

ABCD de la demanda

Dr. Jorge Luis Mariñelarena-Mariñelarena*

* Médico Especialista en Cirugía General, miembro titular de la Asociación Mexicana de Cirugía General y de la Federación de Colegios de Especialistas en Cirugía General. Encargado del Comité Médico Legal de la AMCG. Profesor titular de las Materias de Cirugía General y Habilidades Médico Quirúrgicas en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Campus Cuauhtémoc.

Ante un conflicto médico de cualquier tipo ya sea una demanda, queja o amonestación, debemos tener los argumentos básicos para enfrentar dichos problemas con la absoluta serenidad, tranquilidad y certeza, para ello. Analizaremos entonces los pasos elementales de cada una de ellas; el ABCD.

A) Afrontar una demanda por cualquier vía

- a) Penal
- b) Civil
- c) Administrativa
- d) Laboral

B) Beneficio de ofrecer pruebas

- a) Expediente clínico
- b) Peritaje
- c) Testimoniales
- d) Visita de inspección

C) Colegio Médico

- a) Peritos

D) Decisión de un seguro de responsabilidad profesional

- a) Características indispensables

responsabilidad, las cuales tienen sanciones y mecanismos a resolver cada una de ellas, es por eso que las analizaremos a continuación.

Penal

Juzgado penal

Civil

Juzgado civil

Comisiones arbitraje

Administrativa

COFEPRIS

Dpto. Jurídico

Tribunal fiscal y administrativo

Laboral

Juntas de conciliación y arbitraje

Mixta disciplinaria

Vía penal. Esta vía es la más concurrida, ya que es gratuita y no requiere contratar abogados y contempla tres tipos de sanciones. Multa, prisión e inhabilitación del ejercicio profesional y los enumerados en el código penal federal el cual dispone lo siguiente⁽¹⁾.

Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre el ejercicio profesional, en su caso:

Al realizar nuestro ejercicio profesional y enfrentar una demanda, nos pueden requerir por cuatro diferentes vías de

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les

VÍAS DE RESPONSABILIDAD

Este artículo puede ser consultado en versión completa en <http://www.medigraphic.com/rma>

aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia;

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Este mismo código en su art. 154 expresa que, si el inculpa-do no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho, es decir, como es un delito menor de tipo culposos se puede llevar el proceso en libertad, solamente depositando una fianza, la cual tiene que ser accesible al inculpa-do.

Y considera también los delitos que requieren de manera oficiosa la pena de cárcel, los cuales enumeramos a continuación y que no están en la lista de los delitos culposos, que son precisamente los cometidos por los médicos.

- I. Homicidio doloso.
- II. Genocidio.
- III. Violación.
- IV. Traición a la patria.
- V. Espionaje.
- VI. Terrorismo.
- VII. Sabotaje.
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145.
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho.
- X. Tráfico de menores.
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

Como podemos ver no se contempla prisión como medida cautelar para los delitos culposos, que son los que comete el médico en caso de una lesión o muerte de un paciente.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concede derechos a las personas imputadas, siendo algunos de ellos los siguientes:

A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Por ello, si algún medio de comunicación a persona física hace público que somos responsables de alguna falta sin haber sido ésta dirimida en los tribunales judiciales o comisiones de arbitraje, entonces son merecedores a demandas de daño moral y al prestigio profesional del facultativo.

A declarar o a guardar silencio.

Es decir, que al tener ese derecho podemos quedarnos callados y ya después con la asesoría de un abogado y/o un perito contentar una demanda con todos los elementos de apoyo.

Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca.

En este caso nos abre la posibilidad de plantear y presentar mínimo 4 pruebas que son el expediente clínico, la testimonial, la de inspección del lugar de los hechos y el expediente clínico que es la documental.

Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

No menos importante este derecho ya que cualquier prueba que presente el quejoso también nosotros lo podemos hacer y así tener igualdad.

El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Esto también es muy importante, ya que el juez debe estar convencido de la culpabilidad, si no tendrá que declararlo inocente por falta de elementos y es lo que sucede en los casos de fallecimiento de un paciente en donde no se realiza autopsia y no se llega a la causa específica de la muerte y se cree que es por la mala atención médica, pudiendo ser causas externa a ella, como un infarto del miocardio, una embolia cerebral masiva o un infarto pulmonar en silla de montar, situaciones todas que sin autopsia no se puede verificar dicha causa⁽²⁾.

Vía civil. Esta vía se lleva a cabo en los juzgados civiles y en las comisiones de arbitraje nacional o estatales, y tiene las sanciones de reparación del daño causado, tanto material, moral o patrimonial así como la reparación del perjuicio ocasionado, pero tiene la ventaja de que se puede reconvenir o contrademandar al paciente, siendo esto en la misma demanda y es sólo señalarle al juez dicho derecho⁽³⁾. Y tener en cuenta también que para presentarse en las comisiones de arbitraje la comparecencia es voluntaria, ya que precisamente nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales⁽⁴⁾ y será decisión del médico si acude o no y entonces llevar su caso por vía jurisdiccional.

Será muy conveniente contestar la demanda punto por punto, ya sea afirmándolos, negándolos o diciendo cómo fue que sucedieron los hechos, esto bien asesorados por su abogado y perito y al final agregar la reconvenición o contrademanda, es la misma contestación.

Se puede también pedir daño al prestigio profesional ya que existen disposiciones que nos hablan de dicho tema. Si el laudo arbitral o la resolución judicial fuesen adversos al profesionista, no tendrá derecho de cobrar honorarios y deberá indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufre.

En caso contrario, el cliente pagará los honorarios, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los daños que en su prestigio profesional le hubiere causado al profesionista.

El procedimiento a que se refiere este artículo se mantendrá en secreto y sólo podrá hacerse pública la resolución cuando sea contraria al profesionista⁽⁵⁾.

Como también demandar al paciente o medios de comunicación por daño moral el cual contemple lo siguiente. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus

sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Si, al contestar la demanda, se opusiere reconvencción (contrademanda), se correrá traslado de ella al actor, para que la conteste⁽⁶⁾.

Administrativa. Esta vía tiene como sanciones, amonestación verbal o escrita, multa, inhabilitación temporal o definitiva. Este tipo de responsabilidad surge cuando el médico infringe alguno de los preceptos establecidos en la Ley General de Salud, sus Reglamentos y demás disposiciones que emanan de dicha ley.

Al realizar su actividad profesional, las instituciones de salud y los facultativos deberán cumplir con todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicio de Atención Médica, que al efecto dispone la forma y condiciones en que dicho servicio deberá ser prestado.

- 1) Amonestación con apercibimiento;
- 2) Multa;
- 3) Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y
- 4) Arresto hasta por treinta y seis horas⁽⁷⁾.

Los profesionistas que laboren dentro del Sector Salud, tienen el carácter de servidores públicos, podrán ser sancionados en términos de lo dispuesto en la Ley.

Las sanciones por falta administrativa consistirán en:

- I. Amonestación privada o pública;
- II. Suspensión del empleo, cargo o comisión por un período no menor de tres días ni mayor a un año;
- III. Destitución del puesto;
- IV. Sanción económica, e
- V. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Cuando no se cause daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, se impondrán de tres meses a un año de inhabilitación⁽⁸⁾.

Pero precisamente hay una diferencia en cuanto a los servidores públicos de confianza y base, y para ciertas acciones la vía procesal es diferente como reza a continuación;

La ejecución de las sanciones administrativas impuestas en resolución firme se llevará a cabo de inmediato en los términos que disponga la resolución.

Tratándose de los servidores públicos de base, la suspensión y la destitución se sujetarán a lo previsto en la ley correspondiente⁽⁹⁾ refiriéndose a la ley del Trabajo.

La ley de profesiones apoya aún más lo anterior ya que los de base se sujetan a las dos leyes del trabajo A o B dependiendo si se cotiza en IMSS o ISSSTE.

Los profesionistas que ejerzan su profesión en calidad de asalariados, quedan sujetos por lo que a su contrato se refiere, a los preceptos de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado⁽¹⁰⁾.

Laboral. En esta vía se resuelve la gran cantidad de conflictos de los trabajadores de base; y tiene como sanciones, amonestación, multa y suspensión temporal o definitiva del contrato de trabajo.

La constitución prevé que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. Para lo cual El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Apartado A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: IMSS.

Apartado B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores: ISSSTE⁽¹¹⁾.

Es por ello que especifica que:

XX. Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno. Art. 123 Apartado A.

XII. Los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje integrado según lo prevenido en la ley reglamentaria. Art. 123 Apartado B.

Debemos tener en cuenta también que no se deben imponer embargos de los salarios de los trabajadores.

Los salarios de los trabajadores no podrán ser embargados, salvo el caso de pensiones alimenticias decretadas por la autoridad competente.

Los patronos no están obligados a cumplir ninguna otra orden judicial o administrativa de embargo⁽¹²⁾.

B) Beneficio de ofrecer pruebas

En segundo lugar debemos de presentar ante cualquier conflicto médico legal todas las pruebas pertinentes y apegadas a derechos cuando menos las siguientes:

1) Expediente clínico

Prueba documental, la cual es básica como elemento de prueba si está bien llenada. Valoraciones preoperatorias (ASA, GOLMAN, etc.) y lo más importante sobre todo en las instituciones del sector salud, anotar faltantes y malfuncionamiento de equipos, así como la fecha y hora

de las visitas y sobre todo llenar siempre el consentimiento informado, donde el paciente accede a nuestro manejo con ciertos riesgos en el mismo.

Los usuarios tienen derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos.

En caso de urgencia o que el usuario se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal.

En caso de no ser posible lo anterior, el prestador de servicios de salud procederá de inmediato para preservar la vida y salud del usuario, dejando constancia en el expediente clínico⁽¹³⁾.

2) Prueba pericial

Es la reina de las pruebas a presentar en el proceso, ya que es la única que determina las causas que determinaron la falla en la atención médica y para lo cual se analizan los tres aspectos fundamentales de la misma que son valorar la atención médica que prestaron tanto las personas físicas y morales como las condiciones en que se encontraba el paciente en este proceso de atención. Por ello, se valora la actuación del médico. Si la institución proveyó los recursos físicos, tecnológicos y humanos y, por último, en qué condiciones se encontraba el paciente al momento de dicha atención.

Y apoyada en lo siguiente: siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se necesiten conocimientos especiales, se practicará un dictamen pericial⁽¹⁴⁾.

3) Testimonial

Esta prueba nos ayuda a presentar testigos directos, personal operativo, personas que estuvieron en el proceso de atención médica y que cuentan de viva voz lo sucedido e incluso nos sirven para reconstruir los hechos. Médicos, cirujano, ayudantes, anestesiólogo, residentes, interconsultantes, enfermeras especialistas, generales, auxiliares, personal auxiliar, camilleros, intendencia y mantenimiento, cualquier persona que supiera de los hechos.

Así también presentar al personal administrativo, directores, subdirectores, jefes de servicio, encargados de área, etc., para que declaren ante la autoridad judicial si aportaron lo necesario en cuanto a equipo, instrumental e insumos para la óptima atención médica en el caso a dilucidar y así determinar la responsabilidad de la institución o su corresponsabilidad. Esto se apoya en: el tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes⁽¹⁵⁾.

4) Visita de inspección

Esta prueba es sin duda la que a la vista del juzgador más luz da al proceso porque en ella se realiza una visita al establecimiento que prestó la atención médica y se verifica si éste cumplió con los tres tipos de recursos que debe tener, los físicos, tecnológicos y humanos según lo deja plasmado el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica⁽¹⁶⁾ así como el personal suficiente e idóneo⁽¹⁷⁾.

La inspección es un acto de investigación sobre el estado que guardan lugares, objetos, instrumentos o productos del delito.

Será materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por los sentidos. Si se considera necesario, la Policía se hará asistir de peritos.

Al practicarse una inspección podrá entrevistarse a las personas que se encuentren presentes en el lugar de la inspección que puedan proporcionar algún dato útil para el esclarecimiento de los hechos. Toda inspección deberá constar en un registro⁽¹⁸⁾.

Esa inspección en el lugar de los hechos será acompañada de una autoridad jurisdiccional, para que verifique lo siguiente:

Infraestructura, normatividad, equipamiento e insumos, personal suficiente e idóneo, turno o jornada en que sucedió el evento y los vicios o rutinas que son propios de cada establecimiento de atención médica.

Los colegios de profesionistas tendrán los siguientes propósitos:

Son los órganos de conexión entre la DGP y los profesionistas y tienen varias atribuciones a desarrollar, una de ellas es la referente a formar listas de peritos profesionales, por especialidades, que serán las únicas que sirvan oficialmente⁽¹⁹⁾.

Puntos esenciales de un seguro:

En este punto si decidimos adquirir una protección legal, debemos tomar en consideración lo siguiente:

1. Prevención. Es importante prevenir los casos de responsabilidad profesional médica, mejorando el conocimiento médico-legal de los profesionales de la salud, a través de pláticas, folletos, videoconferencias, etc.
2. Asesoría y protección. Al presentarse un conflicto entre pacientes y médicos se necesita que la compañía aseguradora se haga cargo de todos los gastos que se requieran para el pago de abogados, peritajes, acuerdos, sentencias o laudos.

3. Pago de daños y perjuicios. En caso de que se decida la responsabilidad del médico, ver la mejor cobertura en dichos rubros.

Con estos conocimientos podemos asesorarnos y protegernos con total seguridad de que llevaremos un proceso justo y equitativo.

REFERENCIAS

1. Código Penal Federal, Art. 228. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril 2017.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 20. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero 2017.
3. Código Federal de Procedimientos Civiles. Art 333. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de Abril 2012.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 13. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero 2017.
5. Ley Reglamentaria del Art. 5to Constitucional. Art. 35. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Agosto 2010.
6. Código Civil Federal. Art. 1916. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Diciembre 2013.
7. Ley General de Salud. Art. 417. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Enero 2017.
8. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Art. 13. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Julio 2016.
9. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Art. 30. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Julio 2016.
10. Ley Reglamentaria del Art. 5to Constitucional. Art. 37. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Agosto 2010.
11. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 123. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero 2017.
12. Ley Federal del Trabajo. Art. 112. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de Junio 2015.
13. Ley General de Salud. Art. 51 bis 2. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Enero 2017.
14. Código Nacional de Procedimientos Penales. Art 368. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Junio 2016.
15. Código Nacional de Procedimientos Penales. Art 360. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Junio 2016.
16. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos. Art 26. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Diciembre 2016.
17. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos. Art 21. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Diciembre 2016.
18. Código Nacional de Procedimientos Penales. Art 267. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Junio 2016.
19. Ley Reglamentaria del Art. 5to Constitucional. Art. 50. Última reforma en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Agosto 2010.