiva o negativa sobre la pretensión que se hace valer
- 2 Que la sentencia debe dictarse en contra de la parte que le corresponda la carga probatoria si no prueba que le asiste la razón es decir que a cada parte le corresponde probar los supuestos de hecho que señala la ley que

le son favorables pero todo ello dependerá de la posición que tengan las partes dentro del proceso (demandante o demandado) que fin persigue y que consecuencias jurídicas se busca lograr

2.12.3 ¿Qué es la Inversión del Onus Probandi o las cargas dinámicas de la prueba?

Sin lugar a dudas en materia de derecho privado el instituto de la carga dinámica de la prueba entendido este como que el onus probandi recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas profesionales o facticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación sin consideración de su posición de demandante o demandado tiene gran aceptación pues a las partes les corresponde probar los supuestos de hecho de sus pretensiones eso sí con unas facultades activas por parte de los Jueces quienes de oficio pueden decretar pruebas de oficio realizar interrogatorios etc (Mora Córdoba 2014 pag 25)

La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo

Es muy difícil que el demandante en este caso el paciente tenga que probar la verdad de sus hechos ya que él tiene la carga de la prueba el cual es difícil de probar ante el juez cuando no tiene la experiencia en el estudio de la medicina que sí posee la parte demandada (el médico) y por ende el paciente se encuentra en indefensión de hacerlo es por ello que es muy reconocida esta institución jurídica

Se adecua esta figura facilitando el interrogar a los peritos y acreditar la prueba de informes además de los indicios permitirán clarificar la verdad de los acontecimientos ROJAS SALGADO Manuel de Jesús indica en que los nuevos sistemas web permiten esclarecer los contenidos de este documento que describe la relación entre el paciente y las instituciones prestadoras (Rojas Salgado 2015)

Debemos entender entonces que la inversión del Onus Probandi es una excepción a la carga de la prueba que no es más que aquella prueba que le brinda el mayor convencimiento al juez y es justamente esa prueba que es utilizada por alguna de las partes quien es la que la aporta en el proceso y el juez entonces falla La carga dinámica de la prueba se puede pedir oficiosamente hasta antes

de la sentencia como autos para mejor proveer en el ordenamiento jurídico panameño

2.12.4 La Inversión del Onus Probandi en la Responsabilidad Civil Médica

Que el demandante en este caso el paciente (parte actora) tenga que probar la verdad de su relato ha sido un tema atendido por mucho tiempo en lo concerniente a la carga de la prueba. No obstante, los tiempos actuales exigen una revisión de estos supuestos sacralizados en el ordenamiento jurídico fáctico.

Pretendemos realizar una aproximación conceptual a nociones aparentemente básicas pero fundamentales para abordar desde el Derecho Sustantivo la necesidad y los retos que presentan las complejidades actuales en particular de un tema como lo es la responsabilidad médica, cuya naturaleza hoy más que nunca ante los avances de la tecnología terminan llevando al médico demandado a probar que no incurrió en negligencia y no causó daño.

Una jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia se apartó de la regla general con el objeto de favorecer a las víctimas de daños médicos, concluyó que a estas no debía exigírseles tales pruebas sino que, por el contrario, era a los médicos a los que les correspondía acreditar la ausencia de culpa. (Bermúdez Muñoz s f)

En torno a la inversión del onus probandi entendemos por esta que es cuando en materia médica el juez pide una prueba de oficio en este caso al médico de modo que al paciente por su condición de que él no es sabedor de la medicina ni tampoco es idóneo en la especialidad se le pide al médico para que la presente para aclarar las circunstancias en el litigio. El médico simplemente aporta la prueba teniendo presente que lo que él buscará es demostrar la no culpabilidad y que él no recayó en responsabilidad civil médica.

2.12.5 La Carga de la Prueba en Materia de Responsabilidad Civil Médica

En la mayoría de los sistemas se sostiene que corresponde al paciente aportarla aunque en paralelo existe una tendencia que está por situar la carga de la prueba en el facultativo en atención a que debido a la disparidad de la información y a las especiales circunstancias en que se desarrolla la prestación del servicio al paciente víctima de un daño la prueba de la culpa del facultativo le resulta excesivamente gravosa o diabólica.

Debemos entonces delimitar el ámbito de *responsabilidad civil del médico* en este sentido nos referimos si se trata de una obligación que deriva de un contrato o si la misma deriva de la culpa o negligencia.

Entendiendo en primer lugar que la responsabilidad civil contractual como su nombre bien lo dice deriva de un contrato de un vínculo previo que pasa a ser el punto central o en otras palabras el universo de la relación de manera que el incumplimiento de las obligaciones que son derivadas de un contrato genera el derecho de indemnización mientras que la responsabilidad civil extracontractual tiene como fundamento una obligación que surge del hecho de ocasionar un daño a alguien violando el deber de no causar daños a otros

Según BUSTAMANTE ALSINA Jorge jurista argentino y prestigioso académico del Derecho debe considerarse en ese sentido como *responsabilidad civil extracontractual médica* los siguientes supuestos

- a Cuando los servicios médicos son requeridos por otra persona distinta al paciente la responsabilidad del médico con el paciente rebasa el contrato aunque sobre este tema habría que discutirse lo relativo a la estipulación a favor de terceros
- b Cuando son prestados espontáneamente sin consentimiento del paciente como ocurre en el caso de accidente callejero y el médico auxilia a la víctima Si bien es cierto que la responsabilidad aquí es extracontractual el médico está obligado a prestar sus servicios en casos de urgencia de no hacerlo podría incurrir en consecuencias tanto civiles como penales

c Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente como en el supuesto del suicida que recibe auxilio médico

d Cuando el médico comete voluntariamente un delito penal en relación a una persona sea o no cliente por ejemplo si cometiera homicidio prescribiéndole una supuesta medicación que determine la muerte del enfermo (Bustamante Alsina J)

Otros autores también se han manifestado en esta cuestión ejemplo de esto es el profesor panameño TIMPSON Claudio quien nos señala los siguientes supuestos

Como el contrato nulo la atención de incapaces sin la autorización de su respectivo representante cuando la intervención del médico es impuesta coercitivamente por una institución policiva o reconocimiento médico para ingreso a la carrera militar y casos de naturaleza similar estos supuestos son de utilidad para efectos de la prescripción y de la extinción del deber de resarcir (Timspon Layne 1997 pags 100 101)

2 12 6 Teoría de las Cargas Dinámicas

Quien presenta al debate jurídico la necesidad de pasar a un sistema de cargas dinámicas ante un Derecho petrificado es

Peyrano en Argentina. No obstante, es importante destacar que la teoría de las cargas dinámicas no es ni “novedosa ni argentina” aunque las circunstancias de su consideración sí apunten a atribuirle dentro de la realidad moderna estas características (Vargas s f pag 9)

Una de las definiciones más utilizadas de la carga dinámica es la pronunciada en las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático celebrada en Junín, donde se formuló la siguiente declaración:

La misma importa un desplazamiento de *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, *verbigracia*, en cabeza de quienes están en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlos, más allá del emplazamiento como actor o demandado, o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

2.12.6.1 Características de la teoría de la carga dinámica

- a) Es de aplicación excepcional.
- b) Provoca un desplazamiento parcial y no total del *onus probandi*.

c La parte que se encuentra en mejores condiciones de probar suele estar en mejor situación para desvirtuar la prueba en su favor

d No es necesario que el juez advierta al litigante antes de la producción de la prueba que aplicara la doctrina (Serrano Escobar s f pags 29 30)

No necesariamente el que demanda tiene la obligación de probar El mundo del derecho procesal ha evolucionado en diversos países y es que el proceso de hoy día se está empleando la justicia retributiva que es la indemnización o resarcimiento del daño provocado en la responsabilidad médica

Veamos un análisis de la jurisprudencia en donde se aprecia la utilización de esta figura

Sentencia de 28 de octubre de 2009

Recurso de Casación Civil presentada por Bernabé González VS Hospital San

Miguel Arcángel el Doctor Carlos Perurena y otros

Sala primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente Alberto Cigarruista

En dicho fallo se estima que el señor Bernabé González se dirigió hacia el hospital en mención con fuertes dolores abdominales de apéndice y fue intervenido quirúrgicamente Tras un mes de la operación el paciente sigue no solamente con dolores abdominales sino que también con fuerte vómitos y fiebre

Nuevamente reingresa al hospital San Miguel Arcángel y se le diagnóstica neumonía y el hospital no teniendo los aparatos necesarios para operarlo se le traslada al Hospital Santo Tomás. Ahí fue intervenido nuevamente tras un CAT en donde se e diagnóstico pus en la cavidad abdominal y líquido libre

Todo esto causó que se interpusiera esta demanda en base a los artículos 986 y 989 del Código Civil que datan sobre la omisión de la diligencia debida cometida por los médicos y la diligencia exigible de modo que la parte recurrente ya no puede valerse por sí mismo señaló el abogado Valencia

Tras analizar el presente fallo se observó que fue una de las pocas veces en que la Corte Suprema de Justicia invoca la figura de las cargas dinámicas probatorias puesto que en otros países sí se utiliza esta figura

El Tribunal Superior utiliza esta figura debido a que el señor Bernabé González está en indefensión de probar tales actos médicos por su falta de conocimientos técnicos en la pedagogía médica

El Tribunal superior estimó que la utilización de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la cual compete a quien tenga mayor facilidad para allegar al proceso elementos de convicción (pruebas) la obligación de hacerlo sin embargo ello no puede implicar una presunción de culpabilidad del médico

Por otro lado cabe señalar que al igual que el *ad quo* el *ad quem* prevaleció con la teoría de la inversión de la carga de la prueba por estas tres razones la primera resulta difícil que un profesional de la medicina afirme de forma categórica que el procedimiento utilizado fue el equivocado en segundo por las condiciones difíciles en las que se encontraba el paciente era notoriamente su condición y tres porque esta obligación del médico fue de medios y no de resultados recordando que la obligación de medios es aquella en la cual el médico procura utilizar la debida diligencia y pericia como gaje del oficio que es la medicina no garantizando un fin sino el de mejorar la salud de su paciente

2 12 7 Criticas a la Inversión del Onus Probandi en Materia de Responsabilidad Civil Médica

Después de todo surge la siguiente interrogante ¿Que criticas ha merecido el concepto de carga probatoria dinamica?

Entre los otros autores TAMAYO (Tamayo 1993 pág 91) hizo criticas al Consejo de Estado por la posición que este asumia en torno al manejo del concepto en cuestión Tal critica se basó en que primero se rompía la regla general segun la cual la carga de la prueba la tiene el demandante pues el demandado no tiene porque acudir al proceso a probar (salvo cuando propone excepciones) segundo la carga dinamica de la prueba se convierte en violatoria del derecho de defensa del debido proceso porque si la aplicacion de la teoria de la carga dinamica de la prueba la realiza el juez quien acude al proceso jurisdiccional de antemano no sabe como razonara este al momento de decidir y perfectamente la parte demandada puede ser sorprendida con la declaracion de que tenia la carga de la prueba y no probó

Otra posición podría ser que la carga dinamica de la prueba no debe emplearse de manera indiscriminada sino de manera excepcional esto es como excepción a la regla general de la distribución de la carga de la prueba y solo se recurriria a ella en casos donde la aplicacion rigida de la norma lleve a resultados inocuos

2 12 7 1 Criticas a los Motivos Excluyentes de la Inversión Probatoria

El juez debe conjugar los principios tradicionales del Derecho Probatorio con los avances de las ciencias naturales y sociales así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación

Se reconoce la posibilidad de que en ciertos eventos opere el dinamismo de la carga probatoria para verificar qué extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento evento o circunstancia pues salta a la vista la excepción consistente en que el demandado debe demostrar la falla del servicio médico asistencial si posee la facilidad para hacerlo y cuando resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible que el demandante lo haga. Cuestión que se considera una evidente paradoja (Perez Restrepo)

Reduce el ámbito de la responsabilidad médica a la falla probada y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero en efecto si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la

acreditación de todos los elementos de la responsabilidad incluida la falla del servicio

También refiere que el estatismo o rigidez de la carga probatoria en ciertas ocasiones puede conducir a situaciones injustas máxime si se tiene en cuenta la situación socioeconómica del país donde el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo. Por lo tanto no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica sino que el juez en aplicación de criterios o principios de ponderación y proporcionalidad determine en cada caso concreto cuál debe ser la distribución probatoria en términos dinámicos que debe regular el trámite procesal específico como quiera que es posible que una de las partes en condiciones cognitivas se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante. En estas condiciones postulados como el de igualdad material ante la ley, solidaridad y equidad podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

2.12.8 Hacia una teoría de la Inversión de la Prueba en Panamá

2.12.8.1 Responsabilidad Civil en Panamá

Al examinar la responsabilidad civil médica se viene a la mente una incalculable serie de temas en los cuales los profesionales del arte de curar han actuado indolentemente. Por ello podemos decir que como regla general los

casos en los cuales un profesional medico ha sido civilmente o penalmente procesado son aquellos en los cuales las condiciones y el material real revelan una diligencia insoportable por parte del profesional de la medicina

La responsabilidad civil medica radica en la obligación de resarcir o indemnizar los daños patrimoniales o economicos producidos al paciente o a sus familiares como derivacion de su acabamiento o de algun estorbo en el procedimiento medico que ha sido correcto en integridad de un contrato de carga de servicios medicos profesionales caso en el caso se trata de una correspondencia contractual O bien extracontractual cuando se consuma un procedimiento o mediacion quirurgica sin que se haya acreditado un contrato entre el medico y el paciente

La responsabilidad civil es de representacion económica y persigue la reparacion del daño causado o la indemnizacion de los perjuicios ocasionados

La responsabilidad civil puede ser a titulo personal o de grupo en razon a la interposicion de un sin numero de personas dentro de los que se ha venido designado la medicina grupal o trabajo en equipo

Referente a la sancion se impone la responsabilidad civil como la reaccion que establece el ordenamiento juridico en respuesta a la infracción de deberes que son establecidos legalmente

La funcion del resarcimiento en la responsabilidad civil reconoce el cumplimiento del principio juridico de la equivalencia entre el daño causado y la indemnizacion con esto se busca desaparecer los resultados causados por el

acto ilícito y retribuir a quien es perjudicado de ser probados los efectos sufridos por el daño causado

2.12.8.2 Responsabilidad Civil Contractual

Entendiendo en primer lugar que la responsabilidad civil contractual como su nombre bien lo dice deriva de un contrato de un vínculo previo que pasa a ser el punto central o en otras palabras el universo de la relación de manera que el incumplimiento de las obligaciones que son derivadas de un contrato genera el derecho de indemnización

En este sentido el artículo 976 del Código Civil nos dice lo siguiente en cuanto al tema

“Artículo 976

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de las mismas

Se desprende del artículo anterior que las obligaciones en donde existe un vínculo contractual las obligaciones que surgen a raíz de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben ser cumplidas tal cual han sido estipuladas de manera tal que la no realización de lo estipulado genera para la parte que no cumple la obligación de responder

Se puede observar que la responsabilidad civil del médico es una responsabilidad contractual es decir que nace de un contrato

se considera la prestación principal del facultativo como una obligación de medios dentro de las reglas de la responsabilidad contractual. Es más se ha llegado a sostener que la distinción expresada en este fallo puede superar y sustituir la división entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pero lo que es cierto es que la sentencia establece que el verdadero contrato que se forma entre el médico y su cliente comporta para el práctico el compromiso si bien evidentemente no de curar al enfermo al menos de no prodigarle cualquier cuidado sino el cuidado consciente atento y salvo circunstancias excepcionales conforme al estado de los conocimientos científicos () La violación aunque sea involuntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza (2016)

Del párrafo anterior se concretiza en que la responsabilidad contractual del médico se basa en una obligación de medios. Es decir que el médico se encamina en el arte de curar más no de garantizar un resultado a fin pero el médico actuando con la debida diligencia o prudencia se encamina al cuidado de la salud del paciente sin esperar un efecto en concreto

Precisamente respecto de la responsabilidad civil de los médicos la responsabilidad asumida por el médico no es de resultado de sanar el enfermo sino de medios. El se obliga solamente a atender al paciente con prudencia y diligencia a suministrar todas aquellas atenciones que conforme a las ilustraciones científicas que su título presume.

La responsabilidad civil contractual como su nombre bien lo indica deriva de un contrato de una relación precedente que pasa a ser el punto controversial o en otras palabras el universo de la relación de manera que la violación de las obligaciones que son derivadas de un contrato genera el derecho de resarcir.

El término para reclamar el resarcimiento por el daño causado derivado de la responsabilidad civil del médico será de siete años a partir del acto médico una vez vencido no se podrá reclamar de acuerdo con el Código Civil patrio.

2 12 8 3 Responsabilidad Civil Extracontractual prescripción de ambas

En este sentido hace referencia a que en este supuesto no existe un vínculo contractual el artículo 978 del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 978

Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley quedaran sometidas al Capítulo II del título XVI de este libro

En cuanto al tema el artículo 1644 del Código Civil establece que son obligaciones que nacen de la culpa o negligencia las siguientes

Artículo 1644

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el daño causado
Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados

De la revisión del artículo se desprende que la obligación de reparar el daño causado surge de acciones ya sean en sentido positivo es decir hacer alguna cosa o de obligaciones en sentido negativo es decir no hacer una cosa acto que produce un daño a una persona y que se tiene obligación de responder por el daño que se causa

La responsabilidad extracontractual presupone como elemento indispensable la existencia de una acción u omisión ilícita es decir contraria a derecho para que surja entonces la obligación de reparar el daño Esto obedece

Según PUIG PEÑA a que en principio todo acto u omisión que causa daño a tercero se presume que es antijurídico Solo dejara de serlo

cuando concurra a su favor una causa de la antijuridicidad. Del mismo modo, criterio participan Pérez y Alguer cuando sostienen que la responsabilidad extracontractual se configura con la lesión de un derecho subjetivo o de cualquier bien cuyo menoscabo produzca un daño. En igual dirección se orienta Meza Barros quien sostiene refiriéndose al concepto de hecho ilícito que podrá decirse que es el contrario a la ley, el no permitido por la ley, contrario a derecho, pero estos conceptos concluyen dicho autor que son extremadamente vagos, carecen de práctica (Lombardi T. 1965 pag. 26 y siguientes).

En cuanto a esta responsabilidad extracontractual en materia médica entendemos así que la carga de la prueba la tiene el médico, teniendo para invocar tal responsabilidad un periodo de un año de acuerdo al artículo 1701 del Código Civil.

Se da la responsabilidad civil extracontractual del médico cuando exista causas como por ejemplo la del fallecimiento del paciente como consecuencia del mal actuar médico, servicios prestados en casos de urgencia por un centro médico, la atención incapaz del médico, entre otros casos.

2.12.9 Prueba de las Obligaciones en el Código Civil Panameño

El artículo 1100 del Código Civil de la República de Panamá en este sentido establece lo siguiente:

“Artículo 1100

Incumbe a las partes probar las obligaciones o su extinción a aquellas o estas

Son ineficaces los pactos por los cuales se invierta o modifica la carga de la prueba

En este sentido se establece en el citado artículo que le corresponde a las partes probar las obligaciones o la extinción de las mismas sigue señalando el código en el artículo que los pactos en los cuales se realiza la inversión de la carga de la prueba o que se modifique la carga de probar de manera tal que el Código Civil realiza una prohibición de carácter expresa de la Inversión de la Carga de la Prueba

El Código Civil establece en relación a la prueba de las obligaciones en que consiste una prueba

“Artículo 1101

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados testigos presunciones confesión de parte juramento decisorio inspección personal del juez y en las especiales que determinen los demás códigos

El Código Civil establece algunos medios de prueba pero no establece un concepto legal de prueba

También es importante señalar que este citado artículo tiene alrededor de 23 años de haberse empleado es por ellos que en su parte final nos señala que no se aplicara este artículo las obligaciones contraídas con antelación a este. De modo que se adiciono este artículo en el inciso y el párrafo mediante la Ley 18 de 1992 de Gaceta Oficial 22 094 de 6 de agosto de 1992 en el artículo 3. Se entiende entonces que este artículo no prohíbe el uso de esta figura de tal modo que el Código Civil esta basado en presunciones es posible utilizarlas sin mayor problema.

Sobre lo anterior la Ley 38 de 2000 Que crea el Estatuto Provisional de la Procuraduría de la Administración y disposiciones relativas al proceso administrativo nos brinda un concepto legal de la prueba en el artículo 201 numeral 80.

Artículo 201 ()

80 Prueba

Actividad procesal realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley y encaminada a crear la convicción o convencimiento de la autoridad encargada de resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados que sirven de fundamento a la petición recurso o incidente.

Se desprende de este artículo que la prueba es una actividad procesal que se auxilia de los medios de prueba y que lo que se pretende es buscar la

formación de la convicción del juez acerca de la existencia de los hechos que sirven de fundamento a la petición

Además de la interpretación del citado artículo se desprende que los medios probatorios consagrados en el 1101 resultan ser medios generales ya que en su parte final el mismo admite como pruebas especiales las que determinen los demás códigos y en este sentido nos referimos a al Código Judicial en su artículo 780

2.12.10 El Onus Probandi en el Ordenamiento Jurídico Panameño

El Código Judicial panameño señala en el **artículo 784** que incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables básicamente lo mismo que el **artículo 177** del Procedimiento Civil de Colombia

Habría que considerar una reforma que incorpore la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sin embargo primero se debe observar si en el ordenamiento civil panameño tiene relevancia si la obligación es de medio o si se trata de una obligación de resultado si se atañe a normativa por responsabilidad contractual o extracontractual

La regla general en el tema probatorio es que la parte actora debe probar los hechos es decir que le corresponde al demandante demostrar los hechos que se fundamentan en su demanda

La excepción a la regla general es que la parte demandada o sea quien ocasiona el daño sea quien tenga que probar que no causo daño alguno

2.12.11 Nuestra Postura Sobre la Inversión probatoria de la Prueba en la Responsabilidad Civil del Médico

En cuanto a la aplicabilidad de las obligaciones de medios y de resultado en el ejercicio de la profesion medica es importante resaltar lo siguiente

Las Obligaciones de medios

En este supuesto nos encontramos con el paciente que acude al medico para una atencion de rutina o de control en la cual el medico o profesional de la salud esta obligado a brindar la asistencia medica en concepto de atencion o consulta medica mas este no esta obligado a la obtencion de un resultado especifico

2.12.11.1 Obligaciones de Resultado

Es el supuesto en que el profesional de la salud esta obligado a la obtención de resultados especificos es decir que en este supuesto el medico asume la obligacion de realizar un procedimiento o intervencion médica bajo la obligacion de obtencion de un resultado especifico

Las obligaciones del médico generalmente serán obligaciones de medio y excepcionalmente serán obligaciones de resultado aunque siendo así el médico está obligado a realizar un resultado específico ejemplo de esto es la práctica de procedimientos quirúrgicos

La obligación de medios es aquella en la que el sujeto obligado se compromete a desarrollar una actividad para intentar lograr o alcanzar algún resultado sin garantizarlo (Obra citada por Luis Anunziato pag 88)

En la obligación de resultado el sujeto obligado se compromete a lograr un resultado no importando demasiado que ocurra con la actividad que desarrolle para lograrlo (Obra citada por Luis Anunziato pag 88)

Es decir generalmente la obligación del médico será aplicar sus conocimientos al paciente de manera que el paciente acuda al profesional de la medicina para que este le brinde su criterio sobre su estado de salud (le de un diagnóstico) su posible tratamiento y consecuencias por esta razón somos del criterio que la carga de la prueba debe recaer sobre el médico que es quien está en posesión de los conocimientos en el área de medicina y no sobre el paciente

De esto surge la siguiente interrogante ¿Cómo el paciente podrá probar un daño si no tiene conocimientos sobre medicina? Ello es así toda vez que el

paciente acude ante el médico porque tiene un padecimiento y no tiene las herramientas o conocimientos necesarios para tratar su padecimiento de manera tal que si el paciente no puede tratar su padecimiento como el mismo podrá probar que se le causo un daño

Excepcionalmente el paciente que acude al médico tendrá conocimientos de medicina pero no todas las personas que acuden al médico en busca de asistencia medica o de resultados especificos tienen conocimientos medicos lo que a nuestro criterio es causal suficiente para que bajo este supuesto opere la inversion de la carga de probar los hechos toda vez que existe evidentemente una condición de desventaja

2.12.12 Enfocado desde la Responsabilidad Civil del Médico

El Código Civil al respecto de las obligaciones de hacer resalta lo siguiente

Artículo 983 Si el obligado a hacer una cosa no la hiciera se mandara a ejecutar a su costa

En el caso de que se incurra en dolo negligencia o morosidad el Código Civil establece

Artículo 986 Quedan sujetos a indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo negligencia o morosidad o que de cualquier modo contravinieran el tenor de ellas

La incorporación legislativa de la doctrina de las cargas probatorias surtiría el efecto de desestimar de raíz el

argumento negatorio consistente en señalar que se trata de una doctrina inoficiosa y superflua porque lo que se tiene es suficiente para todo y en todos los casos. La admisión legal de las cargas probatorias dinámicas viene a reconocer y solucionar una situación excepcional no comprendida en las reglas corrientes de distribución del onus probandi (Peyrano 2014)

Al punto que deseamos llegar es que nuestra legislación permite que se dé la indemnización por daños y perjuicios causados cuando el agente actúe con dolo, negligencia, morosidad o cuando deje de cumplir con sus obligaciones. Desde este enfoque podemos relacionarlo con las obligaciones de medio o de resultado, donde el médico se comporta de manera similar, ya sea que actuando con dolo, negligencia o incumpliendo con sus obligaciones.

En definitiva, debemos entender que en Panamá, al hablar de las cargas dinámicas de la prueba, solo impera en el ámbito de la responsabilidad civil del médico cuando existe la obligación de medios por aplicación del derecho extranjero, próximo adoptando la tesis colombiana. También se puede utilizar como única herramienta procesal tal cual es la prueba de oficio como auto para mejor proveer del juez.

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente.

relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.

La equidad no puede tomarse como un concepto retórico debe analizarse en los casos de responsabilidad médico asistencial los cuales se consideran especiales por sus condiciones técnicas y científicas los médicos son quienes realmente se encuentran en circunstancias favorables para acudir al proceso a probar lo que se acondiciona a los postulados de la carga dinámica de la prueba solo así desde una postura personal se logra un tratamiento equitativo dirigido a las partes procesales enfrentadas en un conflicto jurídico de esta categoría.

En presencia de la posibilidad de construir indicios a partir de la conducta procesal de las partes a cargo del juez es menester el análisis de cada caso en concreto acerca de la conducta pasiva la entidad de salud actualmente rige el régimen de falla probada del servicio pues su actitud en el proceso se limita a esperar que se pruebe la falla lo que va en contra del principio de lealtad procesal cuando habitualmente es el demandado el que por regla general tiene el conocimiento fáctico técnico profesional y científico para develar los hechos y procedimientos llevados a cabo en el acto médico.

Los casos de responsabilidad médica son difíciles por su misma naturaleza además de que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud son

de forma impersonal por lo tanto la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA

Desde el momento en que el juez pueda dar por probada con certeza una culpa cometida por el medico sea cual fuera la naturaleza de esa culpa profesional o no sea cual sea su gravedad leve o lata debe obligar al autor de esa culpa a reparar la consecuencia de la misma

- *Jorge Enrique Jorgensen*

3 Consideraciones acerca de la Jurisprudencia Nacional en materia de Responsabilidad Civil Médica

Debemos señalar que la jurisprudencia en materia de la Responsabilidad Civil del Médico es bastante escasa en nuestro país de este modo ha sido poco el tratamiento que se le ha brindado pero aun así a partir del año 2000 nos hemos encontrado con un fenómeno jurisprudencial donde se han sentado las bases conceptuales y reglas para la aplicación de la responsabilidad civil del médico en la jurisprudencia panameña

De este modo en el presente capítulo realizaremos un esfuerzo por compilar la poca jurisprudencia existente en nuestro medio con el ánimo de comprender la aplicación realizada por los diversos tribunales a la figura de la responsabilidad civil médica

3 12 Jurisprudencia Nacional

**3 12 3 ENRIQUE MALEK Y BRENDA VALLADARES RECURRE EN CASACION DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO EN CONTRA DE CLINICAS Y HOSPITALES, S A , SONIA PORTILLO DE RÓVIRA Y RAMON CRESPO BERGES
MAGISTRADO PONENTE JOSE A TROYANO
31 DE JULIO DE 2000**

3 12 3 1 Antecedentes

Los señores ROBERTO ENRIQUE MALEK Y BRENDA VALLADARES DE MALEK impusieron una demanda ordinaria de mayor cuantía el día 2 de octubre de 1990 en nombre y representación de su hijo menor ROBERTO ENRIQUE MALEK VALLADARES en contra de CLINICAS Y HOSPITALES S A Y LOS DOCTORES RAMON CRESPO BERGES SONIA PORTILLO H Y XIOMARA M DE ROVIRA a fin de que fuesen condenados a pagarle a los demandantes la suma de B/ 850 000 00 por razón de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por ocasión de la negligencia médica en que incurrieron los demandados en la proyectada operación de adenoides que debió efectuarse al menor ROBERTO ENRIQUE MALEK en el Centro Médico Patilla

La contestación por parte de los demandados consistió en negar los hechos fundamentales de la reclamación planteada en la misma. La sentencia fue dictada por el Juez Séptimo de Circuito de Judicial de Panamá en la cual se condenó a los demandados a pagar la suma de B/ 21 592 68 en concepto de daños y perjuicios materiales y la suma de B/ 200 000 00 en concepto de daños y perjuicios morales así como también el pago de las costas que fueron fijadas en la suma de B/ 22 159 68

La resolución fue apelada por todos los demandados y elevada al Primer Tribunal Superior de Justicia que una vez finalizado el proceso emitió su sentencia la cual

reforma el contenido de la sentencia previa donde se reduce la cuantía a pagar por parte de los demandados a la suma de B/ 100 000 00 así como las costas de primera instancia que se fijaron en B/ 18 409 26 declarando además no probadas las excepciones de improcedencia en la reclamación y de caso fortuito que habían sido alegadas en segunda instancia. Seguido los demandados decidieron elevar su reclamación a una tercera instancia por medio del recurso extraordinario de casación.

3 12 3 2 Recurso de casación

3 12 3 2 1 Recurso de Casación interpuesto por SONIA PORTILLO Y XIOMARA DE ROVIRA

El recurso de casación es en el fondo y se apoya en tres causales. La primera causal consiste en infracción de normas sustantivas de Derecho por Error de Hecho sobre la Existencia de la Prueba la cual ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la Resolución recurrida (causal contemplada en el artículo 1154 del Código Judicial) y se apoya en los siguientes motivos:

Primero El Primer Tribunal Superior de Justicia en su resolución a fojas 4302 afirmó sin que exista Contrato alguno que **los daños que reclama la parte actora son por culpa o negligencia en la ejecución de un contrato**. Al arribar a esta conclusión partiendo de un hecho que no existe ni consta en el proceso el Ad Quem incurrió en error de hecho.

sobre la existencia de la prueba lo cual influyo en lo
dispositivo de la resolución recurrida ¹

Segundo El Primer Tribunal Superior de Justicia
equivocadamente sostiene a fojas 4302 que entre los padres
del menor y las doctoras XIOMARA DE ROVIRA Y SONIA
PORTILLO se suscribio un Contrato no obstante que tal
contrato no consta en el proceso Sin embargo ignoro
completamente el documento que se lee de fs 251 a 255 del
expediente que se refiere al Contrato de Servicios de

¹ La relación medico paciente generalmente es de naturaleza contractual. Excepcionalmente la relación sera de naturaleza extracontractual y en este sentido podemos afirmar que aun cuando no se haya suscrito un contrato entre las partes la relacion entre medico paciente tendra naturaleza contractual y dentro del ambito de los contratos podemos ubicar esta figura dentro de un contrato atipico es decir no reglamentado en nuestro ordenamiento jurídico que es eminentemente de naturaleza consensual ya que este se perfecciona con el simple consentimiento de las partes

Ahora bien dentro del proceso se suscribe un contrato entre la sociedad de Anestesiólogos S A y el Centro Médico Patilla y no entre con los galenos sino que estos eran simplemente subordinados de la sociedad de Anestesiólogos S A y que estas no tenían responsabilidad alguna por los danos o perjuicios causados al menor y sobre esto resulta interesante resaltar lo establecido por el Juez de Primera Instancia al señalar lo siguiente Recordemos que conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente las obligaciones nacen de la Ley los contratos cuasicontratos y los actos y omisiones ilícitas en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia según predica el artículo 974 del Código Civil Luego entonces si para el caso que nos ocupa se ha podido constatar que entre el pariente afectado y el medico cirujano hubo una contratacion de servicio medico cuyo objeto era practicar una cirugía electiva de adenoides misma que por su propia naturaleza suponía la necesidad de unas instalaciones hospitalarias y la asistencia del servicio de anestesiología que de paso quedo convenido iba a suministrarse por parte del Hospital Patilla quien a su vez ofrecio el servicio de anestesia a través de la Sociedad de Anestesiología S A resulta evidente que nació la obligación para las personas que intervinieron directa e indirectamente en ese acto pues que además quedó demostrado que los sanitarios actuaron de manera imprudente

Compartimos el criterio del tribunal de primera instancia toda vez que aun cuando se haya contratado a la sociedad para que brindara el servicio medico los medicos que llevaban a cabo cumplimiento del contrato de la sociedad actuaron en forma imprudente y a causa de su actuar derivaron danos y perjuicios al menor naciendo así el deber jurídico de indemnizar por las afectaciones ocasionadas por su conducta

Anestesiologia y Reanimación suscrito entre Clinicas y Hospitales S A (Centro Medico Patilla) y la sociedad de Anestesiologos S A así como el documento que aparece de fs 256 258 con membrete de la sociedad de Anestesiologos S A en el que aparecen nuestras representadas como miembros de dicha sociedad y en donde queda demostrado que nuestras representadas solo estaban subordinadas a la Sociedad de Anestesiologos S A que fue la que le prestó el servicio a los padres del menor al ser contactada (la sociedad) por el cirujano Al no tomar estas pruebas documentales el Ad quem incurrio en error de hecho sobre la existencia de la prueba

Tercero El Primer Tribunal Superior de Justicia paso por alto pues ignoro completamente las pruebas documentales legalmente aportadas al proceso y que aparecen de fojas 251 a 258 donde consta que quien acordó prestarle sus servicios profesionales de Anestesiologia al Hospital y a los padres del menor fue la sociedad Servicios de Anestesiologia y Reanimacion S A (Que no fue demandada) Por tanto se incurrio en error de hecho sobre la existencia de la prueba influyendo esa causal en lo sustancial del pleito

**3 12 3 2 2 Recurso de Casación interpuesto por RAMÓN CRESPO
BERGES**

El recurso de casación del DR CRESPO BERGES es en el fondo y se invoca como causal única la infracción de normas sustantivas de derecho por error de derecho en la apreciación de la prueba que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida

- 1) Que el Tribunal Superior valoró indebidamente una serie de testimonios que daban fe de que en ningún momento el menor ROBERTO ENRIQUE MALEK VALLADARES sufrió paro cardíaco ni hubo paro respiratorio al momento de iniciarse la intervención ²
- 2) Que el Tribunal Superior no valoró debidamente el informe relativo a la inspección judicial y reconstrucción de los hechos que demuestran que el menor no sufrió paro cardíaco que lo ocurrido al menor fue una bradicardia lo que no indica que

² Es importante insistir que de acuerdo a la sentencia de primera y segunda instancia para los efectos de la negligencia y culpabilidad de los daños causados no se suma a las reacciones que tuvo el menor al aplicarse la anestesia que le produjo bradicardia y paro cardíaco sino la decisión de los galenos de continuar con el procedimiento de cirugía pese a las reacciones que experimentó el menor conclusión a la que llegó el ad quem luego de revisar el material probatorio que fue tomado en consideración en este sentido en el que debe recordarse quedan incluidos el historial clínico del menor ROBERTO ENRIQUE MALEK VALLADARES y las certificaciones expedidas por los propios galenos

Los galenos son responsables no por las reacciones que tuvo el menor sino que los mismos resultan responsables por la causación de daños y perjuicios al menor toda vez que ellos continuaron practicando el procedimiento médico a sabiendas de que el menor presentó consecuencias adversas por la aplicación de la anestesia y lo que la prudencia indicaba era dejar de practicar el procedimiento médico lo que hace responsables a los médicos ya que estos actuaron en forma imprudente

había que suspender el procedimiento lo que descarta la conducta negligente o imprudente de los médicos demandados

3) Que el Tribunal Superior tampoco valoró como debía la historia clínica del menor ya que manifestó que la misma acredita que el paciente sufrió un paro cardíaco respiratorio cuando ello no es así porque en el formulario de salida N 45509 consta que el diagnóstico fue Hipersensibilidad a la anestesia (F 153)

3 12 3 2 3 Recurso de Casación interpuesto por CLINICAS Y HOSPITALES PAITILLA

El recurso de casación que fue interpuesto por CLINICAS Y HOSPITALES PAITILLA menciona las siguientes causales

PRIMERO Con infracción del precepto legal sustantivo que establece que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus causahabientes la sentencia atacada erróneamente condena a CLINICAS Y HOSPITALES S A por el cumplimiento de obligaciones que en ningún momento asumió desconociendo que las prestaciones de naturaleza médica estaban a cargo exclusivo de los doctores RAMON CRESPO BERGES SONIA

PORTILLO y XIOMARA DE ROVIRA pues habían sido contratados para estos efectos por los padres del menor ROBERTO ENRIQUE MALEK para la práctica de una cirugía de adenoides

SEGUNDO La sentencia impugnada responsabilizó a CLINICAS Y HOSPITALES S A por los actos médicos ejecutados por los profesionales independientes doctores RAMON CRESPO SONIA PORTILLO Y XIOMARA DE ROVIRA infringiendo así la regla legal que estatuye que las obligaciones que nacen de los contratos solo tienen fuerza de ley entre las partes que lo han suscrito y deben cumplirse a tenor de los mismos

TERCERO Para condenar a CLINICAS Y HOSPITALES S A por los cargos que formulan los demandantes la sentencia censurada sostuvo erróneamente que existía una presunta responsabilidad solidaria por las situaciones médicas que ejecutaron los profesionales de la medicina RAMON CRESPO BERGES SONIA PORTILLO y XIOMARA DE ROVIRA respecto a su paciente ROBERTO ENRIQUE MALEK con lo cual se violó el canon legal sustantivo que preceptúa que la concurrencia de dos o más deudores no implica que cada uno de estos debe prestar íntegramente las

cosas objeto de la misma pues para que esto tenga lugar es necesario que el carácter solidario de la obligación este expresamente determinado

CUARTO Con desconocimiento del principio legal que dispone que en las obligaciones solidarias el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente la sentencia recurrida por error atribuyó una responsabilidad solidaria a CLINICAS Y HOSPITALES S A por las actuaciones profesionales que ejecutaron los médicos RAMON CRESPO BERGES SONIA PORTILLO y XIOMARA DE ROVIRA en relación con su paciente ROBERTO ENRIQUE MALEK pese a que entre esa entidad y los citados facultativos no existían vínculos obligacionales de solidaridad

3 12 3 3 El tribunal reconoce error de derecho en la apreciación de la prueba

Ha quedado demostrado que se trata de un paciente menor de edad (niño de apenas 5 años) que fue llevado al HOSPITAL PAITILLA para ser sometido a cirugía electiva de adenoides **quien al recibir los gases anestésicos presentó reacciones y variaciones en los patrones de respiración, lo cual fue controlado rápidamente, pero que al mismo tiempo llevó a los**

galenos tratantes a la impresión diagnóstica presuntiva de que el paciente sufrió bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio ³

Esta reacción y la consiguiente impresión de los galenos ante las circunstancias de que primero se intentaba practicar una cirugía electiva y seguido se creía que el paciente había sufrido bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio era de suponer que había un caso fortuito que aconsejaba la conveniencia de suspender todo intento de practicar la programada cirugía algo delicado y grave para la salud e integridad del paciente se había hecho presente y por ende lo prudente era suspender y no decidir en conjunto continuar como de hecho confiesan los propios médicos que lo hicieron lo cual produjo daños y perjuicios materiales y morales para el paciente y sus padres

La Sala comparte el análisis realizado en la sentencia de primera instancia respecto a la responsabilidad de la demandada cuando indica que CLINICAS Y HOSPITALES S A **está obligada a responder de los actos**

³ El paciente al aplicarse los gases anestésicos presenta variaciones en su lo cual fue controlado rápidamente pero que al mismo tiempo llevó a los galenos tratantes a la impresión diagnóstica presuntiva de que el paciente sufrió bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio de este modo la prudencia médica indicaba que no debía seguirse realizando el tratamiento médico pero los galenos continuaron realizando el acto médico causando así daños y perjuicios al menor de edad por su actuar imprudente lo que genera la obligación de resarcir por los daños y perjuicios causados por su actuar imprudente

La prudencia médica indicaba que el paciente al momento de aplicarse los gases anestésicos presentaba un cuadro de bradicardia marcada y paro cardíaco respiratorio lo que indicaba que no debía seguirse aplicando el procedimiento médico pero los galenos continuaron aplicando el procedimiento médico aun cuando la prudencia indicaba lo contrario

imprudentes en que incurrieron los sanitarios el día 13 de octubre de 1989, desde que por una parte ofrecen el servicio de anestesia a través de una sociedad que contrata con ellos y de otra parte, CLINICAS Y HOSPITALES, S A tiene la potestad de ofrecer las instalaciones y demás facilidades hospitalares (sic) a un grupo de médicos escogidos y seleccionados por su prestigio, de modo que no cualquier sanitario tiene acceso a las instalaciones de ese Hospital⁴ únicamente pueden usarlas los médicos que la administración ha reconocido y aprobado

En vista de lo anteriormente señalado la Sala considera que le asiste razón a la parte recurrente cuando alega que el Tribunal Superior incurrió en error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba al fijar el monto del daño moral en cien mil balboas (B/ 100 000 00) suma que al no haber sido establecida por los demandantes resulta bastante elevada tomando en consideración los parámetros que establece el artículo 1644a del Código Civil. Por tanto habiéndose comprobado la causal invocada en cuanto a este punto y la consecuente violación de los artículos 773 del Código Judicial y 1644a del Código Civil se debe casar la sentencia de segunda instancia y la Corte convertida en tribunal de instancia como lo establece el artículo 1180 del

⁴ Somos del criterio que CLINICAS Y HOSPITALES S A está obligada a responder por los daños y perjuicios que han ocasionado los galenos en el ejercicio de su profesión quienes actuaron en forma imprudente ya que CLINICAS Y HOSPITALES S A suscribe un contrato con la Sociedad de Anestesiólogos S A y que de este modo ofrecen los servicios de anestesiología y segundo que CLINICAS Y HOSPITALES S A en base a la potestad que tiene de prestar o no sus instalaciones esta brinda sus instalaciones y de más facilidades al grupo de médicos que realizó el procedimiento médico a sabiendas que la prudencia indicaba que no debía continuarse con el procedimiento por las reacciones adversas del menor a la anestesia

Código Judicial debe reformar la de primera instancia únicamente en cuanto al monto de la indemnización del daño moral el cual se fija en la suma de cincuenta mil balboas (B/ 50 000 00) principalmente porque de acuerdo a las constancias procesales apreciadas bajo el principio de la sana crítica ha quedado demostrado que el menor MALEK se ha recuperado sustancialmente es decir que no sufrió un daño de carácter permanente y que la reacción inicial experimentada por el menor y que produjo la acción negligente de los demandados constituyó un hecho impredecible

Por las mismas consideraciones anteriores antes de concluir la Sala señalo que no resolvería la causal de fondo del recurso debido a que lo objetado en este recurso es la cuantía del daño moral la cual según su concepto debía ser la que estableció el juzgador de primera instancia es decir la suma de B/ 200 000 00

La Sala decide casar la sentencia proferida por el Primer Tribunal Superior de Justicia y reformar la sentencia de manera que se condene a CLINICAS Y HOSPITALES S A (CENTRO MEDICO PAITILLA) al DR RAMON CRESPO BERGES y a la DRA XIOMARA M DE ROVIRA a pagarle a los señores ROBERTO ENRIQUE MALEK y a BRENDA VALLADARES DE MALEK quienes actúan en representación de su hijo ROBERTO ENRIQUE MALEK VALLADARES estableciendo las siguientes sumas de dinero

- a) La suma de VEINTIUN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS BALBOAS CON SESENTA Y OCHO CENTESIMOS

(B/ 21 592 68) en concepto de daños y perjuicios materiales
y

b) La suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/ 50 000 00)
en concepto de daños y perjuicios morales

SE CONDENA a los demandados a pagar a los actores la
suma de DOCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO
BALBOAS CON NOVENTA CENTESIMOS (B/ 12 238 90) en
concepto de costas de conformidad con los articulos 1055
num 1 y 2 y 1057 delCodigo Judicial mas los gastos del
proceso los cuales seran liquidados a través de la Secretaria

3 12 3 4 Comentarios

La sentencia de primera instancia cuyo analisis y juicio valorativo reiteramos es
avalada por el Tribunal Superior hace recaer responsabilidad y obligaciones en
CLINICA Y HOSPITALES S A en virtud que esa persona juridica fue quien
prestó los servicios hospitalarios que fueron utilizados por el menor y al que los
padres tuvieron anuentes a recibir los servicios incluyendo los servicios de
anestesiologia y otros propios de la actividad medica y que aunque el hecho se
enmarca dentro de la figura del caso fortuito los medicos continuaron con la
actividad poniendo en riesgo la vida del paciente

Somos del criterio que aun cuando los galenos continuaron aplicando el
procedimiento médico la prudencia indicaba que debia suspenderse el

procedimiento por lo que en base al actuar médico imprudente se causa el daño al paciente

Así mismo el tribunal establece la responsabilidad objetiva por la causación de un daño de manera tal que quien causa daño no importa sea contractual o extracontractual subsiste la obligación de resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su actuar

La responsabilidad objetiva Parte de la idea de que todo daño debe ser reparado independientemente de que el agente actúe o no con culpa en el momento de causarlo No es necesaria ninguna actuación culposa subjetiva del agente basta con que el daño se ocasione para que deba repararse

Nuestro criterio jurisprudencial contradice lo expuesto por el Código Civil ya que el mismo sigue una orientación subjetiva es decir que no hay responsabilidad civil más allá de la culpa de manera tal que ante el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia nos encontramos evidentemente ante un avance en materia de responsabilidad civil el cual establece que quien es causante del daño tiene el deber jurídico de repararlo

**3 12 4 BRITANIA RODANICHE RECORRE EN CASACION DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE JOSE MANUEL TERAN
SITTON, GLORIA CECILIA PINO DE TERAN, EN SU PROPIO
NOMBRE Y EN REPRESENTACION DE SU HIJA MENOR MELISSA
TERAN PINO**

**MAGISTRADO PONENTE ELIGIO A SALAS
25 DE FEBRERO DE 2000**

3 12 4 1 Antecedentes

Los apoderados judiciales de la doctora BRITTANNIA RODANICHE interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada el 7 de enero de 1999 proferida por el Primer Tribunal Superior de Justicia en la cual se confirmó la Resolución del 8 de octubre de 1993 emitida por el Juzgado Primero del Circuito de Panamá Ramo Civil dentro del proceso ordinario de mayor cuantía que JOSE MANUEL TERAN y GLORIA CECILIA PINO DE TERAN actuando en sus propios nombres y en representación de la menor MELISSA TERAN PINO

La resolución que en este caso se impugna condenó a lo siguiente

a) *Que la doctora BRITTANNIA RODANICHE es responsable de las lesiones cerebrales graves sufridas por la menor MELISSA TERAN PINO al momento de su nacimiento, por negligencia en la atención prestada*⁵

b) *Que en consecuencia la Doctora BRITTANNIA RODANICHE debe pagar a la menor MELISSA TERAN PINO en concepto de indemnización por los daños que le causó por negligencia en su atención al momento de su nacimiento la suma que se determine mediante el procedimiento señalado en el Artículo 983 del Código Judicial,*

⁵ La Negligencia consiste en el ejercicio de la profesión médica con la falta de cuidado descuido en la cual el médico puede abstenerse de realizar o actuar con la diligencia debida en la ejecución de un acto médico. Puede ejemplificarse en la carencia de atención durante el ejercicio médico de este modo la resolución atacada establece que la Dra. RODANICHE es responsable por su actuar descuidado al momento del nacimiento de la menor y que producto de este descuido la misma causa daños y perjuicios a la menor generando así el deber jurídico de resarcimiento por los daños

teniendo en cuenta que se trata de un daño de por vida la condición social y económica de la afectada, así como todos los gastos que requieran su atención durante el resto de su vida y la condición económica de la responsable del daño

c) Que la Doctora BRITTANNIA RODANICHE debe pagar a los señores JOSE MANUEL TERAN SITTON y GLORIA CECILIA PINO DE TERAN padres de la menor MELISSA TERAN PINO en concepto de indemnización por los daños morales que están sufriendo y seguirán sufriendo por razón de los daños severos causados en el cerebro de su mencionada hija por negligencia en su atención al momento de su nacimiento, la suma que se determine, mediante el procedimiento señalado en el artículo 983 del Código Judicial y tomando en cuenta que se trata de una afectación o dolor de por vida, por lo que se deberá tomar en cuenta la condición social y económica de dichos padres, y cualesquiera otra circunstancia que permita que dicha indemnización atenué o aminore ese dolor y

d) Que la Doctora BRITTANNIA RODANICHE está obligada a pagarle a los demandantes JOSE MANUEL TERAN SITTON GLORIA CECILIA PINO DE TERAN y MELISSA TERAN PINO las costas y gastos de este proceso civil que se determinarán con base en las condenas líquidas que se señalen de acuerdo con el procedimiento establecido en el Artículo 983 del

*Código Judicial para los efectos de costas y las liquidaciones
secretariales para los gastos (fs 1091 Y 1092)*

3 12 4 2 BRITTANIA RODANICHE interpone recurso de casación

El recurso que es interpuesto por BRITTANIA RODANICHE fue en la forma y el fondo y a continuación se mencionarán las causales citadas

Causal de Forma

La causal de forma es por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda ya que resuelve sobre un punto que no ha sido objeto de la controversia

*En el apartado correspondiente a los motivos afirma el recurrente que la **sentencia desconoció el principio legal que establece que no puede condenarse al demandado por un objeto distinto del pretendido en la demanda** Siendo que en la sentencia atacada se condenó a la doctora BRITTANNIA RODANICHE por el supuesto incumplimiento de unas normas técnico administrativas de atención médica que no se encontraban vigentes el 13 de septiembre de 1985 cuando ocurrió el nacimiento de la menor MELISSA TERAN PINO mal podiase en la sentencia recurrida invocar dicho reglamento por lo que al hacerlo se apartó de las pretensiones específicas que habían planteado los demandantes en su*

libelo de demanda y respecto a las cuales versó la controversia (supuesto embarazo post término estrechez pélvica periodo expulsivo prolongado)

*El cargo se concreta en que habiendo sido condenada la doctora **RODANICHE** por un hecho que no fue planteado en la demanda, se desconoció la regla fundamental de congruencia que exige que la decisión tiene que estar en consonancia con las pretensiones de la demandante y no se puede, por tanto, condenar al demandado por un objeto distinto*

Causal de Fondo

La causal de forma es por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda ya que resuelve sobre un punto que no ha sido objeto de la controversia

*En el apartado correspondiente a los motivos afirma el recurrente que la sentencia desconoció el principio legal que establece que no puede condenarse al demandado por un objeto distinto del pretendido en la demanda Siendo que en la sentencia atacada se condenó a la doctora **BRITTANNIA RODANICHE** por el supuesto incumplimiento de unas normas técnico administrativas de atención médica que no se encontraban vigentes el 13 de septiembre de 1985 cuando ocurrió el nacimiento de la menor **MELISSA TERAN PINO** mal podía en la sentencia recurrida invocar dicho reglamento por lo que al hacerlo se apartó de las*

pretensiones específicas que habían planteado los demandantes en su libelo de demanda y respecto a las cuales versó la controversia (supuesto embarazo post término estrechez pélvica periodo expulsivo prolongado)

El cargo se concreta en que habiendo sido condenada la doctora RODANICHE por un hecho que no fue planteado en la demanda se desconoció la regla fundamental de congruencia que exige que la decisión tiene que estar en consonancia con las pretensiones de la demandante y no se puede por tanto condenar al demandado por un objeto distinto

Como única causal de fondo ha sido invocada la de infracción de normas sustantivas de derecho por error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba

Vienen sustentados los cargos de injuricidad con que se impugna la sentencia en trece motivos que la Sala se tomará el trabajo de resumir en sus aspectos esenciales

1 Se condenó a la doctora BRITTANNIA RODANICHE porque se estimó erróneamente que fue probada su conducta profesional negligente en la atención gineco obstétrica que le brindó a la señora GLORIA CECILIA PINO DE TERAN y a su hija MELISSA TERAN PINO sin que los demandantes lograran acreditar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas a las que se acogieron a saber la presunta existencia de un embarazo post

término estrechez pélvica periodo expulsivo prolongado e inadecuado monitoreo de la frecuencia cardiaca fetal

2 La sentencia dictada no le concedió pleno valor probatorio conforme lo establece la ley a los documentos públicos que contienen el resultado de los exámenes y radiografías pelvimétricas que se le practicaron a GLORIA CECILIA PINO DE TERAN en la Caja del Seguro Social (visible a fojas 144) y que descartan la presunta estrechez pélvica de la mencionada y también que dicha circunstancia le impidiera u obstaculizara la celebración de un parto vaginal

3 A los documentos privados consistentes en tres sonogramas obstétricos practicados a GLORIA CECILIA PINO DE TERAN los días 20 de junio 3 de julio y 6 de septiembre de 1985 donde se acredita que la menor MELISSA TERAN PINO no presentó durante el embarazo de su madre ningún signo que indicara trastornos en su bienestar la sentencia no les atribuye la fuerza probatoria que la ley les dispensa

4 La resolución no apreció como ordena la ley las declaraciones de los doctores JUAN RAMON DE ROUX (fojas 163) BALTAZAR ISAZA (fojas 157) y la de la enfermera MARIE DE DUDLEY (fojas 355) Así mismo le atribuyó un valor probatorio que no tienen a las declaraciones rendidas por la testigo EVELIST DE KING (fojas 522)

y por el doctor PEDRO VARGAS (fojas 491) Se asegura que fueron mal valorados los testimonios de los doctores DEMETRIO DUTARY y FRANCISCO BRAVO ICAZA (fs 170 y 174) miembros de la Comisión Técnica nombrada por la Asociación Médica Nacional que se encargó del análisis de la actuación profesional de la doctora BRITTANNIA RODANICHE en la atención que le dispensara a la señora GLORIA CECILIA PINO DE TERAN

5 La sentencia mal valoró el informe técnico rendido por la Comisión mencionada en el punto anterior (fs 140) donde fue descartada la existencia de cualquier acto de negligencia reñido con la ética médica por parte de la doctora BRITTANNIA RODANICHE

6 No se valoraron apropiadamente los dictámenes periciales rendidos por los especialistas doctores EDGARDO CAMPANA y RUBEN VILLALAZ (fs 796) RUBEN DARIO MORA Y AGUSTIN OLMOS (fs 190 196 y 203) y JUAN SANCHEZ VEGA (fs 116) ya que con ellos se demuestra que nunca hubo negligencia en la conducta de la demandada y que durante el embarazo y en el parto de la señora de TERAN no se dieron signos de estrechez pélvica embarazo post-término y período expulsivo prolongado como han alegado los demandantes

7 No han sido valorados como manda la ley las inspecciones judiciales practicadas con intervención de peritos a la Clínica San

Fernando Centro Médico Paitilla y el Consultorio de la Doctora BRITTANNIA RODANICHE que acreditan la ausencia de periodo expulsivo prolongado la inexistencia de signos de sufrimiento fetal hemorragias fracturas lesiones o hematomas en el nacimiento de la menor MELISSA TERAN PINO acaecido el 13 de septiembre de 1985

8 No se valoró correctamente la declaración de parte rendida por la doctora BRITTANNIA RODANICHE (fs 497) donde se explican con claridad las atenciones y cuidados que le dispensó durante el embarazo y el parto a la señora de TERAN lo que fuera corroborado por los dictámenes periciales documentos testimonios y demás pruebas incorporadas a los autos

3 12 4 3 Oposición al Recurso de Casación interpuesto por BRITTANNIA RODANICHE

Los padres de la menor MELISSA TERAN PINO en su representación presentaron su oposición en respuesta al recurso que interpuso la DRA RODANICHE tratando de demostrar su culpabilidad en cuanto a las lesiones que sufrió su hija en el momento de su nacimiento. Se enumeraron varios puntos que motivan su posición.

1 Puntuación de APGAR Este es un sistema o método que se emplea para medir la condición de salud de un recién nacido

MELISSA TERAN PINO nació con el puntaje de APGAR más bajo que se le puede dar a cualquier recién nacido salvo si éste nace muerto En su caso la menor nació con APGAR de 1

Siendo que El unico signo de vida que MELISSA presentó fue una frecuencia cardiaca por debajo de cien (100) latidos por minutos de ahí que el Dr PEDRO VARGAS Pediatra Neonatólogo presente en el parto le asignara una puntuacion de uno (1) al minuto de vida todos los demas parametros (Esfuerzo respiratorio, Tono muscular, Irritabilidad refleja y Color) estaban ausentes, es decir en cero (0) Se afirma que BRITTANNIA RODANICHE es responsable absoluta de haber traído a este mundo a una niña casi muerta por no haber tomado las precauciones mínimas pues de haberlo hecho se hubiese podido evitar el irreparable daño que sufrió la menor

2 La menor MELISSA TERAN tiene daños cerebrales serios que la mantienen con cuadriplejia (paralisis de los cuatro miembros), con convulsiones continuas perdida de la vision y audicion y otras limitaciones de orden fisico muy graves De todo ello es responsable la demandada debido a la negligencia médica con que actuo en el momento del

*nacimiento*⁶ Se aduce la declaración del Dr SABATINO POLITIS (Neurólogo Pediatra) quien describe la condición neurológica que acusa la menor y expresa que la causa del daño cerebral que padece es Una hipoxia cerebral severa con encefalopatía hipóxica isquémica secundaria la del Dr PEDRO VARGAS Pediatra Neonatólogo quien declaró el cuadro neurológico cognoscitivo de MELISSA es secuela neurológica de un INSULTO CEREBRAL EXTENSO Y SEVERO OCURRIDO EN EL PERIODO PERINATAL y agregó

Las convulsiones por si solas pueden (cornijo) no pueden establecer inequívocamente daño cerebral sin embargo su ocurrencia en las primeras 12 a 24 horas de vida sugieren el factor etiológico que está antes del nacimiento o durante el nacimiento En el caso de MELISSA este es uno de los signos que favorecen que si hubo un insulto del sistema nervioso central y que éste ocurrió muy probablemente antes del nacimiento

⁶En la oposición al recurso se alega que los daños y perjuicios que sufre la menor son producto del actuar negligente que atribuyen los mismos a la Dra RODANICHE La Menor tiene una Hipoxia Cerebral severa en la cual el DR PEDRO VARGAS señala que es una consecuencia de un insulto cerebral extenso y severo ocurrido en el periodo perinatal

Las convulsiones en el periodo neonatal en general son una complicación del periodo prenatal postnatal o perinatal

El periodo perinatal comprende el periodo alrededor del parto y el periodo prenatal comprendería el periodo anterior al nacimiento del bebé (fs 484)

*Se refiere el oponente al documento que contiene los resultados de una Tomografía Axial Computarizada de Cerebro realizada a la menor en el Hospital de Niños de Texas Estados Unidos el 14 de marzo de 1986 del cual los doctores VARGAS y POLITIS deducen al interpretarlo que los hallazgos en él descritos tienen como posibilidad ser el resultado de un daño cerebral de tipo isquémico Para el oponente BRITTANNIA RODANICHE tenía la obligación de evitar tales daños ocurridos antes del nacimiento de la niña partiendo de que según los especialistas POLITIS y VARGAS **el daño cerebral se debió a la falta o disminución de la profusión sanguínea y/o a la cantidad de oxígeno que llegó al cerebro del feto antes o durante el parto, lo que provocó una asfixia severa con infarto cerebral e isquemia y las lesiones terribles que sufrió la menor***

Indica que se pudo establecer que antes y al momento de nacer el feto padeció acidosis severa de tipo metabólico

acumulando ácido lo cual pudo tener como causas la infección insuficiencias placentarias o enfermedades maternas que afectaron la integridad del intercambio gaseoso y de sustancias entre la madre y el feto La acidosis metabólica en un recién nacido implica la posibilidad de caer en un daño cerebral como se deduce de la acción exhibitoria practicada en la Clínica San Fernando y de las declaraciones de los doctores POLITIS y VARGAS Se aduce que no se practicó el monitoreo fetal electrónico durante el periodo expulsivo y de allí que no se pudiera detectar el sufrimiento del feto ocasionado por la acidosis lo cual constituye un acto de franca negligencia en el ejercicio de la profesión por parte de la doctora RODANICHE de haberlo hecho hubiese detectado sin duda alguna que el feto estaba sufriendo (sin importar la causa de ese sufrimiento) y haber tomado las precauciones correctivos o acción inmediata para evitar el daño al cerebro de la hija de los esposos TERAN No hubo la vigilancia adecuada para que el feto de GLORIA TERAN la madre recibiera el aporte de oxígeno necesario a su cerebro y así evitar los efectos de la acidosis metabólica Se insiste en que hubo negligencia en la atención médica brindada

3 Embarazo post término y fecha probable del parto De acuerdo a los registros que de su paciente llevaba la doctora

BRITTANNIA RODANICHE GLORIA DE TERAN tenía como fecha probable de parto el 20 de agosto de 1985. Esa fecha también coincide con la identificación de la actividad cardíaca fetal realizada a las doce semanas de gestación por amenorrea y lo confirman dos ultrasonogramas obstétricos que mostraron que la edad gestacional por ultrasonido era igual a la edad gestacional por amenorrea. Por eso al ocurrir el nacimiento el 13 de septiembre de 1985 habían transcurrido 24 días de la fecha probable del parto lo que implica que hubo un embarazo post término de 43 2/7 semanas gestación que excede las 42 semanas y que implicaba un factor de riesgo para la salud y la vida del infante que estaba por nacer. En tales circunstancias la doctora RODANICHE debió tomar medidas para evaluar cuidadosa y constantemente la frecuencia cardíaca fetal hacer un estudio biofísico del bienestar fetal determinar el volumen del líquido amniótico y hacer tomas de sangre del cuero cabelludo para la determinación del IPH.

A través del método de valoración APGAR que se le practicó a la recién nacida se pudo comprobar que MELISSA TERAN nació con APGAR de 1 lo cual significa que lo hizo en un pésimo estado de salud a causa de un traumatismo del sistema nervioso central intrauterino que se prolongó durante el parto y la expulsión del feto todo lo cual pudo ser evitado. Ese

sufrimiento fetal de haber sido detectado a tiempo a través de un monitoreo fetal continuo (vigilancia continuada de la frecuencia cardíaca fetal) se pudo impedir. El no haber practicado el monitoreo electrónico continuo no permitió que se supiera en qué momento se inició el sufrimiento fetal que trajo como consecuencia el daño cerebral incapacitante que padece MELISSA TERAN. Nadie discute en todo caso que antes del ingreso al hospital el feto de GLORIA TERAN se encontraba en buen estado. El monitoreo fetal continuo dejó de realizarse a partir de las 5 15 p. m. a excepción de una toma aislada que a las 6 00 p. m. realizó la enfermera obstetra EVELIST DE KING pero quedó probado que mientras el producto de la gestación estuvo monitorizado electrónicamente hubo evidencias de que la bebé MELISSA TERAN tenía cierto grado de insuficiencia fetal de lo cual no se percató la doctora BRITTANNIA RODANICHE o en todo caso no tomó las medidas para impedir los daños irreversibles y severos al cerebro de la niña que se produjeron. Sostiene que el sufrimiento fetal del feto quedó reflejado en los registros de la frecuencia cardíaca fetal (latidos por minuto) registrado en los records que al decir de los doctores VARGAS OLMOS y MORA no fue nunca superior a los 120 latidos por minuto indicador de que el bienestar fetal estaba en peligro. La obstetra responsable de detectar los

cambios en la frecuencia cardiaca no los detectó y eso constituye negligencia. El nivel de frecuencia cardiaca fetal por debajo de los 120 latidos por minuto en el caso del feto de GLORIA DE TERAN está confirmado por la declaración de la enfermera obstetra y testigo presencial del parto MARIE DE DUDLEY

Afirma el oponente que el periodo expulsivo del feto se prolongó por espacio de una hora y siete minutos de 7 50 p m hora en que la doctora RODANICHE rotó la cabeza fetal punto de inicio del periodo expulsivo hasta las 8 57 p m o sea el momento del nacimiento de MELISSA TERAN y que ese es definitivamente un periodo expulsivo prolongado añade que el daño ocasionado al cerebro de MELISSA se dio entre las 11 55 a m y las 8 57 p m del día 13 de septiembre de 1985 horas de ingreso de la madre al hospital y del nacimiento de la niña

3 12 4 4 Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual

En la resolución que fue emitida por el Tribunal Superior se considero que la reclamación en contra de la doctora BRITTANIA RODANICHE debía ser

considerada basada en dos vertientes la de la responsabilidad contractual y la de la responsabilidad extracontractual

En lo que corresponde a la responsabilidad contractual se centra en que la supuesta negligencia médica que se produjo fue en el marco del compromiso que adquirió la Doctora al momento de brindar la atención médica a la señora GLORIA TERAN y a MELISSA TERAN PINO como madre e hija y es de esta actuación que se deriva la negligencia que se manifiesta siendo directamente las causantes de las condiciones en que nació la menor

El fallo reza de la siguiente manera

Entre médico y paciente existe una relación de orden contractual fundada en el contrato de servicios médicos. Siendo por su naturaleza esta clase de convención una de medio y no una de resultado debe el demandante acreditar la comisión de la negligencia culposa en que haya incurrido el profesional si es que se quiere que la pretensión le sea reconocida en juicio

La responsabilidad extracontractual en este caso la ubicó el tribunal en la acción de reparación del daño moral experimentado por los padres de la menor concretamente por el demandante JOSE MANUEL TERAN quienes han sufrido

las consecuencias de las condiciones en que nació su hija, *con lesiones de carácter permanente e irreversibles que la incapacitan de por vida*⁷

3 12 4 5 El Nexo de Causalidad

El tribunal de casación realizó consideraciones también con respecto al nexo de causalidad en este caso que se presenta el cual aborda de la siguiente manera en el fallo

Sobre el nexo de causalidad la Corte Suprema en la Jurisprudencia nacional se ha pronunciado y ha establecido el siguiente criterio

Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad lo que debe entenderse es que el actuar de quien esté obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño o sea que entre el comportamiento del agente y el y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto de este modo el nexo o relación de causalidad es el otro elemento del cual no es admisible prescindir en el momento de determinar si se ha generado la responsabilidad civil en un caso específico que tenga que ver con la prueba de la responsabilidad médica Cuando se trata de la responsabilidad médica cobra especial interés este problema dada

⁷ Resulta interesante el análisis del presente fallo es que la resolución atacada considera la responsabilidad en dos vertientes que son La de la responsabilidad contractual y la de la responsabilidad extracontractual

la particular complejidad que sobreviene a consecuencia de los fenómenos envueltos con motivo de la prestación del servicio médico aplicado a la salud del ser humano el desarrollo de la ciencia y el de los avances tecnológicos que necesariamente están presentes en el ejercicio de la medicina

De este modo la Corte Suprema de justicia ha hecho énfasis en que se requiere de la existencia del nexo o relación de causalidad configurándose esta como un elemento fundamental de la Responsabilidad Civil Médica el cual consiste en aquella relación que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño de manera tal que el nexo de causalidad se configura como aquella relación que debe existir entre la conducta contraria al ordenamiento jurídico y el daño ocasionado por el agente causante del daño

Sigue señalando la Corte en el mismo fallo que el nexo de causalidad Siempre será requisito ineludible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse ⁸

⁸ El Profesor Universidad de Belgrano Argentina MARTIN DIEGO PIROTA haciendo referencia al nexo o relación de causalidad nos dice que El nexo de causalidad adecuado es aquel que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño De la cita anterior se desprende que el nexo o la relación de causalidad consiste en la relación que existe entre la conducta antijurídica es decir de la conducta contraria al ordenamiento jurídico y el daño que se le ha causado a la víctima De manera tal que si no existe este nexo de causalidad entre la conducta causante del daño ya sea una acción u omisión del agente y el daño causado por el agente el daño no hubiese sucedido

Una de las intervenciones más distintivas del tribunal en este fallo versa sobre las pruebas testimoniales presentadas y como las mismas no concretan que pueda haber una relación concreta de culpa atribuible a la DOCTORA BRITTANNIA RODANICHE

Cuando en la primera parte de esta sentencia fueron examinadas las pruebas más relevantes aportadas por ambas partes de este juicio especial atención le fue brindada a las que pretendían acreditar la conducta culposa de la doctora BRITTANIA RODANICHE. Igual se hizo con las pruebas que contradicen ese extremo. Al respecto es conveniente recordar que los dos testigos de la parte actora, doctor PEDRO VARGAS VIDAL y enfermera EVELIST DE KING expresaron la última de manera muy contradictoria y el primero sin afirmarlo categóricamente que en la labor de parto la demandada no desplegó una actividad apropiada. Pero para los efectos de esclarecer lo acontecido en cuanto a la calidad de los servicios

Es decir que el nexo de causalidad es elemento que permite determinar si existe responsabilidad o no del agente causante del daño, toda vez que permite establecer la relación que existe entre la conducta del agente o victimario y el daño causado, de manera tal que si no existe esta relación causal no hubiese ocurrido el evento danoso.

El Nexo Causal es un elemento esencial para lograr la reparación del daño, toda vez que el mismo es necesario para lograr que las autoridades judiciales competentes puedan declarar a través de una resolución judicial si es afectada o no, y que la misma pueda ejercer derechos nacidos producto de la causación del daño, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual.

Ello es así, toda vez que dentro del proceso en el cual se solicita la reparación del daño que se ha causado, el mismo ha debido probar la existencia del nexo de causalidad entre el daño y el causante del daño.

En este sentido BUSTAMANTE ALSINA señala que: De otro modo se podría estar atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro.

brindados por la parte demandada las dos declaraciones ubican la deficiencia en que en la última fase de la labor de parto -el período expulsivo- fue dejado de aplicar el monitoreo electrónico fetal. La otra testigo, doctora SOLANGE DE LOS RÍOS, anestesióloga y pediatra, también presente en el cuarto de expulsivo durante el parto, se limitó a contestar que no recordaba, sin negarlo ni afirmarlo, que se hubiese utilizado algún tipo de aparato para el monitoreo fetal (ver fojas 460). Hay que entender, entonces, que es aquí, en esa omisión, en donde tendría que hacerse radicar principalmente la conducta culpable que se le atribuye a la parte demandada. Ese señalamiento de culpabilidad hay que confrontarlo, sin embargo, con las declaraciones rendidas por los también testigos presenciales que asistieron al parto: doctores JUAN RAMÓN DE ROUX y enfermera MARIE DE DUDLEY, ambos especialistas en obstetricia, quienes afirmaron que nunca se dejó de practicar el monitoreo fetal durante el transcurso de la labor de parto a la señora de TERAN y que, si el electrónico no se aplicó durante el período expulsivo (porque, según lo afirman, en el cuarto de expulsivo no era dable llevarlo a cabo en ese entonces en la Clínica San Fernando y debido a que la posición física en que estaba colocada la señora de TERAN, por razón de haberle sido aplicada anestesia epidural y anestesia raquídea), el monitoreo se le continuó aplicando a través del sistema manual conocido como doppler. A este respecto, el doctor DE ROUX

manifesto que la aplicación del monitoreo electrónico en un caso como el que analizamos no era un asunto mandatorio u obligatorio en el cuarto de expulsivo y que el mismo raramente se utiliza calificando la conducta adoptada como de normal o usual en las condiciones prevalecientes en el país en el momento en que se produjeron los hechos. Lo cierto es que de las declaraciones testimoniales y de los peritajes practicados no es deducible que el monitoreo electrónico constituya una técnica de obligatoria aplicación en todas las fases del parto en especial en la fase expulsiva de ese proceso.

3 12 4 6 La culpa del agente causante del daño

Una persona responde de un daño producido solo en el caso que su conducta culposa haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del resultado ⁹

⁹ La Conducta danosa por parte del agente debe ser realizada mediando dolo o culpa del médico de modo tal que si no existe un comportamiento doloso o culposo por parte del agente no hay deber de responder.

El dolo, la culpa y formas de estas son criterios de atribución de la responsabilidad civil de carácter subjetivo que recopila nuestro Código Civil patrio de modo que se requiere la presencia de una conducta dolosa o culposa para que se genere el deber jurídico de resarcimiento por los daños causados de tal modo que si no existe una conducta dolosa o culposa no hay responsabilidad.

En este sentido nuestro Código Civil preve tanto el resarcimiento por daños causados en base a la culpa contractual y extracontractual sobre las cuales nos dice lo siguiente:

Artículo 986 Culpa Contractual

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones el que incurriere en dolo, negligencia o morosidad y los de cualquier tipo que contravinieren el tenor de estas.

Importantes aportes realiza el juzgador al hacer un análisis del concepto de la culpa virtual

Conscientes ciertos ordenamientos jurídicos los tribunales de justicia y los autores que con especialidad se han dedicado al estudio de esta materia de las dificultades que enfrenta el demandante para establecer y demostrar la culpabilidad o la actuación deficiente de los profesionales de la medicina ha sido elaborada la teoría de la denominada culpa virtual con la cual se persigue facilitarle a los demandantes la demostración de la conducta culposa de los médicos a fin de que respondan de los daños que su comportamiento negligente le haya ocasionado a la salud de sus pacientes Sin renunciar al principio de que es el paciente quien tiene que demostrar la culpa del médico por vía excepcional la culpa se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios Es decir la forma como ocurrieron los hechos le permite inferir al Juez que sólo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño

Artículo 1644 Culpa Extracontractual

El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado

Se desprende de los artículos 986 y 1644 del Código Civil que quien cause daño mediando culpa o forma de estas sin importar si la misma es contractual o extracontractual tiene el deber de reparación de los daños y perjuicios que este cause en virtud del evento dañoso

Así mismo sigue señalando la Corte Suprema que La noción de culpa virtual no elimina el principio de la culpa probada a cargo del demandante y tampoco admite que se pueda partir de meras presunciones para establecer la responsabilidad del médico Siempre hará falta que el demandante demuestre o incorpore al proceso una serie de graves indicios (mismos que habrá que confrontar con lo que nos diga el resto de las pruebas allegadas a los autos) a partir de los cuales el juez no tenga más remedio que concluir por inferencia lógica que el daño es imputable a la culpa de quien se encargó de la prestación del servicio quien a su vez durante el desarrollo del proceso ha tenido la oportunidad de probar que empleó una práctica correcta para evitar los daños ocasionados

En otro fallo la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de la culpa virtual y señaló lo siguiente

Es imputable a quien incurrió en culpa o negligencia en la prestación del servicio médico conclusión está a la que llegó el Tribunal Superior al analizar las pruebas y los indicios no limitándose únicamente a la culpa presunta pues la demandante introdujo una serie de indicios que llevaron al Tribunal Ad quem a concluir lo que en la doctrina se denomina Culpa Virtual y que

para esta Sala su constatación no exime a la demandante de la carga de probarla aunque sea a través de la incorporación de indicios ¹⁰

3 12 4 7 Decisión del Tribunal

Habiendo realizados los análisis y evaluado puntos importantes de la sentencia del Tribunal Superior el magistrado ponente tomo la decisión de casar la sentencia impugnada absolviendo a la DRA RODANICHE contrario a lo ordenado con anterioridad

La Sala se ve obligada a manifestar que las pruebas de autos no ilustran debidamente al tribunal para que pueda llegar a la conclusión de que en este caso se haya demostrado la conducta culpable de la parte demandada en razón de la prestación de sus servicios médicos al igual que tampoco se ha podido incorporar la prueba que indique que existe una causalidad adecuada o inmediata que asocie de manera directa a la parte demandada con la producción del daño por el cual se ha interpuesto esta demanda

Así mismo la Sala desea dejar constancia que estima que la actuación procesal asumida por la parte demandante estuvo

¹⁰ En este fallo la Corte Suprema de Justicia da una nueva concepción a la culpa ya que se desprenden diversos terminos imprescindibles para valorar la responsabilidad civil médica tales como la culpa virtual

inspirada en la más completa buena fe de allí que no quepa pronunciar en su contra ninguna clase de condena en costas

*En consecuencia la Corte Suprema SALA DE LO CIVIL administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **CASA** la sentencia de 7 de enero de 1999 dictada por el Primer Tribunal Superior de Justicia **REVOCA** la sentencia de 8 de octubre de 1993 proferida por el Juez Primero de Circuito del Primer Circuito Judicial y en su lugar **ABSUELVE** a la parte demandada de los cargos formulados en su contra*

3 12 4 8 Comentarios

Analizando el presente fallo se observa en que existe un daño el cual es pérdida del cerebro totalmente de la menor derivada de la culpa médica. Somos del criterio en que al constituirse la responsabilidad civil médica deben existir tres elementos: La culpa, el daño subsistente y el nexo de causalidad.

Indudablemente existe la relación médico – paciente (nexo de causalidad) y el daño (daño cerebral de la menor por supuesta estrechez pélvica). Sin embargo el tema de la culpa en este caso resulta un problema ya que en nuestra legislación sin uno de estos tres elementos no existe la responsabilidad civil.

En dicho fallo el Tribunal de Casación se basó en dos figuras: En la culpa y en la culpa virtual. En base a la culpa se estimó que RODANICHE no concurrió en culpa.

debido a que la obligación que ella tenía era de medios y no de resultados. Debido a su naturaleza es decir por ser una obligación de medio y no de resultado la responsabilidad civil derivada de un acto médico defectuoso ya sea esta de orden contractual o de naturaleza extracontractual supone una culpa demostrada en cuanto al actuar médico. En cuanto a la culpa virtual evalúo que queda en cabida depurar cualquiera otra causa posible como la responsable del daño y habiéndose acreditado las circunstancias y hechos en que ese daño se produjo podría el Juez llegar al convencimiento íntimo de que el demandado actuó culposamente aunque no se haya podido establecer con toda claridad en que consistió el comportamiento culposos.

No cabe en opinión de la Sala desechar en ese sentido el principio general de que la víctima de un daño es la obligada a probar la relación de causalidad entre la acción del demandado y el daño causado.

No puede aceptarse en consecuencia que la relación de causalidad o nexo entre la conducta que se acusa de culpable y el daño sufrido se vea beneficiada por ningún tipo de presunciones.

A nuestro parecer para la eximencia de culpa o no debe existir en la responsabilidad civil del médico así como en otras legislaciones se abre tránsito a utilizar la figura del riesgo creando yendo así a la teoría objetivista y no a la subjetivista de nuestro Código Civil de 1916 que establece la posibilidad de que exista la responsabilidad civil sin la causación real del daño.

**3 12 5 PEDRO RIOS MENDOZA RECURRE EN CASACION DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA QUE LE SIGUE A
MARIA VICTORIA GARCIA**

MAGISTRADO PONENTE OYDEN ORTEGA DURAN

25 DE FEBRERO DE 2000

3 12 5 1 Antecedentes

Por medio de apoderado judicial el Licenciado ADAN VERGARA MORALES la señora MARIA VICTORIA GARCIA NIVAR comparecio al Juzgado Primero del Circuito Judicial de Los Santos a presentar una demanda en el proceso Ordinario Declarativo de Mayor Cuantia contra el Doctor PEDRO RIOS MENDOZA con la finalidad de que se condene al demandado al pago de la suma de QUINIENTOS MIL BALBOAS CON CERO CENTESIMOS (B/ 500 000 00) en concepto de indemnizacion de daños y perjuicios económicos sociales morales fisicos y de otra naturaleza que se hayan causado mas las costas gastos e intereses legales que se generen en el proceso

El doctor practico una mastectomia bilateral a la paciente quien es la demandante y que resulto como una vasculitis segun su diagnostico

Es motivo de discusion en la sentencia si la mastectomia es decir remover las mamas era o no el procedimiento que debia realizarse ante el diagnóstico de la señora GARCIA o si debia ser proporcionado un tratamiento médico distinto Pero lo que en realidad concentro la atencion del fallo estuvo en que el juzgador considero que la actuacion del doctor RIOS fue imprudente puesto a que el mismo

actuó más allá de sus conocimientos practicando una cirugía para la que no estaba entrenado colocando implantes mamarios a la paciente que debieron ser removidos a razón de complicaciones infecciosas que se presentaron posteriormente. El doctor RIOS no era propiamente un cirujano ni tenía especializaciones en el área de la cirugía plástica.

La demandante sufrió incapacidad definitiva de 153 días, deformidades estéticas en ambos senos y problemas circulatorios de congestión venosa en el brazo derecho permanentemente según consta en el expediente producidos por las intervenciones médicas.

En la demanda incoada por la demandante pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

- 1 Que el Doctor PEDRO RIOS MENDOZA fue condenado mediante sentencia en firme por el Juzgado Municipal de Las Tablas en perjuicio de mi mandante*
- 2 Que el Doctor Pedro RIOS MENDOZA fue condenado por el delito de Lesiones Culposas en perjuicio de mi mandante*
- 3 Que como consecuencia de su actuar negligente el Doctor PEDRO RÍOS MENDOZA fue condenado a la pena principal patrimonial o pecuniaria de 100 de días multa a razón de B/ 30 00 Balboas diarios lo que equivale a la suma de Tres Mil Balboas (B/ 3 000 00) suma de dinero que deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional en un periodo de seis (6) meses y*

además a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el término de seis (6) meses como responsable del Delito de Lesiones Culposas contenido en el artículo 139 del Código Penal

- 4 *Que como consecuencia de la declaración anterior el Doctor PEDRO RIOS MENDOZA está obligado a pagar indemnización por daños y perjuicios a mi mandante*
- 5 *Que como consecuencia de la declaración anterior el Doctor PEDRO RIOS MENDOZA esta obligación pagar perjuicios económicos sociales morales físicos y de otra naturaleza que le fueron ocasionados a mi mandante*
- 6 *Que como consecuencia de lo anterior el Doctor PEDRO RIOS MENDOZA está obligado a pagar las costas gastos e intereses legales que se generen en el presente proceso por el solo hecho de oponerse esta demanda*

Una vez concluido las fases del proceso el Juzgado Primero del Circuito de los Santos ordenó en la sentencia de esta primera instancia que se condenase en abstracto al Doctor Rios a pagar a la demandante por los daños y perjuicios que sufrió esta. La parte demandada presentó recurso de apelación aportando incluso pruebas de segunda instancia pero el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial confirma a través de su sentencia el criterio del tribunal anterior.

3 12 5 2 Recurso de Casación

Las manifestaciones del demandado al incurrir en casación basan el recurso en que al momento de que el juzgador del Tribunal Superior omitiere las pruebas aportadas afecto directamente a su decisión en la sentencia pues estos consideran que en las pruebas periciales que fueron presentadas se podía observar claramente que el procedimiento realizado por el doctor RIOS MENDOZA fue acorde a los requeridos para el tipo de enfermedad que presentaba la demandante

El doctor PEDRO RIOS MENDOZA interpuso su recurso de casación en el fondo motivado por la causal de Infracción De Normas Sustantivas De Derecho En Concepto De Error De Hecho En Cuanto A La Existencia De La Prueba para la cual planteo los siguientes motivos a continuación citados

PRIMERO El Tribunal Superior de Justicia del Cuarto Distrito Judicial de Panamá en la sentencia ignoró la prueba que reposa a fojas 20 y 99 del expediente consistente en un examen de patología elaborado por el DOCTOR LEONIDAS HERNANDEZ así como también el examen de patología elaborado por la DOCTORA MARISOL NG DE LEE (fs 22 y 91 del expediente) y también ignoró la prueba que reposa a fojas 137 del expediente que consiste en otro examen de patología elaborado por el DOCTOR VICENTE PACHAR ya que de haber considerado en el fallo dichas pruebas el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial de Panamá hubiera estimado que el dictamen médico que el demandado PEDRO RIOS

MENDOZA realizó de vasculitis a la demandante y que motivó la operación realizada se encontraba debidamente comprobado y por tanto no existía responsabilidad civil

SEGUNDO El Tribunal Superior de Justicia del Cuarto Distrito Judicial al momento de dictar la sentencia impugnada no tomó en cuenta el historial médico de la demandante que reposa a fojas 55 del expediente en el cual señala la DOCTORA ELDA REYES que la demandante había manifestado antecedentes familiares de cáncer y también desconoció la prueba que reposa a fojas 87 del expediente donde se consigna que la demandante tenía antecedentes familiares de lesiones en las mamas (madre hermanas tías maternas y un tío materno) puesto que de haber considera (sic) esta prueba hubiera estimado en la sentencia impugnada que la operación realizada se encontraba dentro de los tratamientos indicados y por tanto no se podía haber causado un (sic) responsabilidad civil

TERCERO La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Justicia del Cuarto Distrito Judicial de Panamá mediante la cual confirma la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil de Los Santos ignoró y por tanto no tomó en consideración la declaración de MIGUEL BUSTAVINO (fs 273 276 del expediente) declaración de JOSE DE LA ROSA VILLARREAL (fs 295 298 del expediente) el informe del Instituto de Medicina Legal

que establece que no hubo mala praxis médica (fs 343-345 del expediente) la declaración de EIRA RAQUEL GARCIA GOMEZ (fs 421 425 del expediente) la declaración de JUSTO SERRANO PIMENTEL (fs 1300 del expediente) y también ignoró el hecho de que la demandante no acudió a las citas para los exámenes psiquiátricos y psicológicos (fs 2144 y 2149 del expediente) porque de haber considerado dichas pruebas hubiera concluido que el demandante (sic) no le causó daño a la demandante y por tanto no existe la obligación de indemnizarla (fs 2 218 2 219)

3 12 5 3 Consideraciones del Tribunal

El tribunal de casación cita en el fallo una frase la cual nos parece de interés de la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia en la cual dice

Allí es donde surge la imprudencia del demandado por cuanto actuó más allá de sus conocimientos¹¹ es decir practicó una cirugía para la que no estaba entrenado y por añadidura colocó implantes mamarios a la paciente que luego debieron ser removidos o quitados por razón del problema infeccioso que sobrevino Los peritos dan a entender con claridad diáfana que lo importante no es

¹¹El doctor Ríos Actuo más allá de los conocimientos que este poseía y este realiza un procedimiento para el cual no se encontraba preparado para efectuar y este colocó implantes mamarios a la paciente que luego debieron ser removidos. El acto médico realizado por este fue imprudente ya que él sabía que no debía realizarlo puesto a que no era un experto en ese tipo de operaciones nunca había practicado un procedimiento similar de modo que la prudencia médica indicaba que no debía realizar el procedimiento

si hubo un juicio inexacto en cuanto al diagnóstico de la patología de la demandante

Una vez expuestos y discutidos otros puntos de la sentencia la sala decide NO CASAR y se fundamenta de la siguiente manera

Con fundamento en el análisis precedente siendo que el recurrente no logró demostrar que la omisión en la valoración de las pruebas enunciadas en cada uno de los motivos que sustentan la causal invocada inciden sustancialmente en lo dispositivo del Fallo recurrido ni tampoco que poseen la eficacia e idoneidad para desvirtuar el criterio expuesto por el Tribunal Superior la Sala puede concluir que no prosperan los cargos de ilegalidad formulados contra la Sentencia de Segunda instancia así como tampoco la alegada infracción de los artículos 780 784 832 907 966 todos del Código Judicial y el artículo 1644 del Código Civil por tanto se desestima por infundada la Causal de error de hecho sobre la existencia de la prueba objeto del presente Recurso de Casación

En consecuencia La Corte Suprema Sala Primera De Lo Civil administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley NO CASA la Resolución de seis (6) de octubre de dos mil diez (2010) proferida por el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial dentro del Proceso Ordinario de Mayor Cuantía que MARIA VICTORIA GARCIA NIVAR le sigue a PEDRO RÍOS MENDOZA

3 12 5 4 Comentarios

Al analizar este caso podemos observar como la intervención quirúrgica realizada por el doctor RIOS a su paciente MARIA VICTORIA GARCIA se trataba de una operación estética de aumento mamario la cual es considerada una operación de resultados razón por la que es incluso aun mas probable que prospere una demanda en este sentido

La decisión a la casación interpuesta decidió no casar el fallo impugnado puesto a que aun con los intentos presentados por la defensa del doctor PEDRO RIOS MENDOZA estos no lograron convencer de que el daño causado no había sido producto por sus actuaciones en cambio la Sala encontro que debido a una conducta imprudente en su actuar fue se produjo el daño que aqueja a la demandante

La Sala resuelve que la causal que fue aducida por el demandado la de omisión en la valoración de los medios probatorios no incidió sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada por tanto coincidió con los juzgadores de las inferiores instancias en su valoración

El doctor realizó procedimientos médicos para los que no había recibido entrenamiento previo haciendo pues uso de habilidades que no poseía Incluso se cuestiona que ese haya sido el procedimiento adecuado para el diagnóstico que se presentaba en su paciente todo esto fundamentado en diversas opiniones aportadas por medio de peritajes

Este fallo resulta de gran interés puesto a que el tribunal encontro sin lugar a dudas el nexo causal entre el daño causado y los perjuicios resultantes de la intervención quirurgica que fue realizada por el doctor a la demandante reconociendo la culpa elemento primordial de la responsabilidad civil medica en nuestro derecho

**3 12 6 BERNABE PEREZ GONZALEZ recurre en casación dentro del
Proceso ordinario que le sigue al HOSPITAL SAN MIGUEL
ARCANGEL, DR CARLOS PERURENA Y OTROS**

Magistrado Ponente ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

28 DE OCTUBRE DE 2009

3 12 6 1 Antecedentes

Por medio de abogado BERNABE GONZALEZ CASTILLO presento un recurso de casacion en el fondo contra la sentencia emitida por el Primer Tribunal Superior de Justicia el 19 de diciembre de 2006 la cual confirma sentencia del Juzgado Primero de Circuito del Segundo Circuito Judicial de Panamá ramo civil alegando la causal de Infraccion De Normas Sustantivas De Derecho en El Concepto de Error de Derecho en la Apreciacion de la prueba

Segun los hechos que constan en el fallo el señor BERNABE GONZALEZ se dirigió hacia el hospital en mencion con fuertes dolores abdominales de apéndice y fue intervenido quirurgicamente Tras un mes de la operacion el paciente se

encontraba no solamente con dolores abdominales sino que también con vómitos y fuertes fiebres

Nuevamente reingresa al HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL y se le diagnostica neumonía. Al Hospital no contar los aparatos necesarios para operarlo se le traslada al Hospital Santo Tomás. Ahí fue intervenido nuevamente tras un CAT en donde se le diagnosticó pus en la cavidad abdominal y líquido libre

Todo esto causó que se interpusiera una demanda en base a los artículos 986 y 989 del Código Civil que datan sobre la omisión de la diligencia debida cometida por los médicos y la diligencia exigible de modo que la parte recurrente ya no era capaz de valerse por sí mismo. En el memorial se objeta en los motivos la falta de reconocimiento de negligencia médica que estima hubo en la atención de su defendido y que considera se comprueba del caudal probatorio

3 12 6 2 La Resolución Impugnada

Mediante la sentencia No 62 2004 con fecha del 2 de diciembre de 2004 del Juzgado Primero de Circuito del Segundo Circuito Judicial de Panamá se absolvió a los demandados HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL los médicos CARLOS ALBERTO PERURENA VALLARINO IVAN BEITIA JURADO Y LA COMPAÑÍA DE SERVICIOS QUIRURGICOS INTEGRALES S A negando así el petitum del demandante. El fundamento de la negatividad de la misma fue que no se encontraron elementos probatorios suficientes que acreditan la supuesta negligencia médica

que daría lugar a reconocer al demandante el derecho de indemnización lo que dio lugar a que fuese presentado el recurso de casación

El Primer Tribunal Superior de Justicia previa reseña de lo acontecido según las constancias procesales decidió confirmar la sentencia

El Ad quem al resumir los hechos que fundamentan la petición del recurrente detalla que el señor BERNABE GONZALEZ CASTILLO llegó al cuarto de urgencias del HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL con fuertes dolores de apendicitis y luego de ser evaluado por CARLOS PERURENA fue intervenido quirúrgicamente. Se le practicó específicamente una laparotomía exploradora que encontró un plastron apendicular (una inflamación) por lo que le cerraron la herida

Pasado un mes el paciente regresa y es operado según el diagnóstico antes recibido y durante el post operatorio lo aquejan fuertes dolores abdominales vómitos y fiebre pero a pesar de este cuadro se le dio salida

Según lo expuesto en la apelación el paciente siguió empeorando por lo que reingreso y fue atendido por distintos médicos siendo su diagnóstico una neumonía por lo que fue enviado al Hospital Santo Tomas para ser hospitalizado por falta de equipo. Allí quedó en cuidados intensivos y fue operado porque tras practicarle un CAT resultó que tenía líquido libre y pus en cavidad abdominal y la herida estaba infectada y una perforación intestinal. El abogado atribuyó a una *mala técnica quirúrgica o mala preparación pre operatoria del paciente* que hizo

necesario que su cliente pasara por varias operaciones y que aun así hoy precisa de atención especial porque ya no es capaz de valerse por sí mismo

3 12 6 3 Inclinationes del Tribunal por la carga dinámica de la prueba

En instancias anteriores a la presentación del recurso de casación se falló de manera desfavorable para el señor BERNABE PEREZ debido a que se consideró que el demandante no pudo probar por medio de las pruebas aportadas que hubiese negligencia médica en sus actuantes

Los fallos resaltan la bien sabida responsabilidad de demostrar el nexo de causalidad entre el daño y el comportamiento que recae en quien lo alega

El recurrente indica en el escrito que la causal de error en la apreciación de la prueba se da cuando los dictámenes periciales emitidos por los doctores KEITH ARTHUR Y FELIX BONILLA fueron mal valorados afectando la decisión del fallo y menciona que a causa de las actuaciones de los médicos que atendieron al señor PEREZ trajeron para él distintas complicaciones por la dehiscencia presentada a causa de no haber realizado la técnica de doble ligadura del muñón apendicular adecuadamente

De la misma manera como parte del escrito de impugnación se cuestiona la evaluación del juez Ad quem sobre el informe pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal suscrito por ERIC AGUIRRE HUMBERTO MASS y LUIS BENITEZ A SCHMITD donde se llegó a la misma conclusión la de *empleo de*

técnicas inadecuadas al momento de realizar la intervención quirúrgica del apéndice

Se sostiene que el juez Ad quem también violó el artículo 966 del Código Judicial que permite la asistencia de peritos cuando en la causa se deban evaluar puntos técnicos que no sean del dominio del juzgador. Ello en razón de que se dejó llevar por meras posibilidades y no se formó un criterio de lo que las pruebas demuestran. Según el abogado del demandante, lo que acreditan es que la negligencia provocó la dehiscencia a su defendido, lo que ocasionó que se vertiera material fecal en su cavidad abdominal, causando la infección que terminó en un shock séptico abdominal y en una insuficiencia respiratoria aguda.

Dentro de las consideraciones realizadas por el Tribunal Superior en segunda instancia, el juez Ad consideró que las pruebas aportadas por el demandante no lograron crear convicción sobre el actuar negligente de los médicos, y que incluso los aportes del perito el doctor KEITH ARTHUR señalaban que la doble ligadura de muñón en una apendicetomía eran una técnica generalmente utilizada y no así obligatoria, y que aun así no determinaban si el Doctor BEITIA la utilizó o no, relacionando entonces la dehiscencia como resultado de alguno de los otros posibles factores.

La apendicetomía es una operación de medios y no de resultado, como bien declaraba el fallo del Tribunal Superior, y a causa de esto es aleatorio que el paciente se recupere, y no por este no recobrar su salud significa un actuar poco diligente o negligente por parte de su médico. Se menciona también que las

complicaciones producidas por la dehiscencia del muñon apendicular pudieron haber tenido otras causas como tales como *proceso inflamatorio en el área operada fibrosis del tejido en el área operada proceso infeccioso mal nutrición disminución de las defensas del organismo no cumplir las indicaciones médicas después del acto quirurgico tales como ingestas de laxantes alimentos o sustancias que aumenten el movimiento intestinal el uso de enemas* de esta manera se observa como el juez decidio no atribuir el daño a una mala práctica medica sino a otros factores

El juez de la alzada al manifestar su decision indica lo siguiente ***Prevalece ahora la Carga Dinamica de la prueba, porque uno (1) resulta dificil que un profesional de la medicina afirme de forma categorica que el procedimiento fue el equivocado y dos (2) principalmente, porque en casos como este de negligencia medica debe entenderse que quien reclama ha sufrido una merma fisica o mental, que le hace aun más dificil sus posibilidades y tres (3), porque la medicina a la postre es un trabajo de medio y no de resultado***¹²

¹²El dano será cierto en la medida que el mismo debe ser probado segun CLAUDIO TIMPSON LAYNE El dano debe ser objetivamente probable En este sentido el concepto de dano cierto resulta ser opuesto o contrario al concepto de dano incierto es decir aquel que no puede ser probado que es hipotetico eventual o conjetural que puede producirse como puede no producirse al efecto si se indemnizare un dano incierto o eventual y finalmente el dano no se materializa estariamos frente a un caso de enriquecimiento sin causa lo cual es en si antijuridico El dano debe existir y el mismo debe ser probado y no debe ser hipotetico Sobre esto el Profesor CLAUDIO TIMPSON LAYNE citando a BUSTAMANTE ALSINA se refiere al dano cierto de la siguiente manera Si bien lo que daría el dano de caracter eventual refiriendose a la Pérdida de la Chance sera la probabilidad de obtener ganancia o de evitar un perjuicio hay por otra parte una circunstancia cierta la oportunidad cierta se ha perdido y ello debe indemnizarse

Esto quiere decir que en el caso de la frustracion de una oportunidad producto de la causacion de un dano el agente causante del dano frustra la probabilidad oportunidad de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio lo que genera el deber de reparacion o resarcimiento del dano

Es decir que aquella persona que sufre un daño debe probar que se le ha causado un daño de manera tal que al probarse el daño nos encontramos frente a la existencia de un daño cierto y requisito necesario para que el daño sea reparado muy por el contrario está el daño incierto que es aquel que no puede ser probado y como no puede ser probado no puede ser reparado

En este sentido en cuanto a la ocurrencia del evento danoso según ALTERINI ALMEAL y LOPEZ CABANA El daño puede ser actual o futuro ello quiere decir que el daño puede que sea actual que ocurre en un momento o existe en un tiempo determinado el presente mientras que el daño futuro es aquel que aun no ha ocurrido pero que el mismo puede ocurrir o no

La Corte Suprema de Justicia máxima corporación de administración de nuestro país se ha pronunciado sobre el daño cierto y nos señala que Daño cierto es aquel que es certero y palpable lo cual resulta perfectamente exigible ante la culpa como bien se ha reconocido por esta Sala

La Prueba de las Obligaciones en la Legislación Panameña

El Código Civil patrio sobre la prueba de las obligaciones nos dice lo siguiente en su artículo 1100

Artículo 1100

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas Son ineficaces los pactos por los cuales se invierte o modifica la carga de la prueba

Parágrafo Esta norma no surte efecto sobre derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la vigencia de esa Ley y que tengan previa validez

El Código Civil en el citado artículo hace referencia a que la parte que alega la obligación o su extinción le corresponde probar es decir que soporta la carga de probar la obligación o la extinción aplicado al caso quien alega que se le ha ocasionado un daño tiene el deber de probar que se le ha ocasionado un daño o perjuicio

Señala además el artículo que no son válidos los acuerdos o pactos en los cuales se modifique la carga de la prueba de manera tal que no es válida la inversión de la carga de la prueba salvo el caso de que se trate de derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la vigencia del Código Civil

La Culpa Presunta y Su Relación con la Carga Dinámica de la Prueba

En el régimen de culpa presunta la responsabilidad sigue fundándose en la culpa pero esta se presume contra el demandado El actor está exonerado de probar la culpa pero si debe probar el perjuicio y nexo causal Se invierte la carga de la prueba en favor del demandante

Es decir que en el supuesto de presunción de la culpa el sujeto que ha producido el daño le corresponde probar que actuó diligentemente operando la inversión de la carga probatoria de este modo la responsabilidad se fundamenta en la culpa del agente causante del daño pero la misma se presume en contra del médico (demandado) de modo que el actor no tiene que probar la culpa del agente causante del daño ya que esta se presume en contra del médico pero que el actor si debe probar el daño y el nexo causal

En este supuesto opera la inversión de la carga de la prueba que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1100

Sin embargo a pesar de que se utilizó esta nueva figura procesal de la carga dinámica de la prueba la decisión de la Sala primera de lo Civil concluye en que no se constituyó ni culpa ni negligencia médica y se acogieron a los riesgos que podría acarrear la operación al firmar el señor González el consentimiento informado del paciente quedando obligado por los riesgos que esta operación pudiera suceder al momento de la operación

De esta premisa se acogieron los médicos que atendían a dicho paciente y dijeron que no eran culpables y no eran negligentes Y que fue un error o falla del servicio médico al no haber la tecnología a utilizar para tratar con la neumonía del paciente Por tanto la Sala Primera de lo Civil En vista de que no se han acreditado los cargos de antijuridicidad imputados a la sentencia recurrida no procede casar el recurso de casación

3 12 6 4 Comentarios

Tras analizar el presente fallo observamos que fue una de las pocas veces en que la Corte Suprema de Justicia invoca la figura de las cargas dinámicas probatorias puesto que en otros países sí se utiliza esta figura

El Tribunal Superior utiliza esta figura debido a que el señor Bernabe González está en indefensión de probar tales actos médicos por su falta de conocimientos técnicos en la pedagogía médica

El Tribunal Superior estimó que la utilización de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la cual compete a quien tenga mayor facilidad para acceder al

proceso elementos de convicción (pruebas) la obligación de hacerlo sin embargo ello no puede implicar una presunción de culpabilidad del médico

Por otro lado cabe señalar que al igual que el *ad quo* el *Ad quem* prevaleció con la teoría de la inversión de la carga de la prueba por estas tres razones la primera resulta difícil que un profesional de la medicina afirme de forma categórica que el procedimiento utilizado fue el equivocado en segundo por las condiciones difíciles en las que se encontraba el paciente era notoriamente su condición y por último porque esta obligación del médico fue de medios y no de resultados recordando que la obligación de medios es aquella en la cual el médico procura utilizar la debida diligencia y pericia como gaje del oficio que es la medicina no garantizando un fin sino el de mejorar la salud de su paciente

Este es una de las escasas oportunidades donde podemos observar como la moderna teoría de la carga dinámica de la prueba fue aceptada por el magistrado ponente Aunque en nuestro país esta no es la norma se hace la mención de la problemática que da origen a esta figura que es la evidente realidad de que el demandante en casos de responsabilidad civil médica rara vez cuenta con los conocimientos necesarios en ámbito científico para poder aportar una prueba favorable para sustentar sus reclamaciones y que quien se ve en mejor posición para dar defender y acreditar su actuaciones es el profesional de la salud y no el paciente a pesar de que la ley lo considera así en Panamá

**3 12 7 MARTINA DE LOPEZ y GENEVA GONZALEZ recurren en casación
dentro del Proceso ordinario de mayor cuantía propuesto por
JUANA MARQUEZ DE LAKE contra HOSPITAL AMERICA DE
PANAMA S A**

Magistrado Ponente HARLEY MITCHELL

3 12 7 1 Antecedentes

JUANA MARQUEZ DE LAKE demanda al HOSPITAL AMERICA a las galenas MARTINA DE LOPEZ Y GENEVA GONZALEZ por daños morales en atención a que la demandada fue intervenida quirúrgicamente por las doctoras mencionadas sin embargo no por daños materiales

La paciente JUANA MARQUEZ DE LAKE tuvo que infundadamente regresar al hospital donde fue tratada para encontrarse con el desdichado hecho de que dentro de sí había gasas dejadas por las médicas tratantes. Al pasar los días de este evento tuvo que nuevamente acudir al hospital para recibir atención médica y al examinarla notaron que aun había gasas dentro del aparato reproductor de la paciente

**3 12 7 2 Recurso de casación interpuesto por MARTINA DE LOPEZ y
GENEVA GONZALEZ**

En la primera instancia se dictaminó a favor de los demandantes sin embargo en la decisión del Tribunal Superior fue la de indemnizar a la paciente por daño

moral ante la negligencia causada por las galenas y por el HOSPITAL AMERICA DE PANAMA por el valor de diez mil balboas

El recurso de casacion fue presentado por la representacion judicial de las doctoras MARTINA DE LOPEZ Y GENEVA GONZALEZ cuando se decido desistir de impugnar la sentencia en segunda instancia La causal aducida fue en el fondo y fue la de Infracción De Normas Sustantivas De Derecho En El Concepto De Error De Derecho En La Apreciacion De La Prueba fundamentada en ocho motivos

PRIMERO El Tribunal Superior apreció erróneamente las declaraciones de parte de las Doctoras GENEVA GONZALEZ visible a fojas 143 a 148 y 157 a 160 y MARTINA VEGA DE LÓPEZ visible a fojas 148 a 152 y 161 a 166 al concluir en el fallo impugnado que tanto el Hospital América como las galenas incurrieron en negligencia médica

SEGUNDO Si la sentencia recurrida hubiese apreciado de manera integral las declaraciones de parte de las doctoras GONZALEZ y DE LÓPEZ y no de manera parcial tal como realizó el tribunal ad quem habria apreciado las atenciones cuidado recomendaciones médicas ofrecidas a la paciente y en especial que durante la operación quirurgica practicada a la señora JUANA MARQUEZ DE LAKE nunca se usaron gasa yodo formada sino dos rollitos de gasa de algodón en forma de tapón como 'tampax amarradas porque

introducir gasa yodo formada no es el procedimiento médico recomendado para este tipo de intervención quirúrgica al que fue sometida la paciente

TERCERO La decisión impugnada apreció erróneamente las pruebas testimoniales del doctor ANGEL DÍAZ MARMOLEO visible a fojas 129 a 131 de la enfermera GINA EDWARDS visible a fojas 125 a 126 el Doctor RICARDO VELARDE visible a fojas 207 a 211 y 222 226 al sostener el Tribunal Superior que de esas deposiciones se derivan por parte del Hospital América y de las doctoras González y de López negligencia médica

CUARTO Si la sentencia recurrida hubiese apreciado de manera correcta las declaraciones del doctor ANGEL DIAZ MARMOLEJO de la enfermera GINA EDWARDS y el Doctor RICARDO VELARDE el Tribunal Ad quem habría apreciado que la paciente llegó al consultorio médico sin evidencia de dolor ni datos de secreciones purulenta o fistula y sin laceraciones por lo tanto no existió la negligencia médica que el Tribunal Superior equivocadamente en el fallo le imputa a las galenas

QUINTO El Tribunal Superior le dio valor probatorio a la prueba testimonial de la señora MERCEDES HO DE GONZALEZ (fojas 133 a 137) pese que la misma aceptó ser hija de la demandante y ser testigo de oídas tal como se desprende de su deposición

SEXTO La sentencia impugnada aplicando el principio de la sana crítica le otorgó valor probatorio a la prueba documental visible a foja 45 consistente en un recetario firmado por el Doctor Angel Díaz pese a que no existe diligencia de reconocimiento de firma

SEPTIMO La decisión recurrida no obstante lo señalado en el motivo anterior de haber aplicado la regla de la sana crítica a las pruebas documentales visibles a fojas 14 15 20 31 43 y 44 el Tribunal Superior entonces hubiese apreciado las mismas concluyendo que no hubo negligencia médica porque está demostrado que en la operación quirúrgica nunca se usó gasa yodo formada como afirmaron las galenas en sus declaraciones de parte igualmente quedó probado que la Doctora MARTINA VEGA DE LÓPEZ le dispensó las atenciones post operatorias y por escrito le entregó las recomendaciones médicas a la paciente

OCTAVO Al valorar erróneamente el Tribunal Superior todo el caudal probatorio señalado ha incidido sustancialmente en la parte resolutive del fallo impugnado al condenar de manera solidaria por daño moral al Hospital América y a las doctoras GENEVA GONZALEZ y MARTINA VEGA DE LÓPEZ sin que exista prueba pericial que determine ese daño moral

**3 12 7 3 Consideraciones del Tribunal, cuerpo extraño post-
cirugia**

El tribunal al realizar su análisis del caso destaca que se pone en evidencia como si aparenta haber un daño moral debido al actuar negligente por los médicos tratantes así como de los dependientes del hospital lo cual yace en instancias anteriores basados en el hecho de que la paciente tuvo que regresar al hospital y se encontraron gasas dejadas por los médicos tratantes MARTINA DE LÓPEZ Y GENEVA GONZALEZ

Aun después de este primer reintegro injustificado al hospital la paciente nuevamente tuvo que recibir atención médica esta vez por otro profesional de la medicina que al examinarla le removió otra gasa nada más y nada menos que de sus órganos reproductivos o partes íntimas donde tuvo lugar la operación recibida por la paciente la señora JUANA MARQUEZ DE LAKE

El hecho que parecer sugerir la censura en sus motivos de que la gaza encontrada en la paciente no fue la misma que la que los médicos tratantes utilizaron no parece adecuado puesto que el Doctor ANGEL DIAZ MARMOLEJO señaló en su testimonio la localidad en que se encontró la segunda gaza extraída a saber a nivel del fondo del saco vaginal posterior y que tuvo que extraer con instrumentos médicos

Lo que para esta configuro la negligencia fue el hecho comprobado que dentro del organismo de la paciente había un cuerpo extraño que fue utilizado en la intervención quirúrgica anterior y que no tenía justificación médica de estar allí

Otro médico tuvo que remover nuevamente un cuerpo extraño de sus partes íntimas

La sentencia de segunda instancia no ahondó en si la gasa era yodo formada o se trataba de dos rollitos de algodón en forma de tapon. Lo que para ésta configuró la negligencia fue el hecho comprobado de que dentro del organismo de la paciente había un cuerpo extraño que fue utilizado en una intervención quirúrgica anterior y que no tenía justificación médica de estar allí. Por si fuera poco reiteramos que aproximadamente un mes después otro médico tuvo que remover nuevamente un cuerpo extraño de sus partes íntimas que fue dejado allí según indica la lógica por las médicas tratantes de su primigenia intervención quirúrgica. Dicho razonamiento para este Tribunal de Casación no tiene falla ¹³

La decisión de la Sala es de no casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior toda vez que incurrieron en negligencia las doctoras derivada de la responsabilidad civil como resultado de un actuar apático en un profesional de la medicina

La Sala manifestó que dentro del organismo de la paciente tenía un cuerpo extraño que fue manipulado la primera cirugía y que no asumía alegato médico de estar allí. En consecuencia alrededor de un mes después otro médico tuvo

¹³Evidentemente nos encontramos ante un caso de negligencia médica se dejaron gazas dentro del organismo de la paciente lo que no tenía justificación médica

Como hemos podido apreciar el actuar del médico es contrario a lo que exige el ejercicio profesional de la medicina por lo que es causal para exigir el resarcimiento de daño y perjuicios toda vez que se dejó dentro de la paciente implementos médicos luego de practicado el procedimiento médico

que remover reiteradamente un cuerpo extraño de sus partes íntimas que fue dejado allí según indica la lógica por los médicos tratantes de su inicial intervención quirúrgica

3 12 7 4 Comentarios

Resulta realmente interesante como la parte demandante presenta reclamación por daño moral y no físico en un caso de esta naturaleza y aun así encontrándose con lo que podríamos llamarle un resultado favorable

Nos encontramos frente a un caso donde una paciente tuvo que recurrir dos otras ocasiones para remover cuerpos extraños encontrados en su cuerpo específicamente en su sistema reproductor donde se llevó a cabo la intervención quirúrgica por las dos cirujanas demandadas. Es de infinita importancia que durante el actuar quirúrgico que realiza el médico haya verdadero cuidado al momento de realizar el conteo de los instrumentos y objetos utilizados en el procedimiento pero en este caso podemos observar como se pone en evidencia que no se obró con la atención debida y estos descuidos representaron percances serios para la paciente

Claramente se observa la cruda negligencia y de imprudencia que se realizó por parte de las médicas. Aunque no fuese una obligación de resultados sino de medios ellas debieron actuar con la debida prudencia y seguir los diversos lineamientos y principios que caracterizan a la profesión médica en general

La situación post operatoria en la que se encontró la demandante es sin duda alguna la más clara evidencia de que el procedimiento acarreado de estas profesionales fue negligente y aunque en este fallo de segunda instancia decidió que la responsabilidad era solidaria entre el hospital y las galenas somos del criterio que la responsabilidad única total es por parte de MARTINA DE LOPEZ Y GENEVA GONZALEZ. Un error médico puede constituir hasta la pérdida de la vida humana como bien sabemos.

**3 12 8 DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE
INDEMNIZACION, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO MARIANO
DE JESUS CASTILLO J, EN REPRESENTACION DE CECILIA
SANJUR DE CASTILLO Y DE LA MENOR PAOLA PATRICIA
PATIÑO CASTILLO, PARA QUE CONDENE A LA CAJA DE
SEGURO SOCIAL (AL ESTADO PANAMEÑO), AL PAGO DE
QUINIENTOS MIL DOLARES (B/ 500,000 00), EN CONCEPTO DE
DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES CAUSADOS
POR LA OMISIÓN EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO**

MAGISTRADO PONENTE VICTOR L BENAVIDES P

13 DE MAYO DE 2015

3 12 8 1 Antecedentes

En este caso las demandantes son la madre e hija de VALESKA ORIETA SANJUR CASTILLO (Q E P D) quien sufrió un accidente de tránsito y fue ingresada al HOSPITAL DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL RAFAEL HERNANDEZ en la ciudad de David Chiriquí donde la misma fue atendida por el doctor FRANKLIN AIZPURUA

Las demandantes afirman que luego de ser operada por dicho servidor público el mismo le da salida del recinto médico y cuatro horas después falleció a causa de la omisión del deber médico actuando FRANKLIN AIZPURUA con negligencia médica y omisión por lo que demandan por daño material y daño moral

El daño material estuvo fundamentado en que la fallecida era abogada litigante hasta el momento de su muerte y ambas dependían económicamente de ella Así también el daño moral que han sufrido a causa la desaparición física de VALESKA ORIETA SANJUR DE CASTILLO Al evaluarlas en el informe psiquiátrico aparece que en efecto han sufrido un daño moral al presentar estrés post traumático pues cuenta con un estado mental de tristeza crónica y un duelo pobremente no resuelto

Con respecto al director médico de la CAJA DE SEGURO SOCIAL sostuvo que la parte querellante no solicitó reparación por la vía contencioso administrativa en el término determinado por la ley administrativa sino que solamente fueron encaminados por la jurisdicción penal quedando condenado por un período de ocho meses

Por su parte la Sala dijo que si bien es cierto el término señalado por la vía administrativa es de dos meses contados a partir de dicho acto como lo es señalado por el director médico sin embargo claramente se ha constituido responsabilidad civil extracontractual por el daño eminente y la prescripción por la responsabilidad extracontractual según el Código Civil panameño es de un año al momento de transcurrido el acto para poder demandar La Sala estima entonces que no había precluido el término aun para demandar por lo cual se estima oportuno dicho término

Es cierto que existe una responsabilidad civil por omisión del médico pero cabe aclarar que el hospital también se le demanda y como institución del Estado

El Estado no es vinculado como sujeto causante del daño sino como garante de la indemnización del daño causado por el agente o servidor público quien responde personalmente por el hecho es decir que se requiere previamente la determinación de la responsabilidad subjetiva del servidor público para luego conminar al Estado al pago de la indemnización correspondiente

3 12 8 2 Demanda por daño material y moral

La demanda presentada por el LICENCIADO MARIANO DE JESUS CASTILLO J en representación de la madre y la hija menor de edad de la señora VALESKA ORIETA CASTILLO SANJUR (Q E P D) se fundamenta en que esta falleció luego de haber estado hospitalizada en el HOSPITAL REGIONAL DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL DOCTOR RAFAEL HERNANDEZ en la Ciudad de David Chiriquí tras sufrir un accidente de tránsito donde recibió la atención del doctor FRANKIN AIZPURUA C quien es acusado de no haber prestado la atención médica debida y actuar negligentemente en sus funciones puesto a que la paciente murió cuatro horas después de habersele ordenado salida

La pretensión que se formula es de recibir indemnización por parte de la Caja de Seguro Social para con la señora CECILIA SANJUR DE CASTILLO y la menor de edad PAOLA PATRICIA CASTILLO madre e hija de la fallecida Fijan la cuantía de la demanda por la suma de seiscientos mil balboas (B/ 600 000 00) salvo mejor concepto de peritos en concepto de daño material y daño moral Finalmente solicita que los demandados están obligados a pagar los gastos del proceso en caso de oposición a esta demanda

3 12 8 3 Opinión de la Procuraduría de la Administración

Se hizo mención del criterio que tomó la Procuraduría de la Administración en este litigio

En opinión del Procurador de la Administración de la Sentencia N°7 de 17 de abril de 2007 es posible inferir que durante el ejercicio de

sus funciones como médico en el Hospital doctor Rafael Hernández de la Caja de Seguro Social en la ciudad de David Provincia de Chiriquí el DOCTOR FRANKLIN AIZPURUA C cometió un hecho punible que evidencia un nexo causal entre la acción desarrollada por él y las consecuencia de su actuar

No obstante la parte actora no ha presentado prueba alguna que permita establecer que ha recurrido previamente en contra de quien ha sido declarado responsable de este hecho tal como lo establece el artículo 126 del Código Penal vigente al momento de ocurrir los mismos y que dispone que la responsabilidad estatal en los casos de esta naturaleza es estrictamente de carácter subsidiaria A lo anterior añade que en la refenda decisión judicial no hubo condena en cuanto a la indemnización por los daños materiales y morales causados por el delito de homicidio culposo cometido en perjuicio de VALESKA ORIETA CASTILLO SANJUR Bajo ese argumento desestima la violación que se alega a los artículos 1644 1644 a y 1645 del Código Civil

Finalmente desestima la violación que se alega al numeral 5 del artículo 20 del Reglamento Interno de Personal de la Caja de Seguro Social relativo al deber de los servidores públicos de la Caja de Seguro a ejecutar el trabajo con la dedicación y diligencia que el cargo requiere de lo que se infiere que la misma unicamente resulta

aplicable a los servidores públicos de esa entidad es decir al doctor

Aizpurua

3 12 8 4 La responsabilidad contractual del Estado

El juzgador realiza ciertas consideraciones de importancia al respecto de la responsabilidad contractual derivada de funcionarios ante la comisión de un delito mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones

El fundamento de la responsabilidad indemnizatoria del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil y con la modificación que este último fue objeto mediante la Ley Nº18 de 31 de julio de 1992 está expresamente contemplada al prever la responsabilidad directa del Estado cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones ¹⁴

¹⁴El actuar negligente del médico fue comprobado mediante un proceso penal y que mediante el proceso instaurado se pretendía el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el ejercicio de la medicina en el sector público por lo que los daños y perjuicios causados mediando culpa están regulados en el 1644 y 1645 del Código Civil patrio

Los servicios públicos por las entidades públicas deben ser prestados con calidad de manera tal que la falla en la prestación de un servicio y que cause daños y perjuicios a una persona ello genera el deber de responder al Estado quién es el encargado de la prestación de los servicios públicos en este caso el servicio de salud

La Sala Tercera concluyó en que en efecto si existe la responsabilidad civil extracontractual por arte del Estado y del servidor publico quien fue el responsable de la muerte de la VALESKA ORIETA SANJUR CASTILLO por ende se incurre tanto en daño moral como en daño patrimonial con este ultimo se condena en abstracto de modo que solo se obtuvieron algunas declaraciones juradas de los ultimos tres años antes de su muerte por lo que se evaluará el asunto

3 12 8 5 Determinación de la responsabilidad

El tribunal Ad quem realiza el analisis debido a razon de aclarar la posicion en la que se encuentra el demandado con respecto a la figura de la culpa

La Sala Tercera debe indicar que en el ordenamiento juridico patrio nge el llamado sistema de responsabilidad por culpa probada establecido en el articulo 1644 del Código Civil que exige que se acrediten los siguientes elementos la existencia de una conducta culposa o negligente la presencia de un daño directo cierto y susceptible de ser cuantificado y la prueba del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del hecho

En primera instancia el doctor FRANKLIN AIZPURUA se le encontro culpable por medio de sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal del Distrito de

David Ramo Penal A través de distintas pruebas informes periciales y declaraciones testimoniales se encontró suficiente material que vinculara al demandado ordenando una pena de ocho meses de prisión e inhabilitación del ejercicio de la medicina por igual término así mismo como que se ordena suspender la ejecución de la pena principal y accesoria por dos años Posteriormente el Tribunal de Consultas y Apelaciones del Circuito de Chiriquí reformó la sentencia de primera instancia dejando que deja sin efecto la suspensión condicional de la pena impuesta en primera instancia a favor del procesado y la confirma en todo lo demás

Habiéndose probado que existe este nexo causal entre las actuaciones por parte del funcionario de la Caja de Seguro Social la Sala determina que hay una legitimación para reconocerles una indemnización a las afectadas por daño material y daño moral en este caso La condena fue parcial debido a que el juzgador no encontró posible determinar la suma específica del daño material no así del daño moral el cual se consideró debidamente probado tras informes de evaluación psicológica La condena en lo que respecta al daño material fue en abstracto

3 12 8 6 El lucro cesante en el daño material

La fallecida VALESKA ORIERA CASTILLO SANJUR era abogada litigante y eran sus ingresos los que brindaban soporte a su madre y a su hija dando lugar a la figura del lucro cesante. En el proceso se aportó como prueba un peritaje contable que tenía como objetivo el de determinar los ingresos mensuales estimados que percibió la licenciada Castillo en vida. Mediante informes los abogados de la parte demandante determinan la cuantía a pesar de que no se había presentado Declaración Jurada de Rentas ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas durante el año 2005 ya que alegan que para esta fecha la carrera como litigante de la fallecida apenas iniciaba.

La posición de la Procuraduría de la Administración ante estas aportaciones de los demandantes fue que las Declaraciones Juradas de Renta que tenían verdadera validez serían aquellas realizadas en años posteriores 2002, 2003 y 2004.

A raíz de estas consideraciones el tribunal decide fallar de la siguiente manera:

1. Condena al Estado Panameño a indemnizar a CECILIA SANJUR DE CASTILLO y la menor PAOLA PATRICIA PATÑO CASTILLO por los daños y perjuicios materiales y morales causados a consecuencia del delito homicidio culposo perpetrado por el doctor FRANKLIN R. AIZPURUA C. funcionario de la CAJA DE SEGURO SOCIAL contra VALESKA ORIETACASTILLO SANJUR (q e p d)

2. En atención a que los perjuicios causados configurados como daño material o patrimonial no han podido ser debidamente tasados por

el TRIBUNAL la condena es en ABSTRACTO y deberá liquidarse de acuerdo a los trámites previstos en los artículos 996 y siguientes del Código Judicial. El trámite de condena en abstracto es aplicable en este caso a tenor de lo previsto en el artículo 57c de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946 en concordancia con el artículo 97 del código Judicial

3 ORDENA AL ESTADO PANAMEÑO a pagar en concepto de daño moral la suma de cincuenta mil balboas (B/ 50 000 00) a la menor PAOLA PATRICIA

PATIÑO CASTILLO y la suma de setenta y cinco mil balboas (B/ 75 000 00) a la señora CECILIA SANJUR DE CASTILLO

4 ORDENA que el pago de la suma de B/ 50 000 00 que este TRIBUNAL concede a favor de la menor PAOLA PATRICIA PATIÑO CASTILLO en concepto de daño moral se tramite a través de la jurisdicción de familia correspondiente (a efecto de salvaguardar los intereses de la menor)

3 12 8 7 Comentarios

En esta ocasión este proceso aborda un tema que resulta complejo la responsabilidad extracontractual del Estado. Sobre la materia la Sala hizo énfasis

en que ante nuestra legislación la responsabilidad extracontractual que puede enfrentar el Estado en caso de reclamaciones de responsabilidad civil médica involucran que para que este pueda responder económicamente ante una reclamación debe haber sido probada la infracción o la culpa sobre el daño causado por el funcionario que es subordinado de la institución estatal

La norma implica que debe probarse el nexo de causalidad entre los servicios prestados por el profesional de la salud y el daño que se presenta para que pueda hablarse de una posible indemnización por parte de la institución de atención médica. En este caso los demandantes pudieron probar este vínculo entre las actuaciones del funcionario de la Caja de Seguro Social razón por la que en el fallo la Sala decide condenar. No obstante observamos que a pesar de que por parte de los demandantes se alegó que hubo daño material, lucro cesante y daño moral por cuestiones de la naturaleza misma de la pérdida que sufrieron las menor de edad y la madre de la difunta, el juzgador condena en abstracto con respecto al daño material, sin embargo sí fija la suma para indemnizar el daño moral ocasionado a los demandantes.

**3 12 9 PROCESO PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
INSTAURADO POR EDITH ISABEL GONZALEZ EN CONTRA DE LA
EMPRESA SERVICIOS ODONTOLÓGICOS, S A (CLINICAS
CORRO MADURO), JUZGADO SEPTIMO MUNICIPAL DEL**

**DISTRITO DE PANAMA, RAMO DE LO CIVIL, (ASUNTOS DEL
CONSUMIDOR)**

18 DE SEPTIEMBRE DE 2008

3 12 9 1 Antecedentes

Fue interpuesta una demanda ante la Jurisdicción Civil de Asuntos del Consumidor en el Juzgado Séptimo Municipal del Distrito de Panamá por parte de EDITH ISABEL GONZALEZ en contra de la empresa SERVICIOS ODONTOLOGICOS S A por la cuantía de cuatro mil trescientos noventa y siete balboas con 00/100 (B/ 4 397 00) más cinco mil trescientos cincuenta y cuatro balboas con cincuenta centésimos (B/ 5 354 50) en concepto de tratamiento médico más doscientos diez balboas con veintidos centésimos (B/ 210 22) en concepto de gastos de medicamentos más los gastos legales que se generan de la acción

En este caso la demandante recibió servicios de atención médica odontológica por parte de los demandados resultando con múltiples dolencias y afectaciones que alega han sido causa de la ineficiencia de sus servicios dentro de los cuales menciona limpiezas dentales cambios de *bracket* cuatro coronas de porcelana colocación de bases para implantes y coronas temporales acrílicas entre otros Los procedimientos fueron realizados normalmente pero la demandante presentó molestias luego de los mismos entre ellos un quiste que se pudo apreciar habiéndose realizado radiografías en el área donde las piezas acrílicas

temporales que le fueron colocadas pues las mismas se deshicieron y se originó una bacteria por lo cual se aduce una mala práctica por parte de la empresa demandada. Se expuso que en el mes de marzo de 2008 la demandante acude a las instalaciones de la empresa demandada a fin de informarle que la base trasera de uno de los dientes temporales acrílicos se deshizo provocando que el diente de acrílico temporal se cayera sin embargo **SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A no realizó ningún acto para subsanar el daño ocurrido**

De igual manera la demandada expone en su demanda que **SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A** no ha cumplido con la garantía a la cual se comprometieron y no han entregado los dientes de porcelana que fueron pagados por la señora EDITH GONZÁLEZ

Se añade que a la fecha de la presentación de la demanda la empresa demandada no ha cumplido con su obligación en el servicio contratado toda vez que no se ha responsabilizado de la garantía y no ha entregado los dientes de porcelana pagados por la demandante

Se adiciona que la demandante ha tenido que enfrentar una serie de inconvenientes relacionados a su salud física emocional y estética por lo que se realizó de manera urgente una serie de tratamientos médicos con el objeto de corregir los daños causados por la parte demandada con gastos que aduce ascienden a la suma de cinco mil trescientos cincuenta y cuatro balboas con

cincuenta centésimos (6/ 5 354 50) mas los gastos en medicamento por la suma de doscientos diez balboas con veintidos centésimos (6/ 210 22)

3 12 9 2 SERVICIOS ODONTOLÓGICOS, S A no concuerda con los hechos planteados

La parte demandada contesto a las pretensiones de la demanda rechazando los detalles que fueron expuestos en los hechos que fuesen referentes a los procedimientos que fueron realizados negando realmente la forma en la que fueron planteados los mismos

Ante la afirmación realizada por la parte demandante de que

Los servicios odontológicos ofrecidos el la demandante se inicio con la revisión y tratamientos de los dientes de la parte superior mismo que mantenía bracket los cuales habla que reemplazarlo y realizar limpieza y se le informa a la consumidora que existía una filtración en los bracket (frenos) por ende habla que prepararlos para salvar los dientes

Los mismos responden que

La señora Gonzalez acude el 12 de mayo de 2001 en busca de atención dental general se realiza profilaxis dental completa con aplicación de Fluor y el examen oral ese día la

paciente toma un plan de protección dental (PPD) el cual incluye examen oral dos profilaxis dentales dos aplicaciones de fluor y radiografías de control por el que paga B/ 70 00 dolares al hacerse el examen radiográfico se determinaron caries múltiples y restauraciones en dientes en mal estado el diagnóstico general fue de paciente edentula parcial con maloclusión dental y caries dentales es decir paciente con ausencia parcial de dientes En base a ese diagnóstico se le recomendó un tratamiento primer lugar había que hacerle endodoncias pernos y coronas de dientes anteriores superiores dos restauraciones de resina en dientes posteriores tres tratamientos de ortodoncia prepopésico prótesis removibles superior prótesis fijas posterior e inferior

De igual manera la parte demandada manifiesta inconformidad a lo establecido dentro de los hechos de la demanda que plantea la parte demandante de que habiendo la señora EDITH GONZALEZ asistido a varias citas en la clínica odontológica a esta se le informó que no era posible salvar sus dientes y que debían ser colocados una serie de implantes dentales SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A sostiene que

El 19 de mayo de 2001 se le presentó a la paciente el plan de tratamiento con su respectivo presupuesto el cual aceptó inmediatamente se inicia el tratamiento con la endodoncias en algunos dientes anteriores luego se

realizan las resinas en los dientes posteriores. Posteriormente se realiza el alargamiento de coronas en las piezas 12 y 22. Estas coronas serían utilizadas solamente por el tiempo del tratamiento de ortodoncia. En marzo de 2002 se inicia el tratamiento de ortodoncia cuyo objetivo era el de cerrar espacios interdientales, alinear y reparar para lograr paralelismo de raíces. **el tiempo estimado para ese tratamiento era de 6 meses con controles mensuales, la paciente nunca completó el tratamiento**

La parte demandada reitera que nunca se habló de colocar implantes durante las atenciones brindadas a la señora EDITH GONZALEZ.

También se pronunciaron en desacuerdo frente a la parte actora cuando relatan que

Transcurrida una semana de iniciado el tratamiento, la demandante sintió malestares (dolor en el colmillo derecho) por lo que inmediatamente informa a la demandada, quienes le recomendaron tomar medicamento para el dolor y una gel para desinflamar. Sin embargo, las molestias persistieron.

Los demandados sostienen que

En febrero de 2003 la paciente acude con molestia en el área de lateral número 12. La periodoncista realiza la evaluación y se le recomienda un tratamiento apicectomía durante los

meses de abril mayo junio y julio del 2003 la paciente no acude a sus citas de continuidad del tratamiento En agosto del 2003 asistió a otra cita de control de tratamiento y desde esa fecha no acudió a la clínica a pesar de las llamadas para control y continuación del tratamiento tal como lo demuestra la historia clínica hasta noviembre de 2004 que acude para una re cementación nuevamente de la temporal pieza número 12 Durante el 2005 la señora Gonzalez solo acude a la clínica en diciembre para cementación temporal de la pieza número 12 en varias ocasiones se le explicó a la señora Gonzalez la necesidad de continuar y terminar el tratamiento para poder eliminar las coronas temporales la paciente no acude a la clínica desde junio de 2006 tal como lo revela la historia clínica

La parte actora mantiene como parte de sus pretensiones que la empresa no ha cumplido con la entrega de las piezas de porcelana las cuales sostienen que los mismos se comprometieron a entregar A razón de esto la parte demandante presentó una queja ante la Autoridad de Protección al Consumidor en contra de la empresa demandada y Servicios Odontológicos S A por incumplimiento en sus obligaciones y los demandados responden a este hecho alegando que no es cierto que hayan cobrado por dientes de porcelana por tanto no se encuentran obligados a proporcionarlos

Para la representación de la señora EDITH GONZALEZ la mala práctica que argumentan en contra de SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A se ve reflejado en las actuaciones de la empresa en su falta de acción al presentarse las molestias que la misma presentó expresando que

se originó una bacteria en el área de los dientes de acrílicos temporales. Dicha bacteria se convirtió en un quiste localizado en la parte superior del diente temporal acrílico desprendido, señal que pone en evidencia la mala práctica médica realizada por la demandada.

3.12.9.3 Proceso de Protección al Consumidor

Debido a la naturaleza misma de este conflicto, el trámite aplicable a la resolución del mismo se debe realizar a través del Proceso de Protección al Consumidor, siendo las leyes aplicables la Ley No. 29 de 1 de febrero de 1996, el Código Civil, Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007 y el Código Judicial.

El tribunal en su análisis del caso reconoce que se puede identificar que la demandada y la demandante tienen las cualidades de consumidor y proveedor que exige la Ley No. 45 del 31 de octubre de 2007 para que pueda ser tramitado por medio de este proceso.

3.12.9.4 Elementos probatorios

Dentro de las pruebas aportadas al proceso el tribunal considera que ha sido debidamente probada la relación de proveedor y consumidor que existió entre SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A y que la empresa recibió de la demandante dineros en concepto de abonos por el tratamiento odontológico. De igual manera se considero probado que al inicio del tratamiento que le fue brindado por SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A a la señora EDITH GONZALEZ se realizaron procesos de profilaxis endodoncia y posteriormente se realizaron resinas. Al haberse presentado molestias luego de los procedimientos realizados a la misma se le recomienda el uso de antibióticos seguido de otras dos oportunidades donde se le retira el sellado de una pieza dental y más adelante coloca sellado en otra pieza. Alrededor de un mes después se hace la preparación para colocar las bases o pernos para la implantación de coronas de acrílicos temporales y posteriormente se dio colocación de las coronas de acrílicos temporales. Habiendo transcurrido unos cinco meses la paciente tuvo su primera consulta con la ortodoncista donde más adelante le fueron colocados los brackets y de acuerdo a lo aportado en el historial clínico de la paciente esta asistió a la clínica tres meses después de este procedimiento.

En marzo de 2003 seis meses después de su última cita la Clínica Servicios Odontológicos S A realiza una apicectomía a EDITH GONZALEZ y según los elementos probatorios aportados se ha demostrado que la paciente no asistió a la cita el 2 de abril de 2003 ni el 8 de julio de ese año.

Mas adelante el 28 agosto y 8 de noviembre de 2003 la demandante asistió a la clinica demandada para realizarse profilaxis pulido fluor examen y re-cementacion del temporal de una pieza En diciembre de 2005 EDITH GONZALEZ acude a la clinica demandada para re cementacion de la corona de acrilico de temporal de la pieza # 12 fracturada se reajusta luego el 12 de enero de 2006 le coloca un diente de acrilico temporal y luego se le colocan cuatro coronas de acrilicos temporales

En los dictámenes periciales que fueron brindados por un odontólogo y un endodoncista designados por el Tribunal y la parte demandada uno de los dictámenes periciales se pronuncia con respecto a los procedimientos de implantacion de coronas acrilicas

Al estar desajustados los margenes producen bacterias que afectan el periodonto (tejidos de soporte del diente que son hueso encia y ligamento periodontal) al estar fracturados en algunas partes de el se acumula placa dental (restos microscopicos de comida) que crea bacterias las cuales segregan ácidos y producen caries tambien el encontrarse viejos se desajustan O sea crean bacterias al estar desajustados mal adaptados fracturados o mucho tiempo en boca ya que los provisionales no deben estar en boca mas

de 6 meses o cuando mucho un año su propio nombre lo dice
dientes temporales o provisionales

Otro de los dictámenes periciales adjuntos en el proceso presenta inquietudes relacionadas a la asistencia de la parte actora en continuar con el tratamiento de manera debida

La historia clínica de la paciente indica que se planificó un tratamiento a realizarse en diversas fases y el mismo culminaría con la fase protésica que correspondía a las coronas de porcelana. Al no terminar con el tratamiento de ortodoncia no se podía continuar con la colocación de las coronas de porcelana. También agrega en su informe que En el expediente clínico de la señora Gonzalez consta que se realizó un tratamiento que inició con restauración (calzas) endodoncias pernos y coronas de acrílico. Posteriormente continuo con la fase de ortodoncia durante la cual se observa ausencia constante a las citas programadas. De igual manera extorno la pento que ello de julio de 2006 se da la recomendación de apicectornia con sellado apical pero la paciente no acude a realizarse dicha cirugía

*La parte demandada presentó dos pruebas testimoniales de colaboradoras de la empresa quienes realizaron **tratamientos de limpiezas, calzas múltiples, endodoncia, pernos colocación de las coronas de acrílicos en los cuatro***

dientes anteriores superiores y ortodoncia preprotésica a la paciente y estas indicaron que la paciente fue continua en sus citas antes de la ortodoncia sin embargo **al momento de iniciar la ortodoncia empezó la paciente a ausentarse en sus citas programadas por lo que no se ha podido concluir el tratamiento** También dentro de los testimonios se estableció que la paciente EDITH GONZALEZ no pagó las coronas de porcelana

3 12 9 5 La Responsabilidad Contractual

Por parte del tribunal hizo hincapié en realizar una mejor instrucción respecto al tema de las obligaciones La responsabilidad contractual juega un papel importante en este caso específico y para ello el Tribunal efectúa ciertas consideraciones

De conformidad con lo que establece el artículo 974 del Código Judicial Las obligaciones nacen de la ley de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia Para el caso que nos ocupa EDITH ISABEL GONZALEZ contrato los servicios médicos de Servicios Odontológicos S A cuyo objeto era recibir una serie de tratamiento de odontología por lo que resulta evidente que se origina para las partes que intervienen en esta relación de servicios derechos y obligaciones

*En esta línea de pensamiento existe la obligación de seguridad que recae en los centros hospitalarios o clínicas que a diferencia de la responsabilidad del médico es una obligación en **principio de resultado y no de medio** así lo señala el jurista JAVIER TAMAYO citado por SERGIO YEPES RESTREPO en su obra La Responsabilidad Civil Médica nos indica que*

Esa obligación es en principio de resultado en relación con los daños que sufre el paciente que no ha desempeñado ningún papel activo en la producción del perjuicio como cuando un tercero o cualquier objeto del hospital lesionan al paciente pero es de medio en relación con los daños que este sufra cuando ha desempeñado un papel activo en la producción del hecho

Es importante anotar que las obligaciones del médico o la clínica que presta el servicio son de carácter contractual y corresponde a la naturaleza del servicio que se va a prestar al paciente. De ahí se podrá establecer si se le puede imputar algún tipo de responsabilidad al médico o a la clínica por un determinado fracaso en el servicio (tratamiento cirugía etc) realizado a la paciente (falta médica o el incumplimiento de los deberes profesionales)

Debemos constatar que las obligaciones de los médicos o de la clínica que realizan los servicios, es antes, durante y después de haberse realizado el tratamiento o la intervención quirúrgica, así también la paciente tiene la obligación de cumplir las prescripciones y directrices que le traza el médico, con el propósito de obtener el resultado que sería la búsqueda de mejor salud o mejorar la estética

3 12 9 6 El nexa causal

Para el juzgador en este proceso se determino que no quedó probada la conducta negligente o culposa por parte de SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A a través de la prestación de servicios que se le fueron suministrados a la parte actora y que no existieron elementos probatorios aportados que hayan logrado establecer que el supuesto daño sea imputable a las conductas que fueron realizadas por esta empresa demandada una ausencia de nexa causal a la vista del Tribunal

De igual manera precisaron que no se acreditó dentro del proceso que la demandante haya pagado las cuatro coronas de porcelana que esta menciona dentro de sus pretensiones ni que a la consumidora no se le informó las condiciones de las garantías de servicios odontológicos ofrecidos por la empresa demandada

Tras estas consideraciones del Tribunal los mismos proceden a decidir sobre la materia negando las pretensiones de la parte demandante debido a que no se

encuentro que SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S A haya incurrido en incumplimiento de la garantía o que les sea atribuible una actuación culposa que provoque los daños y perjuicios que la demandante alega ¹⁵

3 12 9 7 Comentarios

Por medio de esta sentencia podemos observar las posiciones de los Tribunales Civiles de Asuntos del Consumidor de nuestro país en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Si bien es cierto esta jurisdicción presenta características muy propias y la tramitación de reclamaciones se da bajo la premisa de que se presente una relación contractual donde las partes tengan carácter de proveedor y consumidor en orden de poder presentar el conflicto a su consideración.

De lo anterior queda claro que la actuación de la demandada dentro del proceso sitúa a la inversión de la carga dinámica o la inversión del onus probandi como el mecanismo utilizado por el demandado para justificar la existencia de la culpa y por ende del supuesto daño causado.

¹⁵ Del presente caso se deslinda claramente la importancia del nexo de causalidad entre el acto médico y el daño producido. Queda demostrado que la paciente incumplió con su tratamiento y a pesar que si constan pruebas de que pagó por tratamientos que le fueron practicados la misma no asistió a sus citas de seguimiento motivo que fue aprovechado por la parte demandada para probar la ausencia de culpabilidad.

De este modo la jurisprudencia que hemos analizado hace énfasis marcado en el nexo de causalidad como elemento esencial para tomar su decisión.

La parte demandante la señora EDITH GONZALEZ adujo que la empresa a la cual demanda en este caso específico no cumplió con las obligaciones que contrajeron para la prestación de servicios odontológicos tanto por una mala práctica en sus actuaciones al momento de brindar las atenciones médicas así como de temas de garantía sobre algunos aspectos de su servicio lo cual no fue debidamente probado por medio de las pruebas aportadas ya que el Tribunal no considero suficientes elementos que pudieran considerar a la empresa demandada de haber actuado de manera culposa y provocar el daño que afirma la demandante que le resultó de las intervenciones a las que se sometió sufriendo la aparición de un quiste entre otras molestias

La decisión negativa del juzgador hacia la parte actora en este caso específico se vio revestida de que no se llegó a probar el nexo causal sin embargo podemos observar como en el proceso se exhibió una conducta que desfavoreció a la demandante al demostrar por medio de la historia clínica de la misma que esta no asistió a varias de las citas de control que le fueron programadas siendo de gran conveniencia para la defensa de empresa en poder ostentar que fue debido a esta inconsistencia en el compromiso de asistencia de la paciente la razón por la que se ocasionaron estos malestares en su salud

**3 12 10 PROCESO MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ RECURRE EN
CASACION EN EL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE LIDIA
EMIR CASTILLO CENTENO**

**MAGISTRADO PONENTE OYDEN ORTEGA DURAN
14 de Agosto de 2015**

3 12 10 1 Antecedentes

La señora LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO interpuso Proceso Ordinario en el año 2010 en contra de la doctora MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ por los daños y perjuicios ocasionados por una cirugía que la misma ejecuto

Luego de transcurrido los tramites legales correspondientes el Juzgado Tercero del Circuito de la Provincia de Chiriqui Rama Civil resolvió la controversia condenando a la doctora MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ al pago de los daños materiales y morales que fueron ocasionados a la demandada por la suma de cincuenta y siete mil quinientos ocho balboas

La parte demandada apelo dicha resolución que la condena y habiendo transcurrido el proceso en alzada el juzgador del Tribunal Superior de Distrito Judicial reforma la sentencia proferida por el A quo condenandola a un pago menor de cuarenta y seis mil novecientos ocho balboas

No conforme con esto la defensa de la doctora CORSEN decide interponer recurso de casacion bajo la causal de Infraccion de Normas Sustantivas de Derecho en el Concepto de Error de Derecho en cuanto a la Apreciacion de la Prueba

3 12 10 2 Criterio de la Sala

La Sala se avoca a confirmar si en efecto y tal como se enuncia en los Motivos invocados en el Recurso de Casación propuesto por la representación judicial de la demandada MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial incurrió en infracción de normas sustantivas de derecho al reconocer a la demandante LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO en la Sentencia bajo análisis una indemnización de CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHO BALBOAS (B/46 908 00) en concepto de daños materiales daños morales y costas de primera instancia y como reconocimiento a las erogaciones económicas a las que tuvo que hacer frente la referida demandante con ocasión de la cirugía practicada por la parte demandada

A tales propósitos advierte esta Colegiatura que en el presente dossier existen suficientes constancias contenidas en la Sentencia proferida por el Tribunal Ad quem que demuestran la validez de la condena reconocida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial porque como bien se observa en las conclusiones del proveído correspondiente y entrando al análisis de la cuantificación

efectuada en cuanto a las erogaciones económicas que hizo frente la demandante con ocasión de la cirugía practicada por la demandada a criterio del Ad quem es conforme a los elementos probatorios tener como gastos los considerados por la juzgadora primaria en su sentencia en relación a las atenciones con los doctores RODERICK ZURITA Y MÓNICA SHEDDEN la fonoaudióloga MARTA RODRIGUEZ el Psicólogo clínico ROLANDO JAEN el médico psiquiatra así como los gastos de transporte porque cada uno de estos gastos encuentra sustento probatorio en el expediente y a pesar de que fueron admitidas con conocimiento de las partes no consta que el abogado de la demandada haya solicitado prueba pericial alguna tendiente a demostrar la necesidad o no de los tratamientos a que hace referencia cada uno de los médicos tratantes de la señora LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO

Igualmente concuerda esta Colegiatura con la conclusión adoptada por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial en cuanto a que bajo la anterior premisa se coincide con el monto por daños morales a que arriba la sentencia impugnada (B/ 10 000 00) pues basta con considerar que la juzgadora tomó en cuenta la afectación recibida por la demandante que según el Psiquiatra

Alfredo Morales ocasiono dificultad para conciliar el sueño ansiedad tristeza sentimientos de minusvalia y desesperanza dificultad para ejercer sus labores habituales pena y disminucion de su rendimiento academico todo lo cual es el resultado directo de la cirugia indebidamente realizada

En conclusión estima esta Colegiatura que la actuación del Tribunal Ad quem es correcta al asumir como premisa como consta en la Sentencia impugnada que resultan conforme a las reglas de la Sana Critica tener como validos dichos dictámenes pues al sufrir la actora la extraccion de una pieza dentaria y de hueso sano resulta logico que la misma haya acudido a varios especialistas en busca de ayuda para subsanar tanto las alteraciones de orden fisico y las secuelas emocionales que experimento con tal acontecimiento

3 12 10 3 La Sala manifiesta ausencia de elementos de convicción

Los elementos de conviccion presentados llevaron a la Sala a concluir que tal como lo expuso el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial en su sentencia

la cual fue impugnada mediante el respectivo Recurso de Casación la condena impuesta por el referido Tribunal de Justicia resulta conforme con las constancias del dossier y con las normas legales que fueron invocadas en el libelo de Demanda propuesto por la parte actora

Ante la ocurrencia de los distintos hechos reflejados en este Proceso y esencialmente ante las secuelas producidas por las lesiones sufridas por la parte demandante LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO a consecuencia de la intervención quirúrgica practicada por la demandante MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ el Tribunal decide que es pertinente desechar los cargos impetrados en el Recurso de Casación

Estos consideran que los cargos infundados e inconsistentes por tanto no prosperan Estos concluyen que las causales avocadas carecen de valor jurídico las infracciones alegadas respecto a los Artículos 781 836 871 917 y 980 del Código Judicial así como la invocada respecto a los Artículos 1644 y 1644 A del Código Civil

3 12 10 4 Decisión del Tribunal

En tal virtud considera la Sala que al no haberse demostrado los cargos que sustentan el Recurso de Casación propuesto

por la representación judicial de MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ en el rango como fue planteado por el Licdo SERGIO A GONZALEZ FRANCO en la Causal de Infracción de normas sustantivas de derecho en el concepto de Error de Derecho en cuanto a la apreciación de la prueba lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la Resolución recurrida lo pertinente es proferir una Sentencia mediante la cual se proceda a NO CASAR la decisión del A quem

En consideración a los planteamientos expuestos la CORTE SUPREMA SALA DE LO CIVIL administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley NO CASA la Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial de fecha 21 de mayo de 2012 proferida dentro del Proceso ordinario promovido por LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO contra MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ

3 12 10 5 Comentarios

Uno de los parámetros que deja establecido la presente jurisprudencia es la importancia de la prueba pericial en estos procesos ya que no consta que el abogado de la parte demandada haya solicitado prueba pericial alguna con el

proposito de demostrar la necesidad o no de los tratamientos a que hace referencia cada uno de los medicos tratantes de la parte demandante
Objetivamente como consecuencia del daño causado a la victima a raiz de la mala praxis medica la misma tuvo necesariamente que acudir a varios profesionales como resultado de diversas afectaciones incurriendo en tales gastos

**3 12 11 Proceso SAMUEL NUÑEZ vs EL PATRONATO DEL HOSPITAL
SANTO TOMAS y el ESTADO PANAMEÑO presenta demanda por
Daños y Perjuicios morales y materiales**

MAGISTRADO PONENTE ABEL AUGUSTO ZAMORANO

26 DE ABRIL DE 2016

3 12 11 1 Antecedentes

El licenciado ALEXANDER VALENCIA en representacion del señor SAMUEL NUÑEZ ha presento una demanda en contra del PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMAS y al Estado panameño por daños y perjuicios tanto morales como materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios publicos de salud y que por este se ha producido la muerte de su hija LOURDES NUÑEZ NAVARRO Estos llevan el negocio ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de manera que se condene al PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMAS por ser responsables de la muerte de LOURDES NUÑEZ (q e p d)

debido al mal funcionamiento de los servicios publicos de salud por parte de la unidad medica de dicho recinto hospitalario desde su llegada el dia 21 de enero de 2005

De igual manera la parte actora tambien presenta como parte de sus pretensiones que se le declare solidariamente responsable al HOSPITAL SANTO TOMAS como al Estado Panameño como causantes de los daños que fueron provocados a LOURDES NUÑEZ por un monto de cinco millones de balboas (B/ 5 000 000 00) que alegan fue provocados tras intervenciones quirurgicas y atenciones medicas mal realizadas que terminaron en su muerte

Resulta ser que la paciente ingreso al recinto hospitalario en la fecha señalada con anterioridad por la galena Maria Du Bois con el diagnostico de coledocolitiasis no presentando fiebre alguna y sin otros sintomas para diagnosticarle dicha acofia Luego el 25 de enero la paciente sin dolor alguno fue sometida a una colangio pancreatografia retrograda endoscopica procedimiento a cargo del galeno Luis Arango Este procedimiento fue fallido porque no se obtuvo el llenado de las vias biliares El 28 de enero de 2005 se prepara un CAT abdomino pelvico para la paciente el cual se revelo perforacion del duodeno y cambios inflamatorios peripancreáticos posterior al fallido procedimiento anterior El demandante afirma que debido a la mala práctica medica acaecida el dia 25 de enero de 2005 la paciente fue sometida a 17 actos quirurgicos que iniciaron el 29 de enero de 2005 y finalizaron el 21 de marzo de 2005 tres dias despues la

joven Nuñez fallece con el diagnóstico de Sepsis Peritonitis y pancreatitis aguda según consta en el certificado de defunción

La atención suministrada a la paciente fallecida LOURDES NUÑEZ inició al ingresar al complejo hospitalario y ser diagnosticada con coledocolitiasis presentando ictericia por la doctora MARIA DU BOIS a pesar de que los demandantes indican que la misma no presentaba fiebres ni signos de abdomen agudo ni diarrea ni tampoco distensión abdominal lo cual fue producto del estudio realizado por el doctor JUAN JOSE GUTIERREZ

Pocos días después habiendo sido este su diagnóstico aun sin la presentación de los determinados síntomas la paciente fue sometida a una CPRE (colangiopancreatografía retrógrada endoscópica) realizado por el doctor LUIS ARANGO el cual fue un procedimiento fallido ya que no se obtuvo el llenado de vías biliares Al día siguiente a este procedimiento que no dio resultados fue evaluada nuevamente y se indicó que la paciente debía ser llevada a la sala de operaciones lo cual según afirma la parte actora no ocurrió

Habiendo sido ordenada esta intervención quirúrgica que no fue llevada a cabo al día siguiente se iniciaron preparativos para ingresarla a la sala de operaciones en horas de la mañana sin embargo la doctora MARIA DU BOIS detuvo la orden de intervenir quirúrgicamente y optó porque se diese un manejo conservador de las atenciones médicas previa notificación al jefe de la Sala de Operaciones el doctor JAIME VELARDE Un día después el doctor VELARDE solicita que con

urgencia se realice un CAT abdomino pélvico (tomografía axial computarizada de abdomen y pelvis), **que se aduce reveló que se encontró**

- *Perforación del duodeno*
- *Cambios inflamatorios peri pancreáticos relacionados a pancreatitis posterior al procedimiento fallido del CPRE*

La paciente LOURDES NUÑEZ es ingresada al quirófano recibiendo atenciones de los Doctores ALDO AVILA ROGELIO VARGAS Y MACIAS **el diagnóstico preoperatorio de colelitiasis, coledocolitiasis, y pancreatitis aguda Encontrándose hallazgos de una colecistitis subaguda dilatación del coledoco y pancreatitis aguda, 100 c c de líquido libre**

El señor SAMUEL NUÑEZ sostiene que su hija fallece alrededor de dos meses después de haber iniciado con los primeros tratamientos y atenciones recibidos y que fue debido a la mala manipulación instrumental del CPRE y negligencias por parte de los médicos tratantes. El diagnóstico en su muerte fue de sepsis peritonitis y pancreatitis aguda probado a través del certificado de defunción que fue aportado en el proceso.

3.12.11.2 Posición de la Procuraduría de la Administración

En la contestación de la demanda de la Procuraduría General de la Administración se estima que no existe nexo de causalidad entre el hecho y la mala prestación con el servicio de salud y el daño causado. Y que existe además deficiencia probatoria por lo cual el Hospital Santo Tomás no es responsable por los daños y perjuicios materiales y morales.

3 12 11 3 Decisión de la Sala Tercera

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer este caso de modo que en el artículo 97 numeral 10 del Código Judicial se le atribuye competencia toda vez que el conocimiento de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y distintas Entidades Públicas por el mal funcionamiento de los servicios públicos la responsabilidad del Estado existe sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo el cual la Constitución protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferidos en los derechos de todo individuo abriéndose camino hacia una responsabilidad objetiva

3 12 11 4 Elementos que se observan en este caso

3 12 11 4 1 El daño

El cual como dice dicha Sala es una lesión definitiva a un derecho o un interés jurídicamente tutelado de una persona sin embargo el daño objeto de la reparación solo es aquel que reviste la característica de un ser antijurídico Los elementos del daño son

1 La certeza de que en efecto ha surgido un daño 2 El carácter personal y 3 Que sea directo Que se trate de una situación jurídicamente protegida

Si bien es cierto se ha constituido un daño consistente en la muerte de la señora Lourdes Nuñez como consecuencia de sepsis peritonitis y pancreatitis aguda

**3 12 11 4 2 La existencia de una conducta culposa o negligente y su
nexo con el daño**

Bajo el amparo del artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere en la culpa o negligencia que el sujeto con su actuar o con la omisión. Además de esto debe haber una relación preestablecida entre el médico para con su paciente

**3 12 11 4 3 La falla del servicio público y en la prestación del
servicio de salud**

La falla del servicio es el fundamento de la imputación diseñado por el sistema francés en contraposición al régimen de la culpa propio del derecho civil el cual consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado ya sea porque este no se prestó se prestó tardíamente defectuosamente o equivocadamente

El punto de vista de la Sala Tercera es que la entidad pública demandada no tuvo en cuenta la complejidad y el riesgo que implicaba la situación médica de la señora LOURDES NUÑEZ como el de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida y el empeoramiento posoperatorio de manera tal que ante la falta de oportunidad la inactividad en el despliegue de todos los medios médicos razonables y la falta de pericia y de prudencia cometidas por los servidores públicos a lo que se agrega la insuficiente protección del consentimiento informado que había que ofrecerle a la paciente

Es aquí donde el juzgador determina que ven elementos suficientes tras analizar pruebas periciales así como el historial clínico de la paciente para que se pueda hablar de una conducta culposa que haya podido provocar los daños que resultaron en la pérdida de la vida para la hija del demandante como podemos observar en las líneas del fallo

Puede apreciarse de la declaración del perito y de la historia clínica que la paciente tuvo que esperar 4 días para ser intervenida (desde el 25 de enero hasta el 29 de enero de 2005) Cuando arribó al centro hospitalario para el 25 de enero de 2005 tenía como diagnóstico coledocolitiasis sin presencia de otros signos de alarma y al resultar fallido el examen CPRE el 25 de enero para el 28 de enero de 2005 al practicarsele un CAT los resultados arrojaron entre otras cosas cambios inflamatorios peri – pancreáticos relacionados a pancreatitis posterior al procedimiento CPRE Siendo esto así se tiene acreditada la falla en el servicio médico al no haberse dado una oportuna razonable y eficaz atención cuando los diagnósticos exámenes y condiciones de salud de la señora Lourdes Nuñez Navarro indicaban la imperiosa necesidad de dar el debido y completo tratamiento para impedir el empeoramiento de su estado de salud

3 12 11 4 4 Las sumas reclamadas y sus pruebas

Es necesario que se comprueben los informes periciales aportando como material probatorio que el monto de cinco millones de dólares es acorde con la indemnización por daños y perjuicios causados tanto material como moral

Daño material la Sala estima que se le asigna un monto de lucro cesante a los padres de la joven LOURDES NUÑEZ los cuales serán calculados por dicha Corporación de Justicia en equidad y en base al peritaje de la Sala considera adecuado el cual es el monto de setenta y cinco mil balboas (B/ 75 000 00)

Daño Moral en cuanto a la fijación del monto indemnizatorio por el daño moral la jurisprudencia de la Corte ha señalado de forma reiterada que su determinación debe hacerse de conformidad con las pruebas aportadas en el proceso Aunque el Tribunal puede de forma discrecional razonable y fundada fijar el monto del daño moral tomando en cuenta factores o elementos que surjan El proponente de la demanda cuantifica el daño moral en cinco millones de dólares (B/ 5 000 000 00) ya que sostiene que como resultado del mal funcionamiento del servicio público de salud se ha perdido la vida de LOURDES NUÑEZ viéndose psíquica y emocionalmente afectados

3 12 11 5 Discusión sobre la existencia del lucro cesante

La reclamación por daños materiales que realizó el señor SAMUEL NUÑEZ demostro interés en que fuese reconocida la figura del lucro cesante derivada del

fallecimiento de su hija. El juzgador analizó con detenimiento si se podía considerar que hubiera lucro cesante en este caso específico o no.

El magistrado ABEL ZAMORANO cita al procesalista Wilson Ruiz Orejuela, quien en su libro Responsabilidad del Estado y sus regímenes define el lucro cesante como **“una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente, liberal o como empresa unipersonal”**

La parte actora fijó la cuantía de reclamación de lucro cesante en seiscientos mil trescientos cincuenta dólares (\$600.350,00). Esta estimación fue calculada habiendo realizado evaluaciones el perito DAVID RAMOS basándose en que LOURDES NUÑEZ habría percibido dineros por el resto de su vida, donde el período normal de vida se estimó en 71 años y que debido a su fallecimiento no fue posible. La paciente tenía 28 años cuando perdió la vida, pero la misma no había estado trabajando.

Nos comenta el juzgador:

En ese sentido, el lucro cesante no puede basarse en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona, o en razón de su proyección profesional o comercial, de la que se deduzca, sin lugar a duda, que en el futuro, antes de producirse el daño que le deja cesante, se

ocuparía productivamente en algo que le generaría una renta
o utilidad

La consideración quedó entonces en manos de un perito de la Procuraduría de la Administración quien al realizar el peritaje del lucro cesante señala que la misma debió percibirla desde su fallecimiento hasta los 71 años el monto de ciento setenta y nueve mil seiscientos veintiseis con sesenta y nueve centésimos (B/ 179 626 69) tomando en cuenta el salario mínimo y que la paciente al momento de su fallecimiento no laboraba

Habiendo hecho ésta valoración se establece que si se considera que hubo daño material y se fija la suma en setenta y cinco mil balboas (B/ 75 000 00)

3 12 11 6 Discusión de la sobre los perjuicios emocionales causados al demandante (daño moral)

Como pruebas de la existencia daño moral se le hicieron entrevistas psicológicas psiquiátricas sociales a los padres de la fallecida concluyendo en la prueba pericial que en efecto si existe un trastorno depresivo mayor moderado a severo con duelo patológico y trastorno de estrés posttraumático (ansiedad problemas de comunicación temor inseguridad tristezas quejas apatía inhibición desesperanza) En cuanto al pronóstico el señor SAMUEL NUÑEZ debe recibir tratamiento por parte del equipo de salud mental para poder superar su estado anímico

Como otra prueba del daño moral se realizó a la familia NUÑEZ NAVARRO un estudio por la trabajadora social VIELSA DE AGUILAR diciendo que la familia

NUÑEZ no se ha sobrepuesto del duelo causado por la muerte inesperada de su HIJA LOURDES NUÑEZ la salud del padre se ha deteriorado

El Tribunal decidió que tomando en consideración las circunstancias presentadas y confirmadas por las pruebas periciales que fueron realizadas en aplicación de la sana crítica se fijó el daño moral que fue alegado en la demanda en la suma de ciento cincuenta mil dólares (B/ 150 000 00)

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia condena al PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMAS (Estado Panameño) por el mal funcionamiento de los servicios públicos que ocasionaron la muerte de LOURDES NUÑEZ NAVARRO y ordena pagar al señor SAMUEL NUÑEZ la suma de doscientos veinticinco mil balboas (B/ 225 000 00) en concepto de indemnización por daños y perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de la muerte de su hija LOURDES NAVARRO

3 12 11 7 Salvamento de voto

El magistrado LUIS RAMON FABREGA S realiza salvamento de voto ya que considera que no es factible atribuirle responsabilidad al Estado puesto a que no existe nexo de causalidad entre el paciente y el Estado Opina que la joven LOURDES NUÑEZ no entro sana al hospital de modo que ya tenia dolor abdominal de mas de un año cuando ésta ingresa al hospital Es decir se requiere un nexo de causalidad entre la actuacion que se infiere a la administracion producto de una infraccion y el daño causado situacion que no se advierte en el presente caso

3 12 11 8 Comentarios

En este fallo resulta peculiar como ha sido que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia poco se concentró en valorar y analizar la existencia del nexo causal en el caso específico. Habiéndose mencionado anteriormente nuestro sistema legal condiciona la posible reparación de daños por acción u omisión enteramente a la existencia de la culpa o negligencia y es por esto que en la mayor parte de los fallos de responsabilidad civil médica que han sido resueltos en nuestro ordenamiento jurídico los Tribunales se toman la tarea de que los demandantes puedan establecer claramente un vínculo entre las acciones que fueron llevadas a cabo en la atención médica y el daño que la persona pudo haber experimentado siendo frecuentemente muy difícil de poder constituir suficientes elementos de convencimiento para los jueces consideren probada la culpa. En cambio en esta oportunidad el fallo parece que no fue difícil llegar a formar la opinión de los jueces con respecto a la existencia de un nexo causal. Estos consideraron que dentro de los cuidados brindados a la paciente se observaron conductas negligentes a causa de los tiempos en los que se tomaron decisiones importantes para intervenir quirúrgicamente entre otros que pudieron injerir de manera directa a la pérdida de su vida.

**3 12 12 PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PROPUESTO
POR ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ EN CONTRA DE CLINICA
HOSPITAL SAN FERNANDO, S A
MAGISTRADO PONENTE LUIS ANTONIO CAMARGO V**

4 DE JUNIO DE 2012

3 12 12 1 Antecedentes

ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ presentó un proceso de protección al consumidor interpuesto en contra de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A ante el Juzgado Octavo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panama en donde se resolvió el negocio por parte de esta primera instancia judicial. Se presentó impugnación de dicha sentencia por ambas partes.

Según consta en expedientes el señor ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ inició sus atenciones médicas en la CLINICA SAN FERNANDO ubicada en CORONADO con fuertes golpes que había sufrido una herida en la ceja izquierda sin sangrado activo con edema y hematoma periorbitario itzilateral. Por medio de informes de Radiología e Imagenología aportados se establece que presenta **fracturas múltiples complejas y desplazada en hemicara izquierda hemoseno izquierdo conchas bullosas bilateral y desviación del septo nasal a la derecha**. Así como también otro informe odontológico que presenta la existencia de varias fracturas del hueso malar izquierdo con desplazamiento de la pared anterior posterior del seno maxilar izquierdo y hemoseno izquierdo.

El señor ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ requirió cirugía posteriormente a la atención médica puesto a que en esta primera administración de cuidados no se detectaron algunas fracturas que el mismo tenía. El mismo resultó con su rostro desfigurado producto del incidente ocurrido.

En esta primera oportunidad el juez accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante y condena a CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A al pago de diez mil balboas (B/ 10 000 00) en concepto de indemnización por **daño moral**

3 12 12 2 Posición de la parte demandada

Los abogados de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A impugnaron la sentencia de primera instancia haciéndose especial consideración a que alegan que no existía el nexo causal entre el daño que afirma el paciente y las actuaciones que fueron brindadas en el centro médico. Para el señor ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ hubo un daño moral que fue producto de fue producto de las atenciones que recibió y en este punto los demandantes sostienen la opinión de que el señor NAVARRO pudo haber quedado gravemente afectado por el evento de tener que ver su rostro desfigurado lo cual se debió enteramente a los golpes que este recibió pero que no fue en ningún punto algo atribuible a los servicios médicos suministrados posteriormente presentándose una ausencia del nexo de causalidad.

Estos también consideran que

Ni siquiera se esta frente a un daño, acto ilícito atribuible a la demanda, y menos frente a uno indemnizable, considerando que el hecho u omisión del tercer párrafo del artículo 1644 A del Código Civil es aplicable a la

demanda el cual se extralimita en la competencia de estos Tribunales, siendo competencia de la jurisdicción ordinaria

La parte demandante en su oposición también señala que en todo caso el verdadero responsable de reparar los daños que alega el señor NAVARRO debería ser aquel que resulte ser el responsable del ilícito quien sea haya sido el que provocó las lesiones ya que de este evento es de donde surgieron las desfiguraciones que sufrió el demandante y no la atención médica que se le brindó por la empresa oponiéndose una vez más a las peticiones del demandante en cuanto este pide que se modifique la condena impuesta a CLINICA SAN FERNANDO CORONADO a que se eleve la suma a ciento veinte mil balboas (B/ 120 000 00) aduciendo incumplimiento de las obligaciones por parte de los mismos

3 12 12 3 Posición del demandante

La apoderada judicial del señor NAVARRO estableció que su pretensión estuvo fundamentada en el mal servicio que fue prestado por la clínica ante las lesiones graves que presentó el demandante cosa que consideran reflejada en que el señor NAVARRO acudió a realizarse radiografías posterior a la atención de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A pero por su propia cuenta sin haberse realizado una orden escrita que lo indicara a realizársela violando así

procedimientos médicos de que deben hacerse siempre por escrito lo cual mediante pruebas periciales corroboran

La parte actora también manifestó lo siguiente

la atención médica brindada al demandante en la CLINICA SAN FERNANDO CORONADO por lo cual se llevó a cabo dentro de la Audiencia Ordinaria la práctica de las pruebas que conllevaron entre otras cosas que la sentencia de primera instancia resolviese condenar a nuestra representada a resarcir a la parte actora de un daño moral que a decir de la Juzgadora fue producto de una omisión ilícita cometida por el doctor LEVY al no decirle la posibilidad de una fractura cuando se demostró que el mismo le hizo la advertencia y la recomendación al paciente pero lo que tomó en cuenta la Juzgadora fue que de existir dicho acto ilícito del cual derivaría el supuesto daño moral que sufrió el demandante ya se estaría dentro del tema de daños y perjuicios causado por Negligencia Médica del cual son competentes los Tribunales de Circuito Civil y no los Tribunales de protección al consumidor por cuanto la sentencia no se encuadra dentro de los límites marco de la Ley especial 45 de 2007 y se extralimita de su competencia

Los demandantes consideran que el trato que fue dado en la sentencia de primera instancia se concentro en que se buscaba un resarcimiento por daños cuando estos señalan que el resarcimiento era a causa de las fallas en el servicio brindado por la clinica no asi un proceso civil ordinario comun donde debia ser probada la accion culposa el daño y el nexo de causalidad

Estas fallas que aducen surgen de que el señor NAVARRO luego de recibir los servicios por parte de la clinica por darse un baño y sonarse la nariz este sufrio desfiguraciones en el rostro sin habersele referido a la toma de placas sino dos dias despues estando ante lesiones tan graves

3 12 12 4 Discusiones sobre la competencia

Habiendose presentado estas oposiciones por las partes se encontro prudente para el tribunal discutir la competencia que la jurisdiccion a donde se esta tramitando el proceso pueda tener sobre el mismo puesto a que fue mencionado por ambas partes y puesto en duda El juzgador indica

conforme a lo dispuesto en el articulo 33 de la Ley 45 de 2007 el señor ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ tiene la condición de consumidor por tratarse de una persona natural que adquiero un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza mientras que la CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A tiene la condicion de proveedor como una persona juridica de carácter profesional que a titulo

oneroso proporcione a otra cosa un bien o servicio de manera profesional y habitual

Se deja entonces establecido que se trata de un asunto que puede ser de conocimiento por parte de este Tribunal debido a la relación que se presenta entre las partes

3 12 12 5 Posición del Tribunal superior

El tribunal inicia su análisis del caso estableciendo claramente cuáles han sido las pretensiones de cada parte y al abordar las peticiones iniciales de la parte demandante el juzgador manifiesta que

Queda claro para el Tribunal que las lesiones sufridas por el señor ADRIAN NAVARRO no son responsabilidad de la CLINICA SAN FERNANDO CORONADO toda vez que este se apersona en busca de tratamiento médico debido a las lesiones que había sufrido previamente por lo que en todo caso el daño reclamado por el demandante tiene su génesis en la relación contractual que se estableció entre este y el centro médico del que requirió atención médica por lo cual debe descartarse el argumento de la recurrente demandada sostenido sobre el artículo 1644 A del Código Civil ya que si bien esta norma es aplicable tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como extracontractual (El tema de los daños) se ha acreditado el vínculo jurídico (contrato de

prestación de servicios médicos entablado entre el demandante y la CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO) desde el momento en que este entra al cuarto de urgencias a recibir atención médica se le presta el servicio se le realiza un diagnóstico médico se le recetan medicamentos y se le hacen recomendaciones

Expuesto esto centran entonces la resolución de la apelación realizada en la que consideran la que verdadera controversia a discutirse es la que corresponde a *si existió o no la falta de disciplina en la prestación de los servicios médicos* tal como lo menciona la sentencia

En la sentencia se reconoce una primera omisión en los comportamientos del Dr LEVY por parte de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO

El testimonio del Dr LEVY deja claramente consignado que el día de los hechos no estaba en funcionamiento el servicio de los Rayos X de la Clínica Hospital San Fernando de Coronado sin que se estableciese si tal circunstancia obedecía a razones de caso fortuito o fuerza mayor siendo este servicio indispensable dada la publicidad e información que la denominación CLINICA HOSPITAL obliga a presta al proveedor del servicio (notese que en la hoja clínica se establece el renglón de EXAMENES IMAGENOLOGIA) sin embargo no hay prueba (salvo la declaración del propio

medico que se haya indicado en algun documento o receta (como lo exige la orden de exámenes radiológicos) la urgencia de que se practicaran las radiografías al paciente y de esa omisión es que surge la responsabilidad ya que el paciente debía ser remitido a radiología mediante la orden médica respectiva tal cual lo señala la sentencia de primera instancia

En esta actuación del Dr LEVY el Tribunal ahondar en lo relacionado a la atención recibida y su calidad Para el juzgador ha quedado demostrado que al haber sido atendido por el Dr LEVY este no detecto las fracturas múltiples y complejas que tenía el paciente y que fueron diagnosticadas posteriormente en un centro médico distinto Y que a pesar de la gravedad de estas heridas y traumas que presentó el paciente el médico de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO incumplió con indicar la toma de placas puesto a que en la historia clínica que se observa que no fue anotado Además es parte del testimonio del Dr LEVY que los equipos de Rayos X de la clínica en cuestión estaban deshabilitados el día en que se atendió el Sr NAVARRO lo cual refleja fallas en la prestación de servicios por parte de la empresa

3 12 12 5 1 Deficiencia en la prestación de servicios

Otro de los objetos de debate fue acerca de cuáles constituirían los deberes que tenía el centro médico al respecto del suministro de servicios y utilización de equipos como proveedor Según la Resolución No 53 de 14 de diciembre de 1993 Por el cual se establece las normas del funcionamiento de Clínicas

Hospitales para que pueda entrar en funcionamiento una clínica hospital esta debe cumplir con ciertos requisitos contenidos en ese cuerpo legal tal como el artículo 5

Lista del personal profesional médico de enfermería y técnica con sus respectivas idoneidades y autorizaciones para ejercer la carrera Debe señalar a la persona encargada de la Dirección Médica de Enfermería y de Farmacia además de Laboratorio Clínico **Radiología** Banco de Sangre si existiesen internamente dichos servicios los cuales son obligatorios para centros de atención de complejidad mediana y mayor

Para el juzgador el uso de la denominación del establecimiento médico como Clínica Hospital determina que el mismo debe contar con los requisitos de servicios y equipamiento necesario para atender a los pacientes que ofrecen

3 12 12 5 2 Responsabilidad Civil derivada de relaciones de consumo

El Tribunal observa que ante la existencia de una condena por daños y perjuicios las relaciones de consumo tienen implícito el concepto de responsabilidad civil donde *una persona que ocasione daño a otra está obligada a indemnizar el daño causado* por tanto los proveedores tienen la obligación de indemnizar a sus consumidores por perjuicios que puedan causales tanto en su integridad física o emocional que hayan sido producto de los servicios que estos adquirieron

3 13 Jurisprudencia Extranjera

3 13 3 Fallo 4 103-05

Primera Sala

País Chile

Fecha veinticuatro de septiembre de dos mil siete

3 13 3 1 Antecedentes

Fue presentada una demanda de indemnización de perjuicios al Cuarto Juzgado Civil de Santiago propuesta por parte de HECTOR PERALTA MONTESINOS contra el HOSPITAL CLINICO PONTIFICA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE. El señor PERALTA llegó en urgencia al Hospital por molestias que sentía producto de una hernia umbilical la cual puesto a su gravedad fue operada ese mismo día. Al momento en que pasó a la recuperación post anestesia el demandante aduce que se le produjo una insuficiencia cardiorrespiratoria y después de una serie de tratamientos para salvar esta y otras complicaciones post operatorias se halló presencia de una bacteria *Staphylococcus Aureus* multirresistente producto de una infección en la herida.

Luego de cinco meses de su ingreso se le dio de alta hecho en que la parte actora manifiesta que el señor PERALTA no se encontraba completamente recuperado puesto a que tenía

Una herida abierta de veinticuatro centímetros de longitud con una parte de la piel sin pegar al epiplon y con la infección producida por el *Staphylococcus Aureus*. Lo anterior hizo necesario que siguiera efectuándose exámenes de cultivo en forma particular y el 26 de febrero de 1996 uno de estos exámenes comprobó que la bacteria mencionada continuaba infectando la herida.

El señor PERALTA acudió a otro hospital donde se le realizó una intervención para darle el tratamiento adecuado a la infección dando resultados positivos. La parte demandante interpone la demanda basándose en que al momento de ser atendido por HOSPITAL CLINICO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA aducen la presencia de responsabilidad civil contractual debido

Al incumplimiento de una obligación preexistente que el contrato imponía al HOSPITAL CLINICO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA la obligación de proporcionar para la ejecución de las tareas médicas un material en buen estado y productos sin vicios. Obligación incumplida por los hechos antes relatados.

3.13.3.2 Posición de HOSPITAL CLINICO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA

El demandado niega que haya incurrido en incumplimientos contractuales. La contestación del demandado tuvo lugar en pormenorizar las condiciones en que llegó el paciente y resaltando que fueron aplicados los procedimientos necesarios para enfrentar la situación en la que este se encontraba con una obstrucción intestinal así como alegan buenos cuidados post operatorios. Manifiestan que por tratarse de una herida operatoria hay posibilidades de que se presenten infecciones en todos los tipos de cirugías que siempre existe el riesgo. Manifiestan que estos riesgos son multifactoriales y que en caso de la parte actora este se encontraba en malas condiciones de salud con obesidad morbida, cardiopatía hipertensiva y coronaria, asma bronquial y otras enfermedades.

3 13 3 3 Primera instancia concede la pretensión

El juez titular del Tribunal que dicta la resolución impugnada por ambas partes acogió parcialmente la demanda ordenando a la parte demandada a pagar lo siguiente:

- a) La mitad de los gastos de hospitalización, exámenes de laboratorio, tratamientos y remedios desde el 9 de octubre de 1995, excluidos los honorarios médicos.
- b) La mitad de los gastos de enfermería por atenciones domiciliarias \$4 000 diarios por trescientos cinco días.
- c) La mitad del costo de la medicina Vancomicina \$231 000.

- d) La mitad del gasto en servicio domestico \$50 000 desde la antedicha fecha y hasta el 8 de diciembre de 1996
- e) La mitad del costo de la segunda intervencion quirurgica en el HOSPITAL DEL PROFESOR \$578 044
- f) Por concepto de daño moral \$1 000 000

3 13 3 4 El Tribunal de la alzada coincide

La apelacion al fallo fue recibido por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2006 y coincide con las pretensiones del demandante a excepcion de que revoca la parte en que se condena al demandado a pagar \$50 000 por servicio domestico rechazandola por falta de prueba Quedando la sentencia y los montos a pagar de la siguiente manera

- a) \$7 306 162 correspondientes al pago directo que debio realizar a la demandada por el periodo de hospitalizacion
- b) \$2 424 000 por concepto de curaciones y enfermeria domiciliaria
- c) \$462 000 por la compra de la medicina Vancomicina
- d) \$1 156 089 por concepto de lo pagado por la segunda operacion en el HOSPITAL DEL PROFESOR
- e) \$20 000 000 por daño moral

**3 13 3 5 Se rechaza el recurso de casación de HOSPITAL CLINICO
DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA**

El recurrente apoya su impugnación en causales de fondo y de forma. El Tribunal **decide** rechazar el recurso bajo los siguientes conceptos:

De conformidad a lo expuesto, normas legales citadas y lo previsto en los artículos 764, 765, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el abogado MIGUEL VIVEROS VERGARA, en representación de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE, en lo principal y primer otro sí de la presentación agregada a fojas 319, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha veintisiete de mayo de dos mil cinco, escrita a fojas 316 y 317.

Se previene que los Ministros señores Juica y Pierry concurren al fallo, pero no comparten las argumentaciones que entienden la amplia procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual, puesto que en su concepto esta solo tiene cabida cuando tiene repercusiones patrimoniales, esto es, que resulta posible valorar pecuniariamente los efectos o consecuencias que tiene en el

patrimonio de una persona descartando que sea procedente con motivo de un daño moral puro o relativo a las simples afecciones subjetivas o sentimentales de las personas ya que solo las primeras pueden encuadrarse en lo que corresponde al daño emergente a la luz de lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil. Es precisamente tales repercusiones las que se han producido en el caso de autos desde que el paciente ha debido permanecer hospitalizado por más de cinco meses en el hospital de propiedad de la demandada luego de lo cual se le otorgó el alta médica de dicho establecimiento con la herida operatoria abierta y debiendo someterse a curaciones diarias y controles periódicos todo lo cual sin duda alguna le impidió desarrollar sus labores productivas habituales por lo que corresponde disponer la indemnización pertinente de forma tal que en concepto del **proveniente** el equivoco en que incurrió la Corte de Apelaciones al dar por establecido un daño moral puro y ordenar su compensación carece de influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia pues en definitiva en el fallo de reemplazo debería dejarse establecida la determinación que se ha expresado la que esta sujeta a indemnización sin que se pudiera alterar el monto de la

misma pues no fue recurrido especialmente por el
demandado

3 13 3 6 Comentarios

En este caso nos encontramos con un daño derivado de pobres cuidados post operatorios a la parte actora dando cabida para introducir una demanda civil donde se indemnice al afectado por incumplimiento del contrato de servicios. En una primera instancia el juzgador acepta las pretensiones del demandante y condena a pagos de distintas naturalezas por parte de la parte demandada todos atribuyéndole responsabilidad civil sobre el daño que fue causado. No se discutió el nexo causal y poco se conversó de asuntos referentes al concepto de la culpa a pesar de que en Chile maneja la misma tendencia que en nuestro país donde es el fenómeno de la culpa en la conducta realizada el que dictamina si existe o no responsabilidad para el médico. El Tribunal califica de negligente la conducta

DECIMO QUINTO Que sobre la base de estos hechos los sentenciadores concluyeron que hubo falta a la *lex artis* en el manejo específico de la infección que presentó la demandada en el post operatorio procedimiento que se califica de negligente. En consecuencia desde la fecha en que fue diagnosticado el contagio en adelante responsabilizan del mayor riesgo que asumió en sus decisiones iniciales. Sobre el hecho del manejo de la infección –continúa la sentencia– han opinado los peritos que

fue adecuado pero difícil dada la imposibilidad de erradicar el microorganismo causal sin embargo esta prueba apreciada conforme a las reglas de la sana crítica no les convence porque se enfrenta a la prueba testimonial que localiza la causa en el hecho de haber permanecido en el cuerpo del paciente los trozos de la antigua malla de modo que no resulta conforme a los antecedentes –señalan los sentenciadores– la afirmación de la demandada de haber efectuado tal extracción unido al tratamiento inadecuado que se singulariza por los jueces es lo que genera la infracción de las obligaciones por la demandada y cuyas consecuencias corresponde indemnizar en los distintos conceptos que dejan establecido en la parte decisoria de la sentencia

3 13 4 Sentencia T S 336/2012

Sala Primera del Tribunal Supremo

País España

Fecha 24 de mayo

3 13 4 1 Antecedentes

En esta ocasión se resuelve un recurso de casación que involucra Daños a recién nacido por sufrimiento fetal existiendo riesgo durante el embarazo

Responsabilidad extracontractual y legal derivada de la Ley de consumidores
Motivación y valoración de la prueba Falta de actuación diligente y de medidas
de prevención de los médicos y del personal sanitario Responsabilidad de las
entidades de asistencia sanitaria por una mala praxis de sus facultativos tal como
indica el juzgador en su sentencia

Los padres del menor D CASIMIRO MILAGROS Y NAZARIO presentan una
demanda debido a que su hijo sufrió graves secuelas por sufrimiento fetal durante
el parto que tuvo lugar el día 7 de marzo de 2001 La madre daba a luz a su cuarto
hijo a sus 33 años habiendo el peligro de riesgo dada a ecografía fechada del
28 de febrero de 2001 ya que en la misma se observaron medidas propias de feto
a término pero la edad gestacional del mismo se calculaba en 36 semanas por
lo que existía probabilidad de macrosoma y de hidramnios graves

Las secuelas del menor según la sentencia derivan
remotamente del sufrimiento fetal al nacer (diagnóstico de la
Unidad de Neonatología del Hospital Universitario Sant Joan
de Deu y dictámenes del Dr Franco de 30 de abril de 2003
y de la Dra Marcial del Servicio de Neurología del Hospital
Universitario Sant Joan de Déu de 2 de marzo de 2005 que
no se niegan por ninguna de las partes demandadas) y
proximamente de encefalopatía hipóxico isquémica

hemorragia e hidrocefalia secundaria (es portador de valvula de derivacion ventriculo/peritoneal) con paralisis cerebral grave falta de control postural falta de toda autonomia para mantener posicion o desplazarse falta de control cefálico y del tronco distonias de cabeza cuello boca que le dificulta mucho alimentarse con riesgo de aspiracion y extremidades superiores con franca espasticidad con espasmos disironicos falta de sentido del habla que ha evolucionado a lenguaje muy limitado falta de control de esfinteres cuadro neurologico de tetraparesia mixta y epilepsia en tratamiento y riesgo alto de problemas ortopedicos (escoliosis luxación de cadera)

La demanda fue interpuesta contra el ginecologo y su aseguradora (WINTERTHUR) el anestesioologo y su aseguradora (WINTERTHUR) a ANECOR SL (empresa gestora del servicio de anestesia) y su aseguradora (ZURICH ESPAÑA) la comadrona (partera) y a su aseguradora (WINTERTHUR) a la CLINICA CORACHAN y su aseguradora (CASUALITY COMPANY HCC EUROPE S A) y a la mutua de la partera y su aseguradora (MAPFRE CAJA SALUD) indicando en la cuantia de la demanda una reclamacion por 324 340 90 euros 1 054 221 00 euros por daño patrimonial emergente y lucro cesante 68 651 45 euros por daños morales del lesionado y 180 000 00 de los familiares para un total de 1 627 213 35 euros producto de su reclamacion

Como parte de la demanda la familia presenta un informe actuarial del actuario Sr Carlos Alberto que calcula el coste de la pérdida de ingresos por parte de la madre abogada en 152 156 99 euros el coste hasta la edad de escolarización en 10 705 08 euros el coste hasta los 18 años en 29 697 23 y el coste de la dependencia calculado sobre una esperanza de vida de 75 años en 861 662 20 euros (total 1 054 221 01 euros) En dicho informe incluye como anexo las declaraciones de renta de la madre de 1998 a 2002 de las que resultan rendimientos netos de 28 969 07 euros 36 310 48 euros 25 940 21 euros 16 898 08 euros y 19 548 76 euros y cese de actividad en fecha 25 de julio de 2003

3 13 4 2 Estimación sobre la responsabilidad de los demandados

La familia señala a varios demandados como responsables de haber causado el daño a su hijo y determinar la culpa de los mismos es como usualmente sucede para los Tribunales un reto pues debe poder determinarse su culpa dentro de las actuaciones que estos hayan realizado

La sentencia de primera instancia fue positiva para los demandantes condenando a los demandados a pagar a la parte actora la cantidad de 1 627 213 35 euros mas los intereses legales desde la interpelación judicial y lo demás gastos derivados de las leyes de las aseguradoras La sentencia fue apelada y en su segunda instancia el juzgador estimó que la anestesista la comadrona y sus aseguradoras no tenían responsabilidad sobre los hechos ocurridos absolviéndolas de las pretensiones en su contra que fueron presentadas por los

demandantes El tribunal mantuvo la condena del ginecologo la clinica y sus respectivas aseguradoras al considerar *que existe relación causa efecto entre la negligencia médica y el resultado así como entre el sistema de guardia establecido por el centro sanitario y el daño causado* haciendo claramente un analisis de las conductas de los mismos pudiendo determinar un nexo causal en estos ultimos elemento primordial de la responsabilidad medica

3 13 4 3 Recursos interpuestos por los demandados

La CLINICA CORACHAN S A y MAPFRE CAJA SALUD DE SEGUROS Y REASEGUROS presentaron recurso extraordinario por infraccion procesal y de casacion como tambien la aseguradora WINTERTHUR que interpuso recurso de casacion unicamente

Correspondiendo al recurso extraordinario por infraccion procesal presentado por la CLINICA CORACHAN S A una de las causales en las que fundamentan su impugnacion es en una

Incongruencia de la sentencia por alteración de la causa de pedir ya que la demanda se dirigía contra la recurrente por culpa in eligiendo en relación con el anestesista y comadrona elegidos por el centro para la intervención pero no por la elección del ginecólogo ni por el sistema de guardia

establecido en el mismo La Sala manifestó que no existía tal incongruencia que señalaban los recurrentes ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por dicho centro del sistema de guardias que facilitó la producción del resultado Todo ello en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que al amparo de las acciones ejercitadas (extracontractual y legal derivada esta última de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios) se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente entre otros la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios por tanto desestima el recurso

Agregando también una oportuna consideración por parte del tribunal

La causa petendi que con el petitum configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica que en casos de culpa no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida ni en las normas de aplicación de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia aunque cambie el punto de vista jurídico

Otra de las causales alegadas fue acerca de la valoración considerada inadecuada por parte del recurrente al alegar que producto de la prueba que fue practicada se extrae que la clínica no reclamó al ginecólogo para que atendiera a otra paciente sino que fue una decisión tomada exclusivamente por el médico y no le es imputable a la Clínica. Al momento manifestarse al respecto de esta causal expuesta por la parte recurrente la Sala decidió desestimar esta causal. Incluyó también una argumentación al respecto de los en la valoración de las pruebas

“ La valoración de la prueba es una función atribuida a los órganos de primera instancia y apelación no verificable mediante el recurso extraordinario y menos todavía en los términos planteados de nuevo examen de todas las pruebas practicadas a través del ordinal tercero del apartado 1º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a los actos y garantías del proceso y no de modo excepcional a través del artículo 469 1 4º LEC por tacha alguna de arbitrariedad o por haberse hecho la valoración de una forma ilógica que en definitiva no supere conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE nada de lo cual se imputa a la

sentencia impugnada. Lo que pretende simplemente es que a partir de un simple escrito de alegaciones sin referencia alguna a la infracción que se dice cometida de cada una de las pruebas que se citan en el motivo, esta Sala revise la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia para modificar desde una consideración meramente fáctica el relato de hechos que determinó el daño que se le imputa.”

3 13 4 4 Discusión de la existencia de la culpa

Tanto el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por CLINICA MAPFRE CAJA SALUD DE SEGUROS Y REASEGUROS S A y el recurso de casación por parte de la CLINICA CORACHAN S A fueron desestimados por la Sala encontrándonos que en este último la parte recurrente presenta como uno de sus motivos la siguiente consideración:

Que la sentencia condena a la recurrente por culpa in eligendo por el hecho de que el ginecólogo pertenecía a su cuadro facultativo cuando ha quedado acreditado que la elección fue de la propia paciente de manera que los medios aportados por la recurrente al servicio de urgencias fueron los correctos y esperados.

Por medio de esta causal pretenden librar de responsabilidad a la Clínica y a sus empleados debido a que consideran que no existe tal responsabilidad que se discute. La posición de la Sala al respecto de este argumento presentado por el recurrente fue contraria a lo que estos alegaron mediante la siguiente argumentación que realizaron para desestimar la causal del recurso:

Sostiene la clínica que lo que oferta a la usuaria no es ningún servicio médico sino el uso de medios hospitalarios: paritorio, quirófano, en su caso instrumental, medicación, personal de enfermería y alojamiento. Olvida, sin embargo, que no se está cuestionando la responsabilidad de nadie por defecto de dichos medios, ni tampoco la carencia de medios materiales; antes, al contrario, la Clínica estaba suficientemente dotada para abordar con éxito este parto, como señala la sentencia. Si debe responder con culpa concurrente es porque facilitó la producción del resultado mediante la implantación de un sistema de guardia que interfirió en el acto médico, con otro que interrumpió aquel y posibilitó, no esencialmente, pero sí con una incidencia importante, el resultado. La clínica, a partir de una política de racionalización de recursos, siempre reprochable cuando está en juego el derecho constitucional a la salud de las personas, no debió autorizar la situación que se produjo. Obligación suya era organizar la dinámica del centro y las guardias de

los profesionales de otra forma impidiendo que en un parto de riesgo se tuviera que ausentar el médico para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia por más que fuera la paciente quien contratara el servicio pues en definitiva proporciono un servicio deficiente a la usuaria del que resultaron unos daños y perjuicios de indudable gravedad del que debe responder bien por la específica responsabilidad legal que dimana de la legislación de protección de consumidores y usuarios bien a partir de la concurrencia de los requisitos que informan el artículo 1902 CC de omisión daño nexo causal y culpa pues la exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución independientemente de que la omisión pueda residenciarse también en un sujeto determinado y no tiene carácter objetivo mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido y que sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades admite lo que lo que esta Sala ha calificado reiteradamente de probabilidad cualificada”

En esta oportunidad podemos observar que el Tribunal tacha las conductas de los profesionales de la salud como negligentes y poco diligentes requisitos fundamentales para que se pueda pensar en responsabilidad civil

Los demás recursos presentados por los demandados fueron revisados e igualmente fueron desestimados por el juzgador

3 13 4 5 Comentarios

Dentro de lo que fue discutido en esta sentencia española podemos observar como el elemento de la culpa tiene el mismo peso que la misma presenta para la legislación panameña lo que se aprecia una vez que los demandados presentan sus recursos y los mismos ponen en discusión principalmente la relación que tuvieron las acciones de los mismos con el daño que se alega aun cuando el demandante había obtenido anteriormente dos sentencias favorables

La decisión de este Tribunal coincidió con los de instancias anteriores pero podemos observar como los intentos de los demandados en las causales que manifiestan como parte de sus recursos tratan de excluir la presencia de conductas culposas negligentes o inobservantes por parte de cada uno de ellos lo cual para los juzgadores fue inaceptable resultando en la desestimación de sus recursos

**3 13 5 Proceso RAFAEL EUSTAQUIO TORANZO Y PUPO, mediante sus
Apoderados Judiciales MAGALY ALVAREZ SILVA y ZAIG**

**SALVADOR ABI HASSAN, interponen demanda de indemnización
de daños y perjuicios contra el DR LUIS BENAVIDES GARCIA**

Pais Venezuela

Fecha 20 de Febrero de 2006

3 13 5 1 Antecedentes

La parte actora aduce que le fue diagnosticado por el demandado una vejiga de esfuerzo Hiperplasia prostática grado II Y como sugerencia se recomienda una resección endoscópica de próstata debiendo acotarse que para la fecha del informe el demandante tenía 67 años de edad alegando además que dado que el DR BENAVIDES es especialista en urología infantil sometió a un paciente adulto a la intervención quirúrgica sugerida con lo cual se proponía reducir el crecimiento de la glándula prostática retirando fragmentos por la vía transuretral según arguye en el libelo de demanda y que luego de tres días de hospitalización fue dado de alta presentando una incontinencia total que el médico tratante considero como pasajera

No obstante tal incontinencia persistió al punto de tener que utilizar pañales higiénicos desechables y a sufrir desde la fecha de la operación una incontinencia urinaria total que antes no tenía que por el contrario tenía dificultad leve de retención al orinar

Pasadas ocho semanas aproximadamente de la intervención el actor consulto al DR BENAVIDES sobre los síntomas de la incontinencia que presentaba y este le señalo que lamentablemente durante la intervención a la cual fue sometido sufrió un daño en el esfínter uretral es decir en el musculo que constriñe la salida de orina de la vejiga y que tal situación seria resuelta mediante una inyección de silicon que podria solucionarle el problema mostrandole y traduciendo una revista en ingles las bondades de la inyección que el traeria de los Estados Unidos donde asistiria a un Congreso continua diciendo el demandante que tal solución quedo en solo promesas y que continuo sufriendo las consecuencias de la impericia durante la intervención a que fue sometido y tales hechos fueron generados en forma directa por una manipulación indebida a que fue sometido durante la intervención insistiendo que lo hizo un especialista en urología infantil quien al decir del demandante actuó con total impericia al provocar un daño irreversible en el área del segmento periprostático y así continuan argumentado que este tipo de intervención quirúrgica requiere de la mayor pericia por lo que al año siguiente de la intervención busco otras opiniones medicas y por virtud de ellas consulto de nuevo al DR BENAVIDES quien coincidio en que la colocación de una prótesis o constrictor periuretral podria mejorar su situación y que podria traer al DR WADSKIER quien esta domiciliado en la ciudad de Valencia programando una nueva intervención

Otro de los puntos a tratar en forma previa es si la obligación medica es por responsabilidad objetiva o subjetiva así se tiene que los casos de responsabilidad objetiva por exonerar de la prueba de la culpa a quien la alega es de derecho

estricto bajo la premisa de que todo aquello que violenta o cercena la libertad individual debe ser interpretado en tal sentido así la obligación profesional del médico no es por regla general de resultado sino de medio o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este

La responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible y en materia de gravedad de aquella es preciso que la culpa sea grave dándole en este caso el vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad

En este caso el demandado apela la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y del Tránsito jurisdicción en Venezuela. La parte apelante lo fue exclusivamente la parte demandada y si bien no explícito cual era el agravio apelado es de suyo lógico que solo apeló de la condenatoria de los Daños y Perjuicios Morales por la suma de CIENTO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs 100 000 000 00) que fue lo condenado por el juez a quo por cuanto no podía apelar del resto por haber salido victorioso en el examen de la sentencia con relación al Daño Emergente y Lucro Cesante peticionados por la parte actora y así se determina

Algunos requisitos necesarios para que pueda prosperar el daño moral siendo ellos los mismos que se exigen para el resarcimiento de los daños materiales a saber

- 1 La Existencia de un daño cierto resarcible
- 2 La culpa expresa o presunta del autor del daño
- 3 Relacion de causalidad adecuada entre el daño y el autor del mismo

3 13 5 2 Responsabilidad civil médica ¿Obligación de medios o de resultados?

Es así como otro de los puntos a dilucidar en forma previa es si la obligación del médico es de medios o de resultados por cuanto ello tendrá relevancia si se dictamina que la responsabilidad que se solicita es contractual o extracontractual y para definir estas obligaciones este Juzgador comparte la opinión del médico y abogado DOCTOR DARDO PREZA quien establece lo siguiente

Las obligaciones de medio y de resultado se ubican en el vasto mundo de la responsabilidad contractual Por ende cuando se pretenda dilucidar en un caso concreto si el médico concertó una obligación de medio o de resultado será fundamental abordar los términos de la relación contractual Y serán pues los términos las cláusulas del contrato los que nos permitan evaluar el alcance de la relación obligacional

Luego si la relación es de medios habrá que probar por parte del demandante que el médico no actuó en su desempeño profesional con la diligencia de un buen padre de familia esto es que actuó con culpa Comprobado ello se acogerá cuando corresponda la prestación resarcitoria

Si en cambio la obligación es de resultado bastará probar el actor que el resultado convenido no se produjo comprobado esto el demandado asumirá responsabilidad civil

Pero si la actividad profesional se ejerce fuera de la relación contractual entonces esta será juzgada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquilina y habrá que ver en cada caso si el médico actuó con culpa esto es con negligencia imprudencia o impericia

El médico no se compromete a un resultado que sería sanar al enfermo el cual está más allá de sus posibilidades pues depende de factores aleatorios inciertos como la propia salud del paciente entre otros *«La prestación del médico consistirá entonces en realizar un esfuerzo (comportarse con la diligencia del buen padre de familia) tendiente a lograr un fin que es externo a la relación obligacional »*

Así mismo manifiesta que *«en la obligación de medios pasa a primer plano el comportamiento del deudor su accionar diligente en contraposición al resultado o fin »*

En rigor entonces la demanda apunta a la existencia de responsabilidad médica por error en el diagnóstico derivado de un examen insuficiente del enfermo de

una equivocación inexcusable que habría impedido advertir síntomas claros de lesión aguda sangrante en el aparato digestivo» Y apuntando al concepto de la obligación de medios dice la sentencia *A partir de algunas premisas que gobierna la culpa médica una es que el médico asume una obligación de medios sin asegurar resultados lo que implica que el objeto de la prestación consiste en atender al paciente con prudencia y diligencia proporcionándole todos aquellos cuidados que sean conducentes al logro de la curación*

Y esta sentencia en función de este marco conceptual en que se ubica termina rechazando la demanda y amparando la situación del médico porque entendió que en el caso concreto el médico había cumplido diligentemente y había actuado dentro de las pautas de responsabilidad enmarcadas por la ley

3 13 5 3 Obligación de medios

El juzgador considera que la misma es una obligación de medios y manifiesta que es necesario también que se estableciera otra temática jurídica que existía lo cual fue el consentimiento informado

En efecto llámese consentimiento informado el deber del médico de informar a su paciente del tratamiento a que va a ser sometido sobre todo si se trata de procedimientos invasivos bien sean quirúrgicos o no es así como el ordinal 2 del artículo 25 de la Ley de Ejercicio de la Medicina establece como una obligación cuando el paciente no acepte

el tratamiento sugerido por el galeno

2 Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito cuando este decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado. Esta circunstancia deja a salvo la responsabilidad del médico. Sin embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en caso de que estén interesados la salud y el orden público conforme a la Ley.

3 13 5 4 Análisis del Tribunal

El juzgador de primera instancia, sin la prueba de la culpa y del vínculo de causalidad, opinó que el daño moral debía ser resarcido, más aun en lo atinente a la lesión, lo cual estableció en la sentencia proferida por el mismo.

No obstante, y según se deduce del análisis realizado de las probanzas que anteceden la conducta observada por el médico LUIS BENAVIDES en la práctica quirúrgica en cuestión, no reviste el nexo lógico de causa efecto, pues no concibe este Tribunal la forma como engranar los hechos demostrados por el demandante pudieran haberle representado lesión en los términos por el expresados. Esta fórmula es imprescindible para la procedencia de la reclamación pretendida por el actor, misma que en lo tocante al daño emergente debe ser desechada.

El juzgador Ad quem considera que existe una incongruencia al establecer en su fallo que no existía prueba del daño material y condenar el daño moral sobre la base de unas testimoniales en contra de la experticia en efecto es diuturna la jurisprudencia patria al establecer que los jueces cuando condenan al pago de un daño moral mas aun si es de magnitud están en la ineludible obligación de expresar las razones que tuvieron para fijar el monto de la indemnización acordada

No existe culpa ni responsabilidad civil cuando se ejerce un derecho sin abuso aunque se cause un daño de manera que el ejercicio de un derecho no resulta abusivo sino cuando hay mala fe o violación del objeto por el cual se otorgo ese derecho

Con merito a la pretension del actor se ha hecho residir la culpa de la demandada en la comisión de un hecho ilícito al desatender normas y principios relativos a la práctica médica que presumiblemente le causaron la incontinencia al actor por lo que en tal sentido se ha pedido el resarcimiento del daño moral que le ha causado los efectos sufridos por la primera intervención quirúrgica y la falta de reparación de ellos en la segunda así como también el lucro que dejo de percibir a causa de la incontinencia padecida tomando en consideración la utilidad promedio procurada por esa vía en su actividad cotidiana

3 13 5 5 Discusión sobre la carga probatoria

El Tribunal sigue la tradicional corriente de que la carga probatoria la tendrá siempre el actor quien alega el daño

Sobre estos particulares observa quien juzga que en materia de hechos ilícitos como la debatida en la presente causa el actor debe al menos cumplir con la carga probatoria de demostrar los extremos de procedencia de este tipo de responsabilidad así resulta claro en doctrina y jurisprudencia según se explicó previamente que cuando se reclama la responsabilidad civil extracontractual debe demostrarse lo siguiente (a) el incumplimiento de una conducta preexistente entendida como la conducta que el legislador presupone y recomienda a todo sujeto de derecho (b) la culpa la que comprende el dolo o incumplimiento intencional como la culpa por imprudencia o negligencia (c) el carácter ilícito del incumplimiento (d) el daño causado ya que sin el mal podría existir la responsabilidad y (e) la relación de causalidad es decir que el daño sea un efecto del incumplimiento culposo ilícito Cuando estos elementos se encuentran demostrados en autos automáticamente procede la reclamación indemnizatoria por hecho ilícito No obstante y según se deduce del análisis realizado de las probanzas que anteceden la conducta observada por el médico LUIS BENAVIDES en la práctica quirúrgica en cuestión no reviste

el nexo lógico de causa efecto pues no concibe este Tribunal la forma como engranar los hechos demostrados por el demandante pudieran haberle presentado lesión en los términos por el expresados fórmula esta imprescindible para la procedencia de la reclamación pretendida por el actor misma que en lo tocante al daño emergente debe ser desechada

Tanto los médicos que depusieron como testigos como la pericia médica son contestes en demostrar que no hubo acto ilícito por parte del demandado y subsiguientemente no hubo lesión que reparar por lo que este tribunal conforme pauta los artículos 1 185 y 1 196 del Código Civil así lo determina

Se observa que el testigo hace una evaluación psicológica del actor sin ser testigo experto razón por la cual su dicho al igual que el anterior no puede merecer fe no debe olvidarse que la prueba testimonial contiene además de elementos que se aprecian por la sana crítica reglas de valoración expresas y por tal razón el interrogatorio solo recae sobre los hechos litigiosos quedando excluidas las opiniones o juicios de valor

3 13 5 6 Decisión del Tribunal

Se decide la controversia de la siguiente manera

Por las razones precedentemente expuestas este Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental con sede en Barquisimeto Administrando Justicia actuando en Nombre de la Republica Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara CON LUGAR la apelacion intentada por FRANCISCO MELENDEZ SANTELIZ y OMAR PORTELES MENDOZA en el juicio que por indemnizacion de Daños Materiales y Morales les intentara el ciudadano RAFAEL EUSTAQUIO TORANZO Y PUPO representado judicialmente por MAGALY ALVAREZ SILVA y ZAIG SALVADOR ABI HASSAN en contra del DR LUIS BENAVIDES GARCIA Medico Urologo en ejercicio quien tambien estuvo representado judicialmente por FRANCISCO MELENDEZ SANTELIZ y OMAR PORTELES MENDOZA y por via de consecuencia se revoca el fallo dictado por el Juzgado Tercero de Primera en lo Civil Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripcion Judicial de fecha 20 de febrero de 2006 en consecuencia de lo expuesto se declara SIN LUGAR la pretensión propuesta

3 13 5 7 Comentarios

Esta sentencia se presentó desfavorable para el paciente que instauró la reclamación por daños ocasionados pero nos encontramos con que se discuten varios puntos de interés para el amplio estudio de la responsabilidad civil médica desde el nexo de causalidad el consentimiento informado la carga probatoria y por último la culpa

Incluso podemos observar como en la legislación venezolana al hablar de responsabilidad civil médica los mismos también discuten la ilicitud de los hechos en caso de presentarse algún elemento penal

3 14 Nuevas Tendencias en la Protección Jurídica del Paciente como Consumidor

La responsabilidad profesional del médico surge de acciones u omisiones en el ejercicio de la profesión que puedan provocar daños o detrimentos a la salud del paciente obligándolo a responder e indemnizar los daños y perjuicios causados El fundamento de la responsabilidad civil lo encontramos plasmado en el principio que señala quien causa daño a otro está en la obligación de repararlo

Es el paciente (demandante) el que debe probar la existencia de un nexo de causalidad entre el profesional de la medicina y el daño producido la supuesta culpa (impericia negligencia o imprudencia) o dolo en que incurrió el galeno en su actuar

Esto no es absoluto puesto que en las obligaciones de resultado es el médico

el que tiene la obligación de comprobar que actúo siguiendo los procedimientos adecuados para la obtención del resultado deseado. No obstante, las obligaciones del médico son generalmente de medio y excepcionalmente de resultado tratándose las primeras de la obligación del médico de brindar atención y tratamientos al paciente sin prometer resultados determinados.

Ahora bien, no todas las reclamaciones del paciente entran en el ámbito de la responsabilidad civil. Existe una nueva tendencia que considera que el paciente es un consumidor y el médico su proveedor.

Las cuestiones que suscita esta teoría son definir en qué casos puede el paciente acceder a la vía de libre competencia actuando como consumidor beneficiándose de la protección y tutela que brinda esta jurisdicción y si se puede incluir al médico en el concepto de proveedor cuando este no ejerce actos de comercio.

3.1.1 Jurisdicción de Consumidores en Panamá

El derecho del consumidor es la rama del derecho que regula las obligaciones del fabricante o prestadores de servicio frente a los consumidores de los productos o servicios. La ley que regula esta materia en nuestro país es la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 que dicta disposiciones sobre protección al consumidor y defensa de la competencia.

La ley 45 del 2007 tiene como objetivo primordial preservar el interés superior del consumidor, también consagrado en el artículo 49 de nuestra Carta

Magna el cual reza de la siguiente manera

Art 49 El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad informacion veraz clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere así como a la libertad de eleccion y a condiciones de trato equitativo y digno

La Ley establecera los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos su educacion y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la transgresion de estos derechos

El interés superior del consumidor es el conjunto de acciones y procesos encaminados a garantizar la calidad de los bienes y servicios ofertados a los consumidores observando que sus derechos no sean vulnerados es el caracter tuitivo o protector que brinda la ley hacia la parte más debil en la relacion de consumo

3 1 2 Preceptos constitucionales en Panamá

Los preceptos constitucionales en nuestro pais establecen que

- 1 El proveedor debe proporcionar bienes en buen estado y servicios que

concierden con lo solicitado por el consumidor

- 2 Debe informar de manera clara y veraz las características cualidades contenido de los bienes y servicios ofertados es el derecho a la información de lo ofertado
- 3 Debe existir un mercado competitivo que permita al consumidor tener diversas opciones de donde elegir los bienes y servicios
- 4 Se establece que el consumidor podrá acceder a una tutela judicial efectiva cuando sus derechos se vean menoscabados

El derecho del consumo surge como una necesidad de ofrecer mecanismos de protección adecuados a los consumidores y usuarios pretende corregir la relación jurídica desigual brindar seguridad en la adquisición de productos y servicios y que se compense al consumidor por los daños o perjuicios causados

El Decreto Ejecutivo N 46 de 23 de junio de 2009 reglamenta el Título II de la Ley 45 de 2007 ampliando algunos conceptos como los de consumidor y proveedor

Menciona que el consumidor es toda persona natural o jurídica que adquiera o disfrute de bienes o servicios como destinatarios finales o quien demuestre que ha recibido un bien o servicio a título oneroso o adquirió los mismos de parte del consumidor inicial como destinatario final estableciéndose una relación de consumo

Lo importante de este concepto es que la persona que vaya a adquirir un bien o servicio debe hacerlo con ánimo de consumirlo es decir que los utilice de

manera personal o familiar sin animos lucrativos

Para el autor Javier Lopez Camargo el consumidor es

Aquel que tiene la característica de ser el último en el eslabón del ciclo económico que adquiere de un profesional para destinar los bienes y servicios a unos fines familiares domésticos o para su uso privado por tanto de esta definición se excluye el consumo empresarial

3 1 3 La posición legal de los consumidores

Por medio de la Ley 45 de 2007 se establece una serie de derechos que gozan los consumidores en los cuales se encuentran

- 1 Ser protegidos eficazmente contra los productos o servicios que representen riesgos o peligros para la vida la salud o la seguridad física
- 2 Consentimiento informado de los consumidores que consiste en recibir información acerca de los productos y servicios ofertados
- 3 Variedad de productos y servicios competitivos que les permita elegir entre ellos
- 4 Ser protegidos en sus intereses económicos mediante el trato equitativo y justo en toda relación de consumo y contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen faltas a la veracidad o información errada o incompleta sobre los productos o servicios

- 5 Poder acceder a la vía administrativa ante la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) o a la vía ordinaria a los Juzgados 8 y 9 de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá
- 6 Recibir educación y orientación con el fin de formarlos debidamente para que las relaciones de consumo lleguen a ser equilibradas y equitativas

Cabe anotar que estos derechos son similares a los protegidos por el precepto constitucional del artículo 49 en el que se pretende tutelar los derechos de la parte más débil de la relación jurídica de consumo

3 1 4 La posición legal de los proveedores

Por su parte el proveedor es la persona natural o jurídica ya sea pública o privada que como industrial comerciante profesional o cualquier otro tipo de agente económico desarrolla de manera habitual aun ocasionalmente y a título oneroso o con un fin comercial actividades de producción montaje creación construcción transformación importación concesión de marca distribución venta y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores de Panamá

Este Decreto entiende por habitual la actividad realizada de manera continua y reiterada que se presume se desarrolla para continuar con ella en cambio será una actividad ocasional cuando sea una actividad distinta a la que habitualmente se dedica el proveedor

Dicho concepto no excluye a los profesionales de las artes liberales pues es bien claro al establecer que se reputa proveedor el profesional que habitualmente ejerza su profesión a título oneroso en el caso de los médicos estos desarrollan su profesión a través de personas jurídicas (hospitales clínicas etc) o simplemente actuando en su nombre como persona natural

Somos del pensamiento que los profesionales tienen cabida en esta definición porque la ley utiliza la conjunción disyuntiva o que denota separación diferencia o alternativa entre ideas esto quiere decir que en ningún momento la Ley establece que los profesionales deban ejercer su oficio de manera onerosa y con fines de comercio da la alternativa de que se desarrolle con fines de comercio o a título oneroso

La definición de proveedor de la ley de consumidores de Panamá permite incluir a los profesionales dentro de los agentes económicos que ofertan bienes y servicios a título oneroso aun cuando lo realicen como acto de naturaleza civil y no comercial con lo cual se suscita un debate referente al carácter de proveedor de los profesionales (médicos abogados etc) para efecto de las reclamaciones amparadas en la ley de protección de los consumidores que no ha sido resuelto en la legislación ni su reglamento dada la generalidad que en materia de interpretación puede producir la noción de profesional (Luis Camargo Vergara 2013 Pg 151)

Algunas de las obligaciones del proveedor establecidas en la Ley 45 del 2007

son

- 1 Informar de forma clara precisa y veraz las características de los productos y servicios ofertados
- 2 Suministrar al consumidor información sobre las garantías de los productos o servicios y las condiciones de estas
- 3 Suministrar al consumidor las instrucciones sobre la utilización adecuada del artículo y la información de los riesgos que entraña para su salud o seguridad
- 4 Mantener informado al consumidor sobre la evolución o el estado en que se encuentre la gestión respectiva en el caso de la prestación de servicios
- 5 Prestar sus servicios sin discriminación de ningún tipo
- 6 Entre otros

Se observa que uno de los verbos reiterados en estas obligaciones es el de *informar* debido a que es un derecho del consumidor tener todos los conocimientos posibles sobre el servicio o producto que adquirirá para no verse en la necesidad de interponer proceso administrativo o judicial en contra del proveedor

3 1 5 Situación actual en Panamá

Según resolución del juzgado 8 de libre competencia de Panamá lo verdaderamente relevante en nuestra legislación es que la actividad consista en un comportamiento de mercado con independencia de que el sujeto sea un

empresario mercantil un empresario civil o un profesional liberal

Esto queda afirmado en resolución de 16 de marzo de 2010 del Tercer Tribunal Superior que manifiesta

En este sentido debe indicarse que la Ley de protección de los consumidores de Panamá (ley 45 de 31 de octubre de 2007) no establece exclusiones con respecto a las actividades profesionales que brindan personas naturales o jurídicas siempre que los servicios se presten de forma onerosa aunque no se trate de comerciantes empresarios dedicados a la actividad mercantil

La Ley 45 de 2007 es la normativa que dicta las reglas sobre el procedimiento sobre las reclamaciones de los consumidores uno de los requisitos esenciales para poder recurrir a esta vía es que las partes estén legitimadas y tengan la calidad de consumidor y proveedor Mediante esta norma el factor de adscripción de la competencia de la calidad de las partes vuelve a tener eficacia pues se cree que estaba en desuso

El magistrado Luis Camargo define el derecho procesal del consumidor como el conjunto de disposiciones y normas instrumentales y de orden público que regulan las funciones de las entidades del Estado establecidas para los consumidores con el fin de equilibrar sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios a partir de la aplicación de normas que establecen los derechos de los consumidores las reglas de competencia y los actos procesales para

preservar como fin último el interés superior de los consumidores garantizándoles así los mecanismos ágiles y eficaces de acceso a la justicia

Jose Ovalle Favela se refiere a los principios orientadores de la normativa procesal en materia de consumidores señalando que lo que busca la normativa es moderar los principios de igualdad entre las partes de libertad de contratación y de autonomía en la voluntad le dio coherencia y unidad en un solo ordenamiento y los elevó a la categoría de normas de derecho social con el propósito fundamental de igualar a quienes en la vida económica resultan desiguales como lo son por una parte el proveedor y por la otra el consumidor tutelando los intereses de este al considerarlo como parte débil frente al proveedor. En tal virtud dicho ordenamiento crea un régimen jurídico singular y contiene disposiciones que constituyen excepciones a las reglas generales establecidas en la legislación civil y mercantil (Luis Camargo Vergara 2013)

En los artículos 82 y 83 de la mencionada Ley señala que para acceder a la vía de libre competencia se debe estar legitimado procesalmente para actuar y que el consumidor podrá demandar individual o colectivamente al proveedor por el incumplimiento de contrato de consumo anulación de contratos de adhesión o por el resarcimiento de daños y perjuicios. Las personas que se encuentran legitimados para actuar son

- a) Cualquier persona afectada (consumidor)
- b) La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la

Competencia (ACODECO)

- c Asociaciones de consumidores organizados
- d Entidades de gestión colectiva

La legitimatio ad causam no se debe confundir o identificar con la legitimatio ad processum que es la capacidad procesal o la capacidad de estar en juicio y realizar actos procesales con efectos jurídicos

La legitimación en la causa es la reunión de los requisitos necesarios para ser parte activa o pasiva dentro del proceso sea actuando por sí mismo o por medio de apoderado judicial es el nexum de causalidad jurídico de lo que se pretende solicitar y quien lo solicita De esto podemos deducir que la legitimación en la causa es la cualidad de demandar y contradecir es tener derecho interés y calidad

El que está legitimado activamente es pues quien por afirmar la titularidad directa o indirecta de un derecho subjetivo o de crédito de un bien o interés jurídico deduce una pretensión y se convierte en parte demandante en el proceso

La legitimación pasiva es la parte que debe cumplir con una obligación o soportar las consecuencias jurídicas de la pretensión por lo que le incumbe la carga procesal de comparecer en el proceso como parte demandada

Solo quien tenga interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho material y de la relación del que se pretende ser titular Si falta legitimación en la causa no puede haber sentencia favorable se desestima la pretensión

Debe acreditarse la relación de consumo para poder acceder a esta vía pues de nada sirve que solo una de las partes sea consumidor o proveedor si uno de los requisitos esenciales para interponer el proceso es que ambos tengan calidad dicha calidad. Por lo tanto si solo una de las partes tiene dicha calidad no se podrá probar el vínculo entre el daño y el sujeto ni la relación de consumo. La calidad de consumidor es fundamental para ser beneficiario de la normativa.

Podemos definir la relación o acto de consumo como las actuaciones que realizan las personas naturales o jurídicas en la adquisición de bienes o servicios destinados a su consumo o uso final que fueron ofertados por un proveedor cuya profesión o actividad realiza de manera habitual y con fines onerosos o comerciales. Esta es la relación que reglamenta la Ley 45 de 2007.

Ahora bien, los Tribunales especializados de Libre Competencia han señalado algunos de los casos en que el paciente puede recurrir a esta vía para la reclamación de los daños y perjuicios. Estos casos son:

- La mala prestación de los servicios profesionales
- La puesta en el mercado de productos peligrosos, nocivos para la salud o mal elaborados
- La utilización de productos o equipos defectuosos
- Cláusulas derivadas de publicidad engañosa

El marco regulatorio de la Ley 45 de 2007 no abarca el conocimiento de las reclamaciones por manifestaciones de la culpa o la responsabilidad incurrida en el ámbito de la *lex artis* del médico

En lo referente a la publicidad la Ley establece que esta forma parte del contrato de venta entre el proveedor y el consumidor se trata de toda la información que describe el bien o servicio puesto al público. Se puede definir como el método mediante el cual se procura obtener la atención hacia el producto o servicio que un oferente ofrece a los demandantes existentes o potenciales clientes

La publicidad debe ser informativa es decir debe brindar al consumidor datos y precisiones respecto de la calidad y bondades del producto publicitado además guarda relación con el derecho a la información de los consumidores consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de Panamá

Es de relevancia lo anterior ya que la responsabilidad del proveedor que entra en el marco regulatorio de la Ley 45 de 2007 es la que incurra en el ejercicio de su profesión específicamente en la violación del contrato suscrito con el consumidor excluyendo los casos en que actúe con culpa o negligencia materia que es competencia de los tribunales civiles asimismo puede conocer de los daños morales surgidos de la mala prestación de los servicios

Esta jurisdicción beneficia al paciente (parte débil de la relación) en que

- Existe una presunción de culpa cuando en materia civil la culpa debe

ser probada por el demandante (paciente)

- Se presume la solidaridad en el ámbito contractual
- Régimen de responsabilidad con respecto a los daños originados en el correcto uso y consumo de ciertos bienes y servicios entre los que hace expresa alusión a los servicios sanitarios es objetivo y no subjetivo

3 1 6 Análisis Jurisprudencial

De las pocas resoluciones que se han dictado en esta materia en nuestro ordenamiento jurídico tenemos la Resolución de 4 de junio de 2012 dictada por el Tercer Tribunal Superior el caso propuesto por ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ en contra de CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A

El señor ADRIAN NAVARRO demanda a CLINICAS HOSPITALES SAN FERNANDO S A por mala praxis médica alega que por causa de la deficiente prestación del servicio se empeoró su condición el mismo había sufrido de golpes en el rostro que le causaron fracturas y estas no fueron detectadas atendidas ni se le hizo referencia a otro lugar para la toma de radiografía

El demandante también solicita se le indemnice por daño moral ya que el no haber detectado las fracturas sufridas en su rostro a tiempo le produjeron un grado superlativo de desfiguración en el mismo esto se debe a que en primera instancia el médico que lo examinó no le brindó información clara veraz y suficiente respecto a la lesión que tenía

Asimismo alega la apoderada judicial del demandante que como consumidor

le fueron violados derechos puntuales recogidos en nuestra Carta Magna señalando que ha acreditado el mal servicio prestado donde se omitió algunas consideraciones médicas aunado a ello el médico que atendió al demandante no se percato de la gravedad de las lesiones que tenía

Es importante mencionar que la juzgadora de primera instancia manifiesta que los daños causados por negligencia médica es competencia de los Tribunales Civiles y no los Tribunales de Protección al Consumidor porque no se enmarca dentro de los límites de la Ley 45 de 2007

El Tribunal de Alzada cita al autor José Alberto Mauad Ponce en lo siguiente

Recientemente fue aprobada en Panamá la Ley No 29 de 1 de febrero de 1996 por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la Competencia y se adoptan otras medidas conocidas por algunos como Ley de Protección al Consumidor estableciéndose en su artículo 28 (Título II De la Protección al Consumidor) que son beneficiarios de las normas del Título todos los consumidores de bienes y servicios finales y quedan obligados a su cumplimiento todos los proveedores. Pese a que su contenido y alcance ha sido materia de algunos debates su campo de acción es extremadamente amplio incluyendo en nuestro concepto a la prestación de servicios médicos

Establece que la CLINICA SAN FERNANDO S A tiene la condición de

proveedor como una persona jurídica de carácter profesional que a título oneroso proporciona a otras personas un bien o servicio de manera profesional y habitual

El Tribunal de segunda instancia reconoce que la condición del SR NAVARRO se empeoró luego de que no le hicieran el diagnóstico correcto en el SAN FERNANDO y que su vínculo queda probado por el contrato de servicios médicos suscrito entre las partes que se perfecciona desde el momento en que entra al cuarto de urgencias y es atendido

La sentencia afirma que la CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A utiliza publicidad engañosa ya que en su aviso de operaciones dispone que prestarán servicios hospitalarios sin embargo la sede a la que acudió el demandante no contaba con los instrumentos adecuados para la realización del examen médico correcto Debido a esta omisión surge la responsabilidad solidaria de la CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A con el galeno que atendió al demandante

Esta es una manifestación del menoscabo del derecho de información del consumidor por dicha persona jurídica publicitar contenido falso sobre sus servicios

El Tribunal de Alzada declara responsable al hospital por el daño sufrido debido a la omisión y deficiencia de la prestación del servicio médico que estaba obligada a prestar al paciente dentro de la relación de consumo conforme dispone la Ley

El contenido de esta decisión acredita que las empresas destinadas a la prestación de servicios médicos son solidariamente responsables con los

profesionales empleados en dicha actividad cuando actuen con negligencia o afecten derechos reconocidos en la ley de consumidores

3 1 7 Análisis Jurisprudencial

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACIÓN INTERPUESTA POR EL LCDO JAIME FRANCO EN REPRESENTACION DE MAYBETH CORONADO PARA QUE SE CONDENE A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL AL PAGO DE B/2 110 461 78 EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS

MAGISTRADO PONENTE ABEL A ZAMORANO
2 DE FEBRERO DE 2017

Observación

En particular hemos escogido e introducido esta novedosa resolución judicial que ha sido vertida por la Corte Suprema de Justicia aun cuando en estricto derecho sustantivo queda a un lado de esta investigación que versa sobre la Responsabilidad Civil del Médico por Mala Praxis en dicha resolución judicial se han sentado grandes avances en materia del daño y reparación del mismo por lo cual es pertinente el estudio de dicha resolución ya que introduce conceptos novedosos y de interés para nuestra investigación

Antecedentes

La señora MAYBETH CORONADO es la demandante dentro del proceso en estudio quien alega haber sufrido daños y perjuicios producto de la ingesta de medicamentos que contienen Dietilenglicol y la parte demandada es la Caja de

Seguro Social que es una entidad del Estado y la pretension de la parte actora consiste en que se condene a la Caja de Seguro Social al pago de indemnizacion que consiste en una suma liquida exigible por los daños y perjuicios materiales y morales causados a **MAYBETH CORONADO** por el monto de un millón ochocientos diez mil cuatrocientos sesenta y un balboas con setenta y ocho centavos (B/ 1 810 461 78) en concepto de daño material y 2) trescientos mil balboas (B/ 300 000 00) en concepto de daño moral lo que totaliza un monto de dos millones ciento diez mil cuatrocientos sesenta y un balboas con setenta y ocho centavos (B/ 2 110 461 78)

Resumen de los hechos en que la parte actora fundamenta su pretensión

Basicamente la parte actora fundamenta su demanda en quince (15) hechos de los cuales a manera de sintesis se entiende que ha sufrido daños y perjuicios producto de la ingesta de medicamentos que contenia Dietilenglicol y que dichos medicamentos eran suministrados por la Caja de Seguro Social

Normas que se consideran han sido vulneradas y el concepto en que lo han sido

Considera que con su actuar la Caja de Seguro Social vulnero el articulo 1644 del Codigo Civil en concepto de omision realizo un acto publico para la adquisicion de materia prima denominada glicerina que seria destinada a su laboratorio de produccion de medicamentos y lo suministrado por la empresa MEDICOM a quien se le adjudico dicho acto publico no era glicerina sino que se le suministró la sustancia denominada Dietilenglicol

De esta manera la Caja de Seguro Social tenia la obligación de verificar la eficacia y seguridad de los medicamentos suministrados a los asegurados y sus dependientes ya que está es una función que le corresponde a dicha entidad publica y no puede ser delegada u omitida correspondiendole a esta la comprobación de los insumos y equipos medicos de conformidad a los estandares

de calidad y seguridad por lo que el Estado panameño es responsable por la Falla en la prestación del servicio público

Informe de conducta de a Caja de Seguro Social

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia requirió a la Caja de Seguro Social mediante Oficio No 175 de 28 de enero de 2014 rindiera informe de conducta mismo que fue remitido a la Sala mediante nota S/N el cual básicamente señala que

El evento o hecho causal bajo el cual la parte demandante sustenta sus pretensiones en contra de la Caja de Seguro Social tienen como génesis la aplicación del medicamento difenhidramina presuntamente contaminado con Dietilenglicol a la joven MAYBETH CORONADO en mayo de 2006 en donde la Caja de Seguro Social ha alegado que como quiera que la aplicación de dicho medicamento a la demandante fue en el año 2006 ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la Acción Contenciosa de Reparación Directa por los daños y perjuicios causados por la Caja de Seguro Social

Opinión del Procurador de la Administración

La demanda propuesta fue corrida en traslado al Procurador de la Administración quien emitió concepto mediante vista 616 de 28 de noviembre de 2014 y 640 de 19 de agosto de 2015 en donde se concluye que las omisiones en las que incurrieron las empresas Rasfer Internacional y Grupo Medicom S A permitieron que el Laboratorio de Producción de Medicamentos de la Caja de Seguro Social utilizara glicerina contaminada con Dietilenglicol como materia prima para la elaboración de medicamentos que posteriormente fueron suministrados a sus asegurados y beneficiarios

Aunado a ello la Procuraduría de la Administración indicó que no puede atribuirsele a la Caja de Seguro Social la responsabilidad por un acto que fue

realizado por terceras personas que fueron las responsables del suministro del químico Dietilenglicol

En pocas palabras sostiene la Procuraduría que se trata de un hecho como de un tercero cuya presencia acarrea la ruptura de la relación de causalidad que se exige como presupuesto elemental para la determinación de responsabilidad extracontractual y por consiguiente el Estado panameño debe quedar exento de responsabilidad y no tiene el deber jurídico de resarcimiento por los perjuicios ocasionados

La Procuraduría de la Administración solicitó a la Sala Tercera que se sirviera a declarar que el Estado panameño no está obligado a pagar a la demandante la suma solicitada en concepto de indemnización siendo esta de dos millones ciento diez mil cuatrocientos sesenta y un balboas con setenta y ocho centésimos (B/ 2 110 461 78) por conducto de la Caja de Seguro Social

En adición a lo anterior la Procuraduría de la Administración reitera la excepción de prescripción alegada que propone que el artículo 1706 del Código Civil es claro al indicar que es de un (1) año que se computará a partir de que el agraviado tuvo conocimiento del acto o situación que generan el hecho dañoso que da origen a la reclamación

Criterio del Tribunal

Competencia

Antes de proceder al examen del fondo el Tribunal se pronunció acerca de la competencia para conocer del proceso indicando que por tratarse de una actuación de la CAJA DE SEGURO SOCIAL sobre la cual se reclama responsabilidad la presente acción es viable en atención a lo dispuesto en el

Artículo 97 numeral 10 del Código Judicial en concordancia con el Artículo 206 de la Constitución Política

Pronunciamiento respecto a la postura de la Procuraduría de la Administración

En la resolución judicial in examine se expone que la “Sala tiene a bien indicar que no comparte el criterio sustentado por el representante del Ministerio Público en el sentido de que no puede exigirse a la demandante que presentara la demanda contencioso administrativa de indemnización a partir de septiembre de 2006 cuando en ese momento la misma no tenía la certeza de que efectivamente era una de las pacientes afectadas por el tóxico dietilenglicol

Sigue indicándose en dicha resolución que el Estado estableció mediante Ley 13 de 2010 la creación de una Comisión Interinstitucional conformada por el Ministerio de Salud la Caja de Seguro Social y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a fin de que se llegara a un consenso sobre los criterios médicos para definir el carácter de víctimas de intoxicación con dietilenglicol por lo cual la prescripción tendrá que contarse a partir de que la paciente Maybeth Coronado cumplió con los criterios médicos reconocidos por la Comisión que la incorporan en la lista de personas afectadas por el dietilenglicol que es el requisito legal que otorga el carácter de víctima que para tales efectos solicita el Estado Panameño

Al respecto la Sala indicó que la joven **Maybeth Coronado** posee dos evaluaciones con informe por escrito de la Junta Médico Legal la primera de fecha 1 de octubre de 2012 y la segunda de fecha 24 de julio de 2014 en donde se indica que la misma cumple con los criterios para ser considerada víctima de intoxicación con dietilenglicol y puesto que la demanda contencioso administrativa de indemnización fue presentada a la Sala Tercera de la Corte Suprema el 7 de junio de 2013 la misma se encuentra dentro del año que establece el artículo

1706 del Código Civil para presentar las demandas de este tipo por lo cual la misma no se encuentra prescrita por lo que se desestima el señalamiento de la procuraduría de la Administración en representación del Estado

La petición de indemnización (Falla en la prestación de un servicio público de salud)

Se solicita que el Estado panameño y la Caja de Seguro Social, respondan por los daños y perjuicios ocasionados, ya que fallaron en la prestación del servicio público de salud, toda vez que no supervisó ni comprobó la calidad de los insumos médicos que fueron entregados a los asegurados, de acuerdo a los estándares de calidad y seguridad para el uso humano, para preservar la integridad física de las personas, omisión ésta que fue la causa directa del daño

En virtud de que la Caja de Seguro Social no cumplió con la prestación del servicio público de salud, una pluralidad indeterminada de personas resultó envenenadas al ingerir Dietilenglicol, quedando muy enfermas y muchas de estas personas han fallecido

Fundamentos de la Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado

Para que exista para el Estado el deber jurídico de resarcimiento por daños y perjuicios se requiere que existan los siguientes elementos según expone la sentencia de 24 de mayo de 2010 y 20 de noviembre de 2009 al conceptuar sobre el sentido y alcance del artículo 1644 del Código Civil en particular el Tribunal señaló que para que se configure el mal funcionamiento del servicio público deben acreditarse los siguientes elementos

A La presencia de un daño directo, cierto y susceptible de ser cuantificado

- **Hecho que genere un daño**

Se requiere que exista un hecho de la mano del hombre (ocasionado por el hombre) mediante el cual se cause daño a otra persona. El hecho humano está siempre presente en forma directa o indirecta (en los procesos de la empresa, el Estado y las cosas) interfiriendo en las relaciones sociales y causando un resultado dañoso.

- **Concepto de daño**

Se considera daño la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural) a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades) o a la esfera patrimonial (bienes e intereses) que no es soportable por quien lo padece, bien porque es irrazonable o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

- **Los elementos constitutivos del daño son**

(1) la certeza del daño, (2) el carácter personal y (3) directo. El carácter cierto como elemento constitutivo del daño consiste en que sea un perjuicio actual o futuro, no hipotético sino específico. La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual.

B La existencia de una conducta culposa o negligente

- **Culpa en la conducta del agente**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere de la culpa o negligencia esto es que el sujeto con su actuar o con la omisión viole deberes preexistentes máxime de los deberes especiales que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico

- **Imputación objetiva**

La imputación objetiva implica la atribución lo que denota en lenguaje filosófico jurídico una prescripción más que una descripción Luego la contribución que nos ofrece la imputación objetiva cuando hay lugar a su aplicación es la de rechazar la simple averiguación descriptiva instrumental y empírica de cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta

Determinación de la responsabilidad del Estado

- **Imputación**

Este último concepto se ha definido como la determinación de antecedentes que han tenido relevancia jurídica para la producción de un resultado para luego atribuirse a un sujeto Significa que a la imputación le interesa saber quien es el autor

- **La indemnización del daño antijurídico**

La indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica Así mismo debe considerarse que la

responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

- **La falla en el servicio público y en la prestación del servicio de salud**

Consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado ya sea porque este no se prestó, se prestó tardíamente, defectuosamente o equivocadamente. Por lo cual, mientras la parte que demanda la responsabilidad estatal tiene la carga de demostrar dicha falta, corresponde a la administración acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, eficaz y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o que, no obstante su adecuada y oportuna actuación, se presentó una causa extraña que desbordó su diligencia y eficacia, a saber, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero.

- **Cuando surge la falla del servicio público**

La falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación, conducta activa u omisiva, del contenido obligatorio determinado en la Constitución Política y en la ley a cargo del Estado. Lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche que no puede pasarse por alto porque, en todo caso, debe contemplarse en primer lugar la aplicación del régimen de falla en el servicio de manera que, siempre que se encuentre demostrada, habrá que llamar la atención sobre ella, aun cuando no haya sido alegada por el demandante, y así se cumpla con los cometidos sociales del juicio de responsabilidad, cual es evitar

que casos semejantes se repitan o ejercer un llamado a las autoridades administrativas para que cumplan los cometidos del ente estatal

- Aspecto importante

Visible a fojas 188 y siguientes del expediente judicial consta el Auto No 10 de 10 de enero de 2012 proferido por el Segundo Tribunal Superior de Justicia mediante el cual se **abre causa criminal** a varios sindicatos por el delito contra la Seguridad Colectiva (Salud Pública) entre ellos varios funcionarios públicos de la Caja de Seguro Social específicamente los encargados de los laboratorios de producción de medicamentos de los cuales se evidencia su conducta culpable y negligente misma que se subsume en el presupuesto de responsabilidad del Estado ligado a la mala prestación del servicio público

C La demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento

- Concepto

Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad, lo que debe entenderse es que el actuar de quien esté obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño, o sea que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto

- **El nexo de causalidad como elemento fundamental**

Para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que de no haber sido por la conducta de dicha persona el perjuicio sufrido por el demandante no habría ocurrido. En otras palabras la conducta del demandado tendría que constituir la condición necesaria real o eficiente del daño del demandante

- **Daños que debe y no deben ser soportados**

Para ello es necesario distinguir entre los daños que el sujeto tiene el deber de soportar y por consiguiente no generan responsabilidad y los daños que el sujeto no tiene el deber de soportar (daños antijurídicos) y que generan responsabilidad

- **El nexo causal en la prestación del servicio público de salud**

Es la relación que debe existir entre la falla o falta de prestación del servicio de salud a que la Administración está obligada y el daño que ha sido ocasionado

- **La prueba del nexo causal**

El nexo causal se prueba en este negocio jurídico en cuestión en primera instancia con la determinación de que la demandante sea asegurada de la Caja de Seguro Social lo que se constata a través de los antecedentes que forman parte del expediente judicial en donde se señala que la misma es asegurada bajo la cédula 8 859-2048

En segunda instancia que a la joven Maybeth Coronado se le haya recetado alguno de los medicamentos contaminados con el tóxico dietilenglicol (DEG) elaborados por el Laboratorio de Producción de Medicamentos de la Caja de Seguro Social siguientes: expectorante sin azúcar, difenhidramina, pasta al agua y calamina loción. En ese caso consta a foja 146 del expediente que a la joven Coronado se le recetó en el Complejo Metropolitano Dr. Arnulfo Arias Madrid el medicamento **difenhidramina** los días 21 y 31 de julio de 2006.

En tercera instancia que dicho medicamento haya sido recetado en el período comprendido entre los años 2004 a 2006, situación que es corroborada igualmente a foja 146 del expediente.

Como cuarto aspecto a considerar para determinar el nexo causal se encuentra que la joven Maybeth Coronado haya sido considerada por la Comisión Interinstitucional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Caja de Seguro Social y del Ministerio de Salud como paciente envenenada por el consumo de medicamentos contaminados con el tóxico dietilenglicol (DEG) elaborados por el laboratorio de producción de

medicamentos de la Caja Se Seguro Social para lo cual la misma debía cumplir con **dos** de los siguientes criterios

- **Confirmación o validación del nexo causal**

Al existir un nexo causal entre la falla en la prestación del servicio publico por parte de la Administracion y el daño causado la Caja de Seguro Social infringió el contenido del articulo 1644 del Codigo Civil

Decisión del Tribunal

A pesar de que efectivamente existe un daño cierto probado y un monto reclamado y tomando en consideración que la parte actora no presenta suficiente prueba idonea que pueda corroborar la cuantia de los daños materiales y morales sufridos por la joven MAYBETH CORONADO esta Superioridad procederá a **CONDENAR EN ABSTRACTO**

Por todo lo anterior la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley resuelve y declara que la **CAJA DE SEGURO SOCIAL** es **responsable** por el mal funcionamiento del servicio publico de salud que causo el envenenamiento con el toxico dietilenglicol de la joven MAYBETH CORONADO y **CONDENA** al Estado Panameño a pagar una indemnizacion por los daños materiales y morales causados

En vista que el monto de los daños y perjuicios materiales no se encuentran acreditados de modo suficiente para su fijacion exacta se dispone que la **CONDENA SEA EN ABSTRACTO** y debera liquidarse de acuerdo a los trámites previstos en los articulos 996 y siguientes del Codigo Judicial El trámite de condena en abstracto es aplicable en este caso a tenor de lo previsto en el articulo 57c de la Ley No 135 de 1943 modificada por la Ley No 33 de 1946 en concordancia con el articulo 97 del Código Judicial

Comentarios

La resolución judicial antes analizada introduce elementos novedosos al concepto de responsabilidad civil extracontractual tales como el concepto de imputación objetiva falla del servicio público de salud por parte del Estado y la Caja de Seguro Social

Aunado a lo antes expresado la resolución in examine establece cuales son los elementos fundamentales para que exista el deber jurídico de resarcimiento para el Estado siendo estos la existencia de un daño cierto la existencia de una conducta dolosa o culposa en la conducta del agente y por último el nexum de causalidad entre la falla del servicio público de salud y el daño ocasionado

El daño consideramos que es la aniquilación de una situación favorable o de ventaja que mantenía MAYBETH CORONADO ya que la misma antes de la ingesta de medicamentos que contenían Dietilenglicol estaba en condiciones de salud adecuadas y producto de que ella consumió dicho veneno su salud desmejoró

Respecto a la culpa en la conducta del agente es un presupuesto básico ya que si no existe dolo culpa o forma de estas no existe el deber de responder por daños y perjuicios

Criterios novedosos

Imputación

Este último concepto se ha definido como la determinación de antecedentes que han tenido relevancia jurídica para la producción de un resultado para luego atribuírselo a un sujeto

Así en dicha jurisprudencia se toma lo antes vertido y se señala que

Visible a fojas 188 y siguientes del expediente judicial consta el Auto No 10 de 10 de enero de 2012 proferido por el Segundo Tribunal Superior de Justicia mediante el cual se **abre causa criminal** a varios sindicatos por el delito contra la Seguridad Colectiva (Salud Pública) entre ellos varios funcionarios públicos de la Caja de Seguro Social específicamente los encargados de los laboratorios

de producción de medicamentos de los cuales se evidencia su conducta culposa y negligente misma que se subsume en el presupuesto de responsabilidad del Estado ligado a la mala prestación del servicio público

Estos antecedentes han tenido relevancia jurídica para la producción de un resultado para luego atribuirse a un sujeto y se tiene en cuenta que se abrió causa criminal a varios sindicados por el delito en contra de la Seguridad Colectiva (Salud Pública) entre ellos funcionarios de la CSS encargados de los laboratorios quedando evidenciada la conducta culposa y negligente

Nexo de causalidad

Para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que de no haber sido por la conducta de dicha persona el perjuicio sufrido por el demandante no habría ocurrido. En otras palabras la conducta del demandado tendría que constituir la condición necesaria real o eficiente del daño del demandante

En la presente causa el nexo o relación que debe existir entre la falla o falta de prestación del servicio de salud a que la Administración está obligada y el daño que ha sido ocasionado

De esta manera si la caja de seguro social hubiese cumplido con la labor de supervisar revisar la calidad de los insumos la supuesta glicerina suministrada para la preparación de los medicamentos tal situación no hubiese acontecido sin embargo no se realizó y la administración no lo hizo y por tal razón se causó un daño

CAPÍTULO IV

PROPUESTA Y APORTE

La responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesion al faltar a los deberes especiales que esta impone y requiere por lo tanto para su configuracion los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil

- ***Corte Suprema de Buenos Aires***

4 Validación de la Hipótesis del Trabajo

Antes de iniciar con la propuesta para esta investigación es importante señalar que la hipótesis del presente trabajo *Las medidas para procurar la reparación del daño causado y la prudencia del profesional sobre ideas como la pérdida de la chance traducida en la pérdida de la oportunidad y del consentimiento informado como obligación asumida por el equipo médico ambas que pueden ser utilizadas en su contra durante la fase probatoria lograrán disminuir las condiciones actuales que generan la responsabilidad civil del médico por mala práctica* se ha logrado cumplir satisfactoriamente

Con el análisis expuesto en el Capítulo IV Marco Analítico se llega a la conclusión que mediante doctrinas como la pérdida de la oportunidad o pérdida de la chance y figuras como el consentimiento informado se pueden mejorar los procesos civiles en donde se ven involucrados profesionales de la medicina que incurren en mala praxis y donde se ven resultados lamentables en sus pacientes como ha quedado demostrado a través de la jurisprudencia transcrita en el capítulo que antecede

Se logró aplicar herramientas innovadoras para la resolución de estos conflictos dejando claro que los Tribunales de Justicia tanto a nivel nacional e internacional han admitido la aplicación de doctrinas como la pérdida de la chance como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad y la han aplicado a la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de

reclamación o al menos la única causa pero si ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano

Además mediante la aclaración del concepto de la teoría de la culpa virtual como medio para disminuir las dificultades que enfrenta el demandante para establecer y demostrar la culpabilidad o la actuación deficiente de los profesionales de la medicina se llegó a la conclusión que existe una necesidad imperante de facilitarle a los demandantes la demostración de la conducta culposa de los médicos a fin que dado el caso donde se manifieste mala práctica responda de los daños que su comportamiento negligente le haya ocasionado a la salud de sus pacientes ya que la culpa se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios

4.1 Propuesta para la solución del problema

Con la información recabada en esta investigación las evidencias plasmadas mediante la recopilación de jurisprudencia relevante son suficientes para justificar la necesidad de implementar la estrategia para aminorar la impunidad en estos casos y a su vez que realmente se haga justicia cuando la conducta del profesional lo amerite suprimiendo las simples apreciaciones subjetivas y basándose tanto los peritos como el Juzgador en la sana crítica sus conocimientos y todos aquellos principios sustantivos y procesales para la más equitativa aplicación de la normativa que regula la materia

Se hará un plan estratégico así como la formulación de una serie de recomendaciones para que además de atenuar la cantidad de casos que se presenten por mala práctica durante el ejercicio de la medicina las veces que estos se ventilen en los Tribunales de Justicia se manejen conforme a derecho y bajo una óptica del juzgador actual que responda a nuevos conceptos como la teoría de la pérdida de la chance

4 1 1 Revisión pormenorizada de la investigación realizada e investigaciones similares

Se deberá leer detenidamente el trabajo de investigación realizado sobre el Análisis de La Responsabilidad Civil del Médico por mala praxis para conocer cuáles son las Herramientas idóneas para la correcta funcionalidad y diagnóstico de figuras como la culpa virtual pérdida de la chance y el consentimiento informado y bajo esta óptica proceder a su aplicación Por otra parte estudiar con mayor énfasis cuáles fueron las áreas críticas identificadas durante la investigación realizada así como en trabajos similares para buscar soluciones aceptables en cada caso

4 1 2 Actualización de la Legislación Panameña en materia de Reparación del daño (Derecho de Daños)

Lamentablemente en la Legislación Nacional se mantiene un evidente retardo en lo que a la reparación de daños se refiere Es de conocimiento general

que el Código Civil patrio data de la época del año 1917 y que a pesar de que se le han efectuado diversas reformas el mismo ha quedado desfasado toda vez que por muchas razones no complementa ni se ajusta a las necesidades actuales mas no a las realidades vividas en el presente año 2016 por lo que si no se toma la pronta decisión de proceder con las reformas a este Código la legislación nacional podría quedar en el pasado en esta materia pues el mismo se aproxima a cumplir cien años de vigencia en la República

Sobre el criterio de Atribución de la Responsabilidad sigue un criterio de carácter subjetivo ya que como es sabido el Código Civil aun alude a conductas dolosas o culposas

De igual manera sobre el particular que atañe en lo concerniente al daño y la reparación del mismo el Código Civil solamente contempla lo conocido como elementos tradicionales del daño que son el Daño Material integrado por el Lucro Cesante y el Daño Emergente y el Daño Moral

La legislación sustantiva de la República todavía no regula las nuevas tendencias de reparación del daño ideadas de acuerdo a las nuevas tendencias y realidades que se han venido desarrollando a través de los tiempos a lo largo de la evolución de la humanidad las cuales han sido adoptadas de forma paulatina por las nuevas legislaciones de varios países lo que se puede plasmar al analizar la jurisprudencia transcrita donde ya las fronteras del daño han traspasado criterios meramente subjetivos

Por todo lo manifestado se mantiene la firme opinión de dirigirse directamente hacia crear un nuevo Código Civil o modificar por completo el ya existente que sea conforme a la realidad que se enfrenta actualmente en el país y que en el mismo se tomen en cuenta las nuevas tendencias de reparación o resarcimiento del daño para cuando se presentan casos de esta índole donde la impunidad genera preocupación en la víctima por razones obvias

Un punto sumamente importante en este sentido es que al legislar sobre un Código innovador o su reforma integral primeramente debe tomarse para la inclusión de las nuevas tendencias de reparación del daño el denominado Derecho de Daños ya que a todas luces con todos los cambios que se han producido tanto en el derecho nacional como en el extranjero no se debe referir simplemente al término Responsabilidad Civil sino que debe hablarse del Derecho de daños lo que implicaría un cambio tanto terminológico como de óptica y perspectiva

En este sentido el autor MARTIN DIEGO PIROTA hace una breve distinción entre la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños Sobre el cambio en cuanto a la óptica o perspectiva La Responsabilidad Civil mira a quien es el autor del daño mientras que el Derecho de Daños mira a la víctima del daño (Pirota Texto de disertación brindada en el foro anual de inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua 2005 pag 9)

Igualmente hablar de Derecho de daños trae consigo cambios significativos en cuanto se refiere a los factores o criterios de atribución toda vez que en el Derecho de Daños el criterio de atribución de la Responsabilidad es objetiva esto quiere decir que se prescinde de elementos como el dolo y la culpa mientras que en la Responsabilidad Civil los criterios de atribución de la Responsabilidad son de carácter subjetivo lo que significa que se basa en el dolo y la culpa

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios el Derecho de Daños es concebida como un crédito que tiene la víctima en contra del victimario que sería el deudor mientras que en la Responsabilidad Civil la indemnización es vista como una deuda de responsabilidad del victimario para con la víctima (Pirota Texto de disertación brindada en el foro anual de inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua 2005 pag 9)

El Derecho de Daños pretende el resarcimiento o la reparación del daño a la víctima mientras que la Responsabilidad Civil busca en forma exclusiva que quien es responsable del daño sea castigado

4 1 3 Análisis del Daño Resarcible en el derecho comparado

Para percatarse de los cambios que se han venido adaptando a los diversos sistemas en lo que a daño se refiere es indispensable estudiar su evolución tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente en distintos

ordenamientos jurídicos de países de la región los cuales contemplan innovadores supuestos y criterios de reparación que sin lugar a dudas comprenden un gran avance en materia del daño y su reparación y de esta forma copiar lo que se considere positivo y acorde a lo que se vive a diario

Es importante destacar que dentro de la legislación panameña estos criterios de reparación aun no han sido tomados en consideración dentro de la normativa por lo que se aboga a través de la presente obra que se tomen en cuenta los nuevos criterios jurisprudenciales y normativos que han sido contemplados en algunos ordenamientos jurídicos de la región como es el caso particular del Código Civil de Argentina

Lo que en el año 1917 era norma en el año 2016 no puede serlo. Se propugna por un cambio en el ordenamiento. Como consecuencia del presente estudio se ha podido palpar los hechos generados por actos médicos negligentes que deben afrontar muchas víctimas que en la mayoría de las ocasiones ven frustradas sus reclamaciones por lo que desde la perspectiva de la ampliación del daño resarcible se haría justicia porque se tipificarían nuevos intereses jurídicos tutelados así como también se daría la humanización del derecho concebida como la conciencia en la dignidad humana por parte de los profesionales de la medicina

Ante las nuevas realidades es importante adaptarse y establecer nuevos intereses jurídicos tutelados en los Códigos de las naciones como respuesta expedita a las situaciones vividas en el presente siglo. Si se amplían los intereses

tutelados aumenta la lista de situaciones jurídicamente contempladas que generan la obligación de reparación del daño causado cosa que no sucede con el Código Civil panameño en este momento

4.1.4 Lograr humanizar el derecho y la conciencia de la dignidad del ser humano

Resulta de vital importancia conocer que dentro del proceso de evolución del derecho específicamente en lo referente a la reparación del daño la conciencia en la dignidad humana ha ido evolucionando

Como consecuencia de lo anterior entre otras cosas se han adoptado múltiples instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo que ha permitido el proceso de humanización del derecho y que tales instrumentos internacionales como La Carta de las Naciones Unidas o La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José los cuales han sido adoptados por el país así como por otros Estados de la Región

Muchos de estos instrumentos han influido en el tratamiento de las lesiones a los valores más fundamentales de la persona como por ejemplo la libertad la imagen entre otros (Perez Vargas 2012) de manera tal que en la actualidad el hombre es considerado como titular de una serie de derechos y que estos derechos están contemplados en estos instrumentos internacionales

Por lo ya manifestado y en vista de que ya la dignidad del ser humano se encuentra protegida a través de diversos instrumentos jurídicos es importante

dirigir los esfuerzos en conjunto hacia la concientización de los juzgadores y la más alta Corporación de Justicia sobre el cuidado de que se hagan efectivos los derechos lacerados de la víctima de mala praxis médica en el caso que ocupa la presente investigación sobre responsabilidad civil del médico por mala praxis

4.1.5 Enfatizar en la importancia del consentimiento informado

Hoy en día tal cual se expresa en el apartado que antecede la dignidad de la persona resulta indiscutible y es fundamento de todo el ordenamiento. Su reconocimiento es expreso en todas las leyes supremas. Y precisamente de ello se deriva que el derecho al consentimiento informado esté catalogado entre los más importantes derechos humanos.

En este camino se dilatan los llamados derechos de los pacientes y así se pasa de una medicina paternalista a una medicina en donde prima el principio de autonomía.

Se trata de que en la legislación panameña se instaure el protagonismo del derecho a la información por parte del paciente lo que implica una legítima declaración de voluntad efectuada por el paciente por la cual luego de brindársele una información completa referida a su padecimiento al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable este decide prestar su conformidad y someterse a lo que su médico sugiera.

4 2 Aporte de la propuesta

Esta propuesta pretende traer como resultado el mejoramiento en el manejo de los procesos que se deslindan ante los Tribunales de Justicia de la Republica haciendo la justicia más eficiente y equitativa además de lograr prevenir el dictamen de fallos que atenten contra la moral y el bienestar físico y material de los pacientes como resultado de una intervención médica donde no medie el consentimiento informado y se presente la pérdida de la oportunidad de lograr un resultado positivo en la condición de salud del paciente por una mala decisión o negligencia del galeno cuyo indicio pruebe la culpa del mismo

Sin perjuicio de lo anterior la justicia se aplica a ambas partes ya que todo esto es requerido para que también cuando el facultativo no ha obrado negligentemente simplemente se determine su falta de culpabilidad durante el proceso

4 3 A qué población o Instituciones favorece la propuesta

Esta propuesta de investigación favorece primordialmente a la sociedad en general a todas aquellas personas que se consideren víctimas de mala praxis en el proceder de un galeno e inclusive al galeno mismo quien tiene la posibilidad de probar su inocencia mediante la demostración de diversos elementos probatorios que aclaren los hechos de la demanda

La propuesta también beneficiaría a los Tribunales de Justicia del país ya que se busca promover una guía que coadyuve con los organismos jurisdiccionales durante la toma de decisiones importantes en este sentido

CONCLUSIONES

A continuación se desglosan las conclusiones más relevantes que se desprenden del presente estudio

- La responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación por lo que es responsable aquella persona que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otra persona y no es responsable quien a pesar de haber causado un daño a otro no es obligado a repararlo
- La obligación de responder a raíz de un incumplimiento se presenta porque el régimen de la responsabilidad civil está íntimamente ligado al concepto de daño que es un elemento esencial de la acción
- Los siglos XIX y XX fueron de gran importancia para el avance de los conocimientos médicos ya que se dio el aumento de la tecnología así como nuevas investigaciones que expandieron la visión del campo consolidando una *lex artis*
- En Panamá se establece que los médicos además de la responsabilidad civil derivada del delito como consecuencia de la mala praxis tienen el

riesgo de asumir una responsabilidad penal y además de ser susceptibles de acusaciones por negligencia se les puede condenar a una pena privativa de libertad e inclusive a la inhabilitación para el ejercicio de la medicina

- Generalmente en el ámbito probatorio cuando se debe acreditar la negligencia médica inician los obstáculos jurídicos para la víctima ya que exponer el origen del daño cuando está de por medio la intervención muchas veces no solo de un médico sino de varios profesionales así como la utilización de diferentes instrumentos resulta una tarea difícil aquella de acreditar la culpa
- La mala praxis consiste en la práctica médica aplicada de forma errada es decir contrario a la teoría médica por lo que se podría considerar el actuar del médico como una mala praxis cuando simple y llanamente actúa según su parecer científico sin embargo no alcanza los resultados que buscaba
- Por la mala praxis médica al médico se le puede responsabilizar por el hecho de las cosas es decir será responsable de los daños causados al paciente por cualquier cosa que tenga a su cargo para su uso y servicio tales como los instrumentos que él controla o que se encuentren en el lugar donde este realiza la intervención y que a pesar que los perjuicios al paciente en estos casos no se le pueden imputar exclusivamente al profesional pero con frecuencia sí termina respondiendo solidariamente

- Es importante delimitar el ámbito de responsabilidad civil del médico es decir si se trata de una obligación que deriva de un contrato o si la misma deriva de la culpa o negligencia
- La relación médico paciente de la cual se desprende el acto médico puede darse bajo cualquiera de las siguientes circunstancias Por acuerdo voluntario entre ambas partes en los casos de emergencia por acción unilateral del galeno por solicitud de terceras personas generalmente familiares o por compromiso adquirido del médico ya que labora en determinada clínica u hospital público o privado
- En Panamá los daños ocasionados en materia de salud casi siempre son de mayor cuantía por la naturaleza del perjuicio causado
- El Consentimiento Informado consiste en un proceso fundamental dentro de la Relación Médico Paciente en la cual el médico deberá proporcionar al paciente la información de una manera comprensible y clara haciendo uso de una terminología adecuada para informarle al paciente sobre su estado o condición que enfermedad padece que tipos de procedimientos y/o tratamientos clínicos pueden aplicarsele cuáles son los beneficios del tratamiento y si el tratamiento tiene efectos adversos
- Es posible definir la chance como la oportunidad probable de obtener una ventaja o de evitar una pérdida o como la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor existe la esperanza Esto se da debido al principio de que la producción de un evento dañoso conduce a que el damnificado sufra la

perdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras

- La obligación esencial del paciente es una obligación de dar que se produce a través del pago de los honorarios mientras que la obligación del profesional de la medicina es una obligación de hacer es decir de hacer lo necesario para lograr la salud del paciente por lo que se traduce en una obligación de medios o de diligencia y no de resultados
- En Panamá el contrato de servicios médicos se da mediante la figura del contrato de hospitalización que es similar a un contrato de hotelería donde el centro médico se obliga a prestar servicios de hospedaje que son los correspondientes a la alimentación transporte interno alojamiento temporal y otros servicios parecidos a los regulados por el derecho común en el caso de contratos de hotelería sin embargo las diferencias son sustanciales
- La culpa médica como presupuesto de la responsabilidad médica generalmente se configura por negligencia o por impericia Cuando se habla de negligencia se trata de la falta de diligencia debida mientras que cuando se habla de impericia se trata de la falta de conocimientos técnicos y científicos o la negligencia del médico que a pesar de estar debidamente capacitado actúa de forma descuidada
- La relación entre el médico y su paciente en cierto sentido se puede considerar como una relación de consumo donde se deben respetar ciertos derechos que el profesional garantiza a su cliente como el derecho

a la informacion a la seguridad a la libre eleccion al trato digno y equitativo entre otros

- Se debe en algunos casos invertir la carga probatoria y por la especialidad del daño es el demandado el que tiene que probar que no lo causó Es el caso del medico pues es imposible pensar que el paciente esta en capacidad de probar experticias y procedimientos que le son exclusivos al profesional de la medicina a todo esto se le añade la Protección Gremial Profesional del médico lo que hace casi imposible conseguir que en un proceso un médico actúe como perito como testigo tecnico o que declare contra otro profesional de la medicina
- La legislacion sustantiva de la Republica todavia no regula las nuevas tendencias de reparacion del daño ideadas de acuerdo a las nuevas tendencias y realidades que se han venido desarrollando a traves de los tiempos a lo largo de la evolucion de la humanidad
- Se mantiene la firme opinion de dirigirse directamente hacia crear un nuevo Codigo Civil ya que el actual data de 1917 o modificar en lo necesario el ya existente para que sea conforme a la realidad que se enfrenta actualmente en el pais y que en el mismo se tomen en cuenta las nuevas tendencias de reparacion o resarcimiento del daño
- Hablar de la culpa pues no es ninguna novedad aunque tal vez lo sea hacerlo ahora cuando la disputa o si se quiere la alternativa fatal entre una responsabilidad objetiva o una subjetiva se ha atenuado de modo significativo por eso la primera advertencia es la de decir que este trabajo

no trata de demostrar que una de las alternativas es mejor o más conveniente o mejor fundada que la otra su propósito es simplemente presentar a manera de compendio el estado de la cuestión de la culpa y su papel en materia de responsabilidad contractual dentro de la doctrina y de los códigos civiles latinoamericanos todo con miras a identificar rasgos comunes que permitan en el futuro abordar el tema en su verdadero alcance es decir como un tema de derecho latinoamericano

RECOMENDACIONES

- La carga dinámica de la prueba es finalmente una obligación para el juez que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.
- La equidad no puede tomarse como un concepto retórico debe analizarse en los casos de responsabilidad médico asistencial los cuales se consideran especiales por sus condiciones técnicas y científicas los médicos son quienes realmente se encuentran en circunstancias favorables para acudir al proceso a probar lo que se acondiciona a los postulados de la carga dinámica de la prueba solo así desde una postura personal se logra un tratamiento equitativo dirigido a las partes procesales enfrentadas en un conflicto jurídico de esta categoría.
- En presencia de la posibilidad de construir indicios a partir de la conducta procesal de las partes a cargo del juez es menester el análisis de cada caso en concreto acerca de la conducta pasiva la entidad de salud.

habitualmente es el demandado el que por regla general tiene el conocimiento factico tecnico profesional y cientifico para develar los hechos y procedimientos llevados a cabo en el acto medico

- Los casos de responsabilidad médica son difíciles por su misma naturaleza además de que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud son de forma impersonal por lo tanto la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo
- Para el año 2013 aproximadamente 119 casos de mala praxis médica se registraron en Panamá durante los últimos 16 años a consecuencia de la mala relación que existe entre el médico y el paciente por lo cual el interés en que la relación entre ambas partes sea personalizada es un esfuerzo que en conjunto se debería postular en la agenda como objetivo primordial ya que entre otras cosas es alarmante que para el mes de octubre del año pasado al Ministerio Público habían llegado 14 denuncias por supuesta mala práctica médica en el país tanto en hospitales públicos como privados
- Es necesario crear conciencia sobre la problemática de la falta de divulgación y educación médica en Panamá que sobre este tema tienen

la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud lo que provoca que el paciente no se atreva a denunciar estos casos por el temor a demandar a un medico porque se teme perder el caso y esto se da precisamente por la falta de docencia que hay en el pais sobre este asunto No se trata de indisponer al profesional de la medicina sino trabajar en el aspecto humanitario de que se estan perdiendo vidas a consecuencia de actos de negligencia medica

- Promover la introduccion en la relacion médico paciente de factores esenciales como la etica el derecho a la vida y el humanismo son esfuerzos impostergables
- En los casos individuales por supuesta negligencia medica en muchas ocasiones los fiscales no saben que investigar por lo que se recomienda que dentro de la Ley del Colegio Medico de Panama se cree un comité de etica que sea conformado por especialistas que se dediquen a las pesquisas cuando se presenta un caso de responsabilidad por mala praxis medica
- Se recomienda que legislativamente se consagre la naturaleza contractual de los servicios medicos y la responsabilidad medica en resguardo de la

tutela jurisdiccional de los pacientes y que la prescripción de la acción legal se computa desde el día en que se tiene conocimiento fehacientemente del daño médico

Referencias

- (9 de Agosto de 2016) Obtenido de
[http //www revistapersona com ar/Persona86/86Augusto htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Augusto.htm)
- Acosta Ramirez V (1990) De la responsabilidad civil médica Santiago Chile Editorial jurídica de Chile
- Acosta Ramirez Vicente citado en Mario Parra G (1990) De la responsabilidad civil medica Santiago Chile Editorial Jurídica de Chile
- Alessandri O c (s f)
- Alterini A (1987) La responsabilidad civil Buenos Aires Argentina Editorial Perrot
- Alterini A & Lopez Cabana R (1995) temas de responsabilidad civil Buenos Aires Argentina Editorial ediciones ciudad Argentina
- Alterini A Ameal O & Lopez Cabana R (1993) Derecho de obligaciones civiles y comerciales BuenosAires Argentina Editorial Albeledo Perrot
- Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad medica Tesis de grado (2003) Pontificia Universidad Javeriana
- Apelación interpuesta por TheSteamship Mutual UnderwritingAssociation (Bermuda) LTD contra el auto N 96 del 27 de junio de 2005 (Primer Tribunal Marítimo de Panama 31 de Agosto de 2007)
- Aristoteles (1964) Obras completas Madrid España Editorial Aguilar
- Asociación Medica Americana (s f) Obtenido de [http //www ama assn org/ama](http://www.ama-assn.org/ama)
- Ataz Lopez (s f) Los medicos y la responsabilidad civil
- Bello Janeiro D (2011) La responsabilidad medica del derecho español Coruña España Editorial Temis S A

Bermudez Muñoz M (s f) Las cargas dinamicas ¿una doctrina que favorece a las victimas?Obtenido de

www.derechoycambiosocial.com/ista035/APLICACION

BrittaniaRodaniche recurre en casacion dentro del proceso ordinario que le sigue a Jose Manuel Teran Sitton Gloria Cecilia Pino de Teran (Corte Suprema de Justicia de Panama)

Bustamante Alsina (s f) Teoria general del daño

Bustamante Alsina J (s f)

Carrillo Fabela L (2009) La responsabilidad profesional del medico en Mexico Mexico Editorial Porrúa

Casación en el proceso ordinario de mayor cuantía que Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek le siguen a Clinicas y Hospitales S A (Centro Medico Patilla S A) y Otros (31 de Julio de 2000)

Cazeaux (s f) Daño actual Temas de responsabilidad civil Obra colectiva en honor al Dr Augusto Morello

Chaia R &Prevot J (2007) Perdida de chance de curacion Buenos Aires Argentina Editorial Astrea

Chaia R &Prevot J (s f) citados en Favre

CNCiv Sala E Voto Dr DUPUIS ED 126 449

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Colegio Medico del Peru Consejo Nacional (2000) Código de etica y deontologia Lima Peru

Comite de ética de la sociedad española de cuidados paliativos (24 de Abril de 2002) Diario Médico

Concepto de Culpa (s f) Obtenido de deconceptos.com/ciencias sociales/culpa

Concepto de Dolo (s f) Obtenido de [http //deconceptos com/ciencias juridicas/dolo](http://deconceptos.com/ciencias_juridicas/dolo)

Concepto de Información definicion significado y qué es (15 de Abril de 2015)
Obtenido de [http //definicion de/informacion/#ixzz3w1YZKqUe](http://definicion de/informacion/#ixzz3w1YZKqUe)

Concepto de Salud (s f) Obtenido de Organizacion Mundial de la Salud
[www oms com](http://www.oms.com)

Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo seccion tercera (s f)
Obtenido de
[http //www alcaldiabogota gov co/sisjur/normas/Norma1 jsp?i=44636](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44636)

Corte Constitucional de Colombia (s f) Colombia

Corte di Cassazione N° 6506 (Rivista del diritto commerciale del
dirittodelleobbligazioni 1986)

Corte Suprema de Justicia citando a Tamayo Jaramillo J (1995) La culpa
medica primera edicion Colombia

Culpa probada BritaniaRodaniche recurre en casacion en el proceso ordinario
que le sigue a Jose Manuel Teran Sitton Gloria Pino de Terán en su propio
nombre y en representacion de su menor hija Melissa Terán Pino (Corte
Suprema de Justicia 25 de Febrero de 2000)

De Cupis A (1957) Revista trimestrale di Diritto e ProceduraCivile 571

De Cupis A (1957) Trimestrale de Diritto e ProceduraCivile

De Cupis A (1975) El daño Teoria general de la responsabilidad civil
Barcelona España Editorial Bosch S A

Demanda contencioso administrativa de indemnizacion en concepto de daños y
perjuicios causados Mojica & Mojica (12 de Marzo de 2015)

Demanda contencioso administrativa de indemnizacion interpuesta por Mariano
de Jesus Castillo en representacion de Cecilia Sanjur y de la menor Paola Patiño

Castillo en contra de la Caja de Seguro Social (Estado Panameño) (Corte Suprema de Justicia 13 de Mayo de 2015)

Diana Garzola de Gonzalez y Santos M González recurren en casación en el proceso ordinario que le siguen a Servipronto Tumba Muerto Los Bosques S A (Corte Suprema de Justicia 14 de Septiembre de 2012)

Fallo BritaniaRodaniche recurre en casacion dentro del proceso ordinario que le sigue a Jose Manuel Teran Sitton Gloria Cecilia Pino de Teran (Corte Suprema de Justicia)

Fernández Costales J (1987) Responsabilidad civil médica y hospitalaria Madrid España Editorial La Ley

Fernandez Rodriguez R (2009) Ponencia El consentimiento informado Su evolucion jurisprudencial XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario

Fundacion Consentimiento informado y Diversidad de Culturas Nº 15 (2008) Barcelona España Editorial Victor Grifols i Lucas

Galan Amador M (2008) Metodologia de la investigacion Bogota Colombia

Gamarra J (T XIX) Tratado de derecho civil uruguayo

Les principes de la responsabilécivile (s f)

Lombardi T J (1965) La responsabilidad extracontractual civil en el derecho panameño

Lorenzetti R (1989) Derecho de daños Buenos Aires Argentina Editorial La Rocca

Lorenzetti R L (2006) Responsabilidad Civil Derecho de Daños Lima Peru Editorial Grijley

Mazeaud H &Tunc A (1963) Tratado teorico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual

Mazeaud &Tunc (s f) Universidad Javeriana

Mazeaud H & Mazeaud L (2005) Elementos de la responsabilidad civil perjuicio culpa y relacion de causalidad Bogotá Colombia Editorial Leyer

Mertehikian E (s f) Revista Argentina del Regimen de la Administracion Publica N° 370 177

Mora Cordoba M (2014) Aplicacion del concepto de carga dinamica de la prueba en materia penal dentro de un sistema acusatorio Fundacion Universitaria Católica del Norte Facultad de Derecho Especializacion Derecho Probatorio Penal Pasto

Obra citada por Luis Anunziato (s f)

Obra citada por Tamayo Jaramillo J (s f)

PauttBarcelo F (2015) La responsabilidad medica apreciaciones observadas desde los regimenes de la culpa Colombia

Pedro Rios Mendoza recurre en casación en el proceso ordinario de mayor cuantia que le sigue Maria Victoria Garcia (Corte Suprema de Justicia de Panama)

Perales Cabrera A (2001) El acto medico criterios definicion y limites
Obtenido de

http://www.fihudiagnostico.org.pe/revista/numeros/2001/enefeb01/46_52.html

Pérez Restrepo J (s f) La carga dinamica de la prueba de la responsabilidad administrativa por la actividad medica decaimiento de su aplicabilidad

Pérez Vargas V (2012) Nuevos horizontes de la responsabilidad civil Revista Judicial No 106

Peyrano J (2014) La conveniencia para el proceso de la carga dinamica de la prueba Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal Panamá Panama

Pirota M (2005) Texto de disertación brindada en el foro anual de inauguracion realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad Santa Maria La Antigua Panamá Panama

Pirota M (2005) Texto de disertación en el foro anual de inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua Panamá Panamá

Princigalli (1985) Perdita di chance e danno risarcibile Rivista Critica di Diritto Privato

Pringalli (s f) La responsabilidad del médico

Proceso ordinario de mayor cuantía propuesto por Marcelino Rodríguez en condición de tutor judicial de Berta Luz Tobar de Rodríguez en contra de Jorge Verbel Ruby Molina y Marbella Organization Medical Facilities Inc 80/43388 09 (Juzgado Décimo Tercero del Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá)

Ramírez Ramírez A & Salgado Ledezma E (2013) Error médico y daño moral México Editorial Porrúa

Real Academia de la Lengua Española (s f) Obtenido de www.rae.es

Recurso de Casación Civil presentada por Bernabe Gonzalez VS Hospital San Miguel Arcangel el Doctor Carlos Perurena y otros (Corte Suprema de Justicia 28 de Octubre de 2009)

Responsabilidad Civil Libro homenaje al profesor Doctor Roberto H Brebbia (1988) Rosario Editorial Vélez Sarsfield

Rodríguez Villarreal A (s f) Tesis El daño resarcible en la legislación panameña Panamá Panamá

Rodríguez Villarreal A (s f) Tesis El daño resarcible en la legislación panameña Panamá Panamá

Rodríguez Villarreal A (s f) Tesis El daño resarcible en la legislación panameña Panamá Panamá

Rojas Salgado M (2015) Responsabilidad civil médica 3era Edición Editorial Jurídica Sánchez R

Rosenberg L (2002) La carga de la prueba Montevideo Uruguay Editorial B de F

Sala de casacion civil Magistrado ponente Pedro Munar Cadena Expediente 08667 (26 de Noviembre de 2010)

Sala Tercera de Revision de la Corte Constitucional t2 IX Sentencia T401 (1994)

Sarmiento Garcia M (2002) Estudios de responsabilidad civil Bogotá Colombia

Schanzer Rossana citado en Pino Torrens (s f) Marco teórico referencial de la investigacion concepto y funciones

Scognamiglio (1969) Apunttisullanozione di danno Revista trimestrale di diritto y proceduracivile 475

Scognamiglio (1969) Apunttisullanozione di danno Trimestrale di diritto y proceduracivile

Sentencia C 221 Expediente D-429 Magistrado Ponente Dr Carlos Gavilia Diaz (Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de 5V 1994)

Sentencia T-560 (Corte Constitucional de Colombia 2007)

Serrano Escobar L (s f)

Sierra Bravo R (1994) Tecnicas de investigacion social Teoria y ejercicios Madrid España

Tamayo Jaramillo J (2010) Tratado de responsabilidad civil Tomo 1 Bogota Mexico D F Buenos Aires Caracas Lima Santiago

Tamayo Jaramillo J (1999) De la responsabilidad civil Tomo 1 Santa Fe de Bogotá Colombia Editorial Temis

Tamayo J (1993) Responsabilidad civil medica en los servicios de salud Medellin Colombia

Terragni M (2004) El delito culposo Buenos Aires Argentina
RubinzalCulzoni

TimsonLayne C (1997) Tesis Responsabilidad civil de los centros medicos
privados Panama Panama

Tomillo Urbina J &Cayon de las Cuevas J (2010) La proteccion juridica del
paciente como consumidor España Editorial Arazandi
Tribunal Supremo Español

Vargas A (s f) Cargas probatorias dinamicas Sus perfiles actuales y algunas
respuestas para sus criticos Obtenido de
[http //www artes unc edu ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas probatorias
dinamicas](http://www.artes.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas_probatorias_dinamicas)

Vasquez Ferreira R (1995) Prueba de la culpa medica Primera Edicion
Medellin Colombia Editorial Dike

Viney Jordain (s f) Les obligations La responsabilite conditionst IV P 434 y ss

WheingartenLovence G (s f) Contrato medico y consentimiento informado
Argentina Editorial Universidad

Zannoni (s f) Trattatodellaresponsabilitacivilet II

Zannoni E (s f) El daño de la responsabilidad civil EditorialAstrea

Zannoni E (s f) El daño en la responsabilidad civil EditorialAstrea

Zavala de González (s f) Resarcimiento de daños t 2 A

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- 1 **ACOSTA RAMIREZ, Vicente (1990)** De la Responsabilidad Civil Medica
Santiago de Chile Editorial Juridica de Chile
- 2 **ALTERINI, Atilio (1987)** La Responsabilidad Civil Buenos Aires
Argentina Editorial Perrot
- 3 _____ **& LOPEZ CABANA, Roberto (1995)**
Temas de responsabilidad civil Buenos Aires Argentina Editorial ediciones
ciudad Argentina (Nombre de alterini Atilio se repite no va)
- 4 **ARISTOTELES (1964)** Obras Completas Ediciones Aguilar Madrid
España
- 5 **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1993)** Teoria General de la
Responsabilidad Civil Cuarta Edicion Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires
Argentina
- 6 **BARSALLO, Pedro (2007)** Estudios Juridicos Edicion 2007 Panama
- 7 **BELLO JANEIRO, Domingo (2011)** La Responsabilidad Medica en el
Derecho Español Editorial Temis S A Pontificia Universidad Javeriana
Coruña España
- 8 **CARDENAS VILLAREAL, Hugo (2013)** Desafios de la prueba de la Culpa
en los procesos de responsabilidad civil medica X Congresos Panameño de
Derecho Procesal Pág 330
- 9 **CARRILLO FABELA, Luz Maria (2009)** La Responsabilidad Profesional
del Médico en México Editorial Porrúa Mexico Pags 240 241
- 10 **CAXEAUX (nombre y año falta)** Daño actual Temas de responsabilidad
civil Obra colectiva en honor al Dr Augusto Morello (Falta editorial)

- 11 **CLARO SOLAR, L (1986)** Derecho Civil Obligaciones Tomo I Chile
- 12 **COUTURE, Eduardo (1958)** Fundamentos del Derecho Procesal Civil Editorial Depalma Buenos Aires Argentina Tercera Edicion
- 13 **CHALA, Rubén Alberto, PREVOT, Juan Manuel (2007)** Perdida de chance de curacion Editorial Astrea Buenos Aires Argentina
- 14 **DEVIS ECHANDIA, Hernando (2002)** "Teoria General de la Prueba Judicial Editorial Temis Bogotá Colombia
- 15 _____(2007) Compendio de la Prueba Judicial Rubinzal Culzoni Editores Argentina (El autor se repite no se coloca nombre)
- 16 **FERNANDEZ COSTALES, Javier (1987)** Responsabilidad Civil Medica y Hospitalaria Editorial La Ley Madrid España
- 17 _____(1988) El Contrato de Servicios Medicos Editorial Civitas S A Madrid España (Autor se repite no se coloca)
- 18 **FERNANDEZ HIERRO, José Manuel (1984)** Responsabilidad civil medico sanitaria Pamplona España Pag 127
- 19 **GALAN AMADOR, Manuel (2008)** Metodologia de la Investigación Bogotá Colombia
- 20 **GAMARRA J (T XIX) (Falta año)** Tratado de derecho civil uruguayo (Falta editorial) Uruguay
- 21 **GHERSI, Carlos (1995)** Responsabilidad por prestacion medica asistencial Primera Edicion Biblioteca Juridica Dike Colombia
- 22 **GUERRA DE VILLALAZ, Aura Emérita (2015)** La Responsabilidad Penal y Civil del Medico Editorial Cultural Portobelo Panama
- 23 **IZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1989)** La responsabilidad civil del profesional liberal Editorial Reus Madrid España

- 24 **LOPEZ MIRO, Horacio (2014)** Causales para demandar la Responsabilidad Civil Médica Editorial Astrea Buenos Aires Argentina
- 25 **LORENZETTI, Ricardo Luis (1989)** Responsabilidad Civil del Medico y establecimientos asistenciales en la obra colectiva Derecho de daños Editorial la Rocca Buenos Aires Argentina
- 26 _____(1997) Responsabilidad Civil de los Medicos Tomo II Rubinzal CulzoniEditores Buenos Aires 1997 (Autor se repite no se coloca nombre)
- 27 _____(2006) Responsabilidad Civil Derecho de Daños Tomo V Editorial Grijley Lima Peru (Autor se repite no se coloca)
- 28 **LOVECE, Graciela (2014)** Informacion y Publicidad del Servicio Medico Editorial Astrea Buenos Aires Argentina
- 29 **MARTINEZ RAVE Gilberto (1993)** La Responsabilidad Civil en Colombia Septima edicion Biblioteca Juridica Dike Colombia
- 30 **MAZEAUD HENRRY, MAZEAUD LEON (2005)** Elementos de la Responsabilidad Civil perjuicio culpa y relación de causalidad Editorial Leyer Bogota Colombia
- 31 **MICHELI, Gran Antonio (1961)** La Carga de la Prueba Juridicas Europa America Buenos Aires Argentina 1961
- 32 **MONSALVE CABALLERO Vladimir NAVARRO REYES, Daniela (2014)** El consentimiento informado en la praxis médica Editorial Temis Bogotá Colombia
- 33 **OBANDO, Brajhan Santiago (2015)** Bioderecho Derecho medico y responsabilidad medica Libreria Juridica Sánchez R LTDA Medellin Colombia

- 34 **OSTERLING F , CASTILLO, M (2006)** El tema fundamental de las Obligaciones de Medios y de Resultados frente a la Responsabilidad Civil
Lima Peru
- 35 **PARRA QUIJANO, Jairo (2004)** Manual de Derecho Probatorio Libreria Ediciones del Profesional Ltda Bogotá Colombia
- 36 **RAMIREZ, Agustín, SALGADO LEDESMA, Erendirá (2013)** Error medico y daño moral Editorial Porrúa Mexico
- 37 **ROJAS SALGADO, Manuel de Jesus (2015)** Responsabilidad Civil Medica Libreria Juridica Sánchez R LTDA tercera Edición Medellín Colombia
- 38 **RODRIGUEZ VILLARREAL, Antonio (2017)** Tesis El daño resarcible en la legislación panameña Universidad de Panamá Panamá
- 39 **ROSENBERG, Leo (2002)** La carga de la Prueba Montevideo
- 40 **SALGADO LEDEZMA, Eréndira, RAMIREZ, Agustín (2013)** Error Medico y Daño Moral Editorial Porrúa Mexico
- 41 **SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo (1994)** El regimen probatorio en la responsabilidad civil medica Ediciones Doctrina y Ley Ltda Bogotá Colombia
- 42 **TAMAYO JARAMILLO (1993)** Responsabilidad civil medica en los servicios de salud Medellín Colombia
- 43 _____(2010) Tratado de responsabilidad civil Tomo 1 Bogotá México D F Buenos Aires Caracas Lima Santiago
- 44 _____(1999) De la responsabilidad civil Tomo 1 Santa Fe de Bogotá Colombia Editorial Temis
- 45 **TERRAGNI, M (2004)** El delito culposo Buenos Aires Argentina Rubinzal Culzoni
- 46 **TIMPSON LAYNE, Claudio (1997)** Tesis Responsabilidad civil de los centros medicos privados Panama Panama

47 TOMILLO URBINA, J , & CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2010) La protección jurídica del paciente como consumidor España Editorial Arazandi

48 VAZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio (1995) Prueba de la Culpa Médica 1era Edición Colombiana Medellín Colombia

49 ZANNONI, Eduardo (1993) El daño en la Responsabilidad Civil Segunda Edición Editorial Astrea Buenos Aires Argentina 1993

OJO

(Falta el nombre del autor) **(2003)** Analisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica Tesis de grado Pontificia Universidad Javeriana

(Falta nombre del autor del libro) **(1988)** Responsabilidad Civil Libro homenaje al profesor Doctor Roberto H Brebbia Rosario Editorial Velez Sarsfield

ARTICULOS Y REVISTAS

1 DE CUPIS (1957) Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile

2 FERNANDEZ RODRIGUEZ, R (2009) Ponencia El consentimiento informado Su evolución jurisprudencial XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario

2 MERTEHIKIAN, Eduardo (año) Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública -Rap N° 370

PAUTT BARCELO, F (2015) La responsabilidad médica apreciaciones observadas desde los regimenes de la culpa Colombia

PEREZ VARGAS, V (2012) Nuevos horizontes de la responsabilidad civil Revista Judicial No 106

3 PEYRANO, Jorge (año) La Conveniencia para el Proceso de la Carga Dinámica de la Prueba XI Congreso de Derecho Procesal Panama

PIROTA Martin Diego (2005) Texto de disertacion en el foro anual de inauguracion realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad Santa Maria La Antigua Panama Panama

4 **PRINCIGALLI (1985)** Perdita di chance e dannorisarcibili Rivista Critica di Diritto Privato

5 **SIERRA BRAVO, R (1994)** en su articulo Tecnicas de Investigacion Social Teoria y Ejercicios Madrid España 1994

6 **Colegio Médico del Peru (2000)** Consejo Nacional Codigo de Etica y Deontologia Lima 05 de octubre de 2000

7 **SCOGNAMIGLIO (1969)** Apuntti Sulla Nozione di Danno Revista Trimestrale di Diritto y Procedura Civile

8 **Corte di Cassazione (1986)** 19/12/85 nº 6506 Rivista del Diritto Commerciale del Diritto delle Obligazioni

ENLACES DE INTERNET

1 Asociacion Medica Americana [http //www ama assn org/ama](http://www.ama-assn.org/ama)

2 Real Academia de la Lengua Española RAE [www rae es](http://www.rae.es)

PERALES CABRERA, A (2001) El acto médico criterios definicion y limites [http //www fihudiagnostico org pe/revista/numeros/2001/enefeb01/46 52 html](http://www.fihudiagnostico.org.pe/revista/numeros/2001/enefeb01/46_52.html)

3 Tratamiento Medico disponible en base de datos en linea [http //es wikipedia org/wiki/Tratamiento_\(medicina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tratamiento_(medicina))

4 Registros Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Panama

5 [http //www ramajudicial gob co/cs/j/downloads](http://www.ramajudicial.gob.co/cs/j/downloads)

6 [http //www csjn gov ar/cmfcscuadernos/2143 htm](http://www.csjn.gov.ar/cmfcscuadernos/2143.htm)

7 [http //www scjn gob mx/paginas/inicio.aspx](http://www.scjn.gob.mx/paginas/inicio.aspx) </

Legislación Nacional consultada

- 1 Constitución Política de la Republica de Panamá** Aprobada el 11 de octubre de 1972 reformada por los actos reformatorios de 1978 Acto Constitucional de 1983 los Actos Legislativos No 1 de 1993 y No 2 de 1994 y el Acto Legislativo de 2004 y que en la actualidad se encuentra vigente
- 2 Código Civil de la Republica de Panamá** Ley No 2 de 22 de agosto de 1916 que fue publicada mediante gaceta oficial No 2 404 de 22 de agosto de 1916 y que entro en vigencia en el año 1917 y que en la actualidad se encuentra vigente
- 3 Ley No 68 de 20 de noviembre de 2003** Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes en materia de informacion y de decision libre e informada
- 4 Decreto Ejecutivo No 1458 de 6 de noviembre de 2012** Que reglamenta la Ley No 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes en materia de informacion y decision libre e informada

Legislación Extranjera consultada

- 1 Código Civil de Peru** Decreto Legislativo No 295 promulgado el 24 de julio de 1984 publicado el 25 de julio de 1984 y entro en vigencia el 14 de noviembre de 1984 y que en la actualidad se encuentra vigente
- 2 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina** Aprobado mediante Ley No 26 994 promulgada el 7 de octubre de de 2014 y publicada en boletín oficial el 8 de octubre de 2014 y entro en vigencia en el año 2015
- 3 Código Civil de Francia (Reforma del Bicentenario)** Aprobado el 21 de marzo de 1804 vigente actualmente

Jurisprudencia Nacional consultada

Corte Suprema de Justicia de Panamá Sala Primera de lo Civil ENRIQUE MALEK Y BRENDA VALLADARES RECORRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO EN CONTRA DE CLINICAS Y HOSPITALES S A SONIA PORTILLO DE ROVIRA Y RAMON CRESPO BERGES MAGISTRADO PONENTE JOSE A TROYANO 31 DE JULIO DE 2000

Corte Suprema de Justicia de Panama Sala Primera de lo Civil BRITANIA RODANICHE RECORRE EN CASACION DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE JOSE MANUEL TERAN SITTON, GLORIA CECILIA PINO DE TERAN EN SU PROPIO NOMBRE Y EN REPRESENTACION DE SU HIJA MENOR MELISSA TERAN PINO MAGISTRADO PONENTE ELIGIO A SALAS 25 DE FEBRERO DE 2000

Corte Suprema de Justicia de Panama Sala Primera de lo Civil PEDRO RIOS MENDOZA RECORRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA QUE LE SIGUE A MARIA VICTORIA GARCIA MAGISTRADO PONENTE OYDEN ORTEGA DURAN 25 DE FEBRERO DE 2000

Corte Suprema de Justicia de Panama Sala Primera de lo Civil BERNABE PEREZ GONZALEZ recurre en casacion dentro del Proceso ordinario que le sigue al HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL, DR CARLOS PERURENA Y OTROS Magistrado Ponente ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ 28 DE OCTUBRE DE 2009

Corte Suprema de Justicia de Panama Sala Primera de lo Civil MARTINA DE LOPEZ y GENEVA GONZALEZ recurren en casacion dentro del Proceso ordinario de mayor cuantia propuesto por JUANA MARQUEZ DE LAKE contra HOSPITAL AMERICA DE PANAMA S A Magistrado Ponente HARDLEY MITCHELL

Corte Suprema de Justicia de Panamá Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casacion Laboral DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACION, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO MARIANO DE JESUS CASTILLO J , EN REPRESENTACION DE CECILIA SANJUR DE CASTILLO Y DE LA MENOR PAOLA PATRICIA PATIÑO CASTILLO, PARA QUE CONDENE A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL (AL ESTADO PANAMEÑO), AL PAGO DE QUINIENTOS MIL DOLARES (B/ 500,000 00), EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

MATERIALES Y MORALES CAUSADOS POR LA OMISION EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO MAGISTRADO PONENTE VICTOR L BENAVIDES P

PROCESO PROCESO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR INSTAURADO POR EDITH ISABEL GONZALEZ EN CONTRA DE LA EMPRESA SERVICIOS ODONTOLOGICOS S A (CLINICAS CORRÓ-MADURO) JUZGADO SEPTIMO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE PANAMA, RAMO DE LO CIVIL, (ASUNTOS DEL CONSUMIDOR) 18 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Corte Suprema de Justicia de Panamá Sala Primera de lo Civil PROCESO MIRIAM YOLANDA CORSEN DIAZ RECORRE EN CASACIÓN EN EL PROCESOORDINARIO QUE LE SIGUE LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO MAGISTRADO PONENTE OYDEN ORTEGA DURAN 14 de Agosto de 2015

Corte Suprema de Justicia de Panamá Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casacion Laboral **Proceso SAMUEL NUÑEZ vs EL PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMAS y el ESTADO PANAMEÑO presenta demanda por Daños y Perjuicios morales y materiales MAGISTRADO PONENTE ABEL AUGUSTO ZAMORANO 26 DE ABRIL DE 2016**

Corte Suprema de Justicia de Panama Tercer Tribunal Superior PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PROPUESTO POR ADRIAN NAVARRO GUTIERREZ EN CONTRA DE CLINICA HOSPITAL SAN FERNANDO S A MAGISTRADO PONENTE LUIS ANTONIO CAMARGO V 4 DE JUNIO DE 2012

Corte Suprema de Justicia de Panama Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACION INTERPUESTA POR EL LCDO JAIME FRANCO EN REPRESENTACION DE MAYBETH CORONADO PARA QUE SE CONDENE A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL AL PAGO DE B/ 2 110 461 78 EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS Magistrado Ponente ABEL A ZAMORANO 2 de febrero de 2017

Jurisprudencia Extranjera consultada

Fallo 4 103-05 Primera Sala Pais Chile Fecha veinticuatro de septiembre de dos mil siete

**Sentencia T S 336/2012 Sala Primera del Tribunal Supremo Pais España
Fecha 24 de mayo (FALTA AÑO)**

**Proceso RAFAEL EUSTAQUIO TORANZO Y PUPO mediante sus
Apoderados Judiciales MAGALY ALVAREZ SILVA y ZAIG SALVADOR ABI
HASSAN, interponen demanda de indemnizacion de daños y perjuicios
contra el DR LUIS BENAVIDES GARCIA Pais Venezuela Fecha 20 de
Febrero de 2006**