

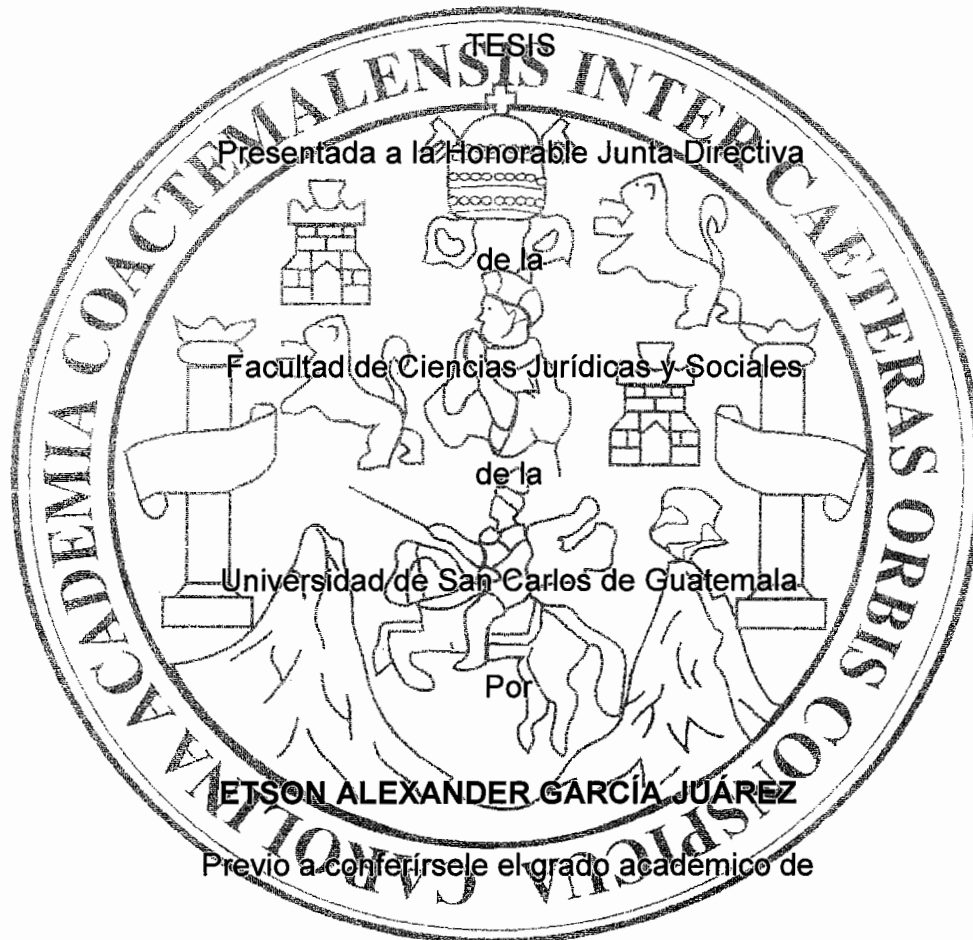
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

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

TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA COMO DELITO CULPOSO



LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonatan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Dolores Bor Sequen
Vocal: Licda. Ethel Judith Cardona Castillo
Secretario: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal: Licda. Dora Renee Cruz Navas
Secretario: Lic. Gerardo Prado

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". Artículo 43 de Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 26 de agosto de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, RAMIRO STUARDO LOPEZ GALINDO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ETSON ALEXANDER GARCÍA JUÁREZ, con carné 199910752,
 intitulado LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO PENAL EL DELITO DE MALA PRÁCTICA MÉDICA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación; en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
 técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
 estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Signature]
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 31 / 8 / 2015



[Signature]
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Ramiro Stuardo Lopez Galindo
 ABOGADO Y NOTARIO

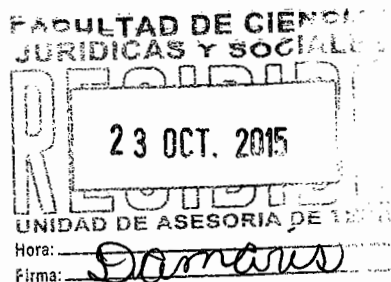


LIC. RAMIRO STUARDO LOPEZ GALINDO
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 19 de octubre de 2015

Doctor
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis:

De conformidad con lo ordenado en la resolución de fecha veintitrés de agosto del año dos mil quince, en que se me nombró como ASESOR del trabajo de tesis del bachiller **ETSON ALEXANDER GARCÍA JUÁREZ**, para la realización del trabajo de investigación intitulado: **"LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO PENAL EL DELITO DE MALA PRÁCTICA MÉDICA"**, el cual fue modificado quedando de la siguiente manera: **"TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA COMO DELITO CULPOSO"**, presté la asesoría correspondiente y establezco que no tengo relación de parentesco dentro de los grados de ley, ni amistad íntima, que pueda afectar la imparcialidad de este dictamen el cual efectúo de la manera siguiente:

En lo relacionado con el trabajo desarrollado, el cual estuvo bajo mi inmediata dirección, el sustentante atendió las sugerencias que le fueron formuladas las cuales consideré convenientes incorporar a dicho trabajo, guardando siempre el contenido del mismo, a efecto que no influyera en sus planteamientos formulados.

En el trabajo de investigación se puede establecer, que tanto el contenido científico y técnico están enmarcados y de acuerdo con lo estipulado y exigido por la Unidad que esta a su digno cargo.

LIC. RAMIRO STUARDO LOPEZ GALINDO
ABOGADO Y NOTARIO



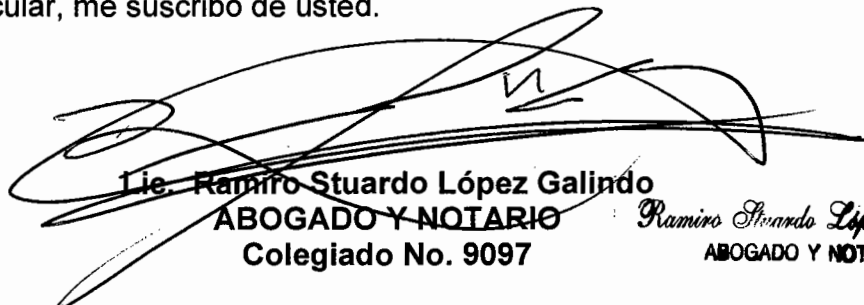
Con relación a las técnicas de investigación se utilizaron como base la técnica bibliográfica y documental, las cuales fueron analizadas con los métodos: analítico, deductivo e inductivo, en el que sobresale el método analítico.

El trabajo de investigación desde el punto de vista científico, tiene como finalidad establecer las consecuencias jurídicas de la mala práctica médica, que no está catalogada como una conducta antijurídica, en ese contexto es necesario hacer reformas a la normativa penal, para tipificar el delito de mala práctica médica para que las demandas que se interpongan en contra de médicos, clínicas u hospitales derivadas de perjuicios ocasionados de acciones negligentes puedan prosperar y que no queden impunes debido a la falta de certeza de la legislación.

Respecto a la conclusión discursiva y la bibliografía opino que están redactadas de manera correcta, ya que están relacionadas con el contenido del trabajo de tesis presentado.

Considero que el presente trabajo llena los requisitos reglamentados, en especial en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y que el mismo puede ser elevado como tesis de graduación, para ser sometido a examen público correspondiente por parte de la autora y para el efecto emito **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, me suscribo de usted.


Lic. Ramiro Stuardo López Galindo
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 9097

Ramiro Stuardo López Galindo
ABOGADO Y NOTARIO



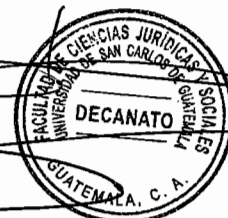
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de octubre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ETON ALEXANDER GARCÍA JUÁREZ, titulado TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA COMO DELITO CULPOSO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.









DEDICATORIA

A DIOS:

Toda mi honra, por acompañarme a lo largo de mi vida, por ser la luz que guía mi camino y darme la fuerza para afrontar las dificultades, para alcanzar las metas que me ha impuesto y hoy se convierte en realidad. Gracias por bendecirme tanto.

A MIS PADRES:

José Francisco García Salazar y Alba Juárez Castillo de García, por darme la oportunidad, por haberse sacrificado tanto para hacer de mi la persona que soy, a quienes les debo este triunfo, gracias por ser mis padres.

A MIS HERMANOS:

Mónica Siomara y Marvin Estuardo García Juárez porque siempre han estado a mi lado, apoyándome para que sea un hombre de bien

A MIS ABUELITOS:

Angela Salazar Herrera (Q.E.P.D) por su ejemplo de responsabilidad, principios y valores. A Carmen Castillo de Alay y Remberto Alay por su amor y dedicación

A MIS HIJOS:

Guillermo Alexander y Angela Estrella García Contreras, por quienes cada día soy mejor y ser un ejemplo, pues se que siguen mis pasos y enseñanzas en su vida, y que sepan que los amo.

A MI ESPOSA:

Seidy Carina Contreras Tello, por todos los años que ha estado a mi lado y por su apoyo incondicional.



A MIS AMIGOS:

A Karen, Alejandro, Noemi y a Oscar Melgar, por su amistad incondicional durante estos años de mi vida y los aprecio.

**A LA FAMILIA CERMEÑO
MANCILLA:**

A Ligia Mariela, gracias por todos esos años de dedicación y esfuerzo que me dedicó para poder cumplir con este sueño. Y un especial agradecimiento a la señora Aura Violeta (Q.E.P.D.), que Dios la tenga en su gloria.

**A LA GLORIOSA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA:**

Por ser la casa de estudios que me acogió como estudiante y quien ahora me apoya como profesional.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES:**

Por haberme dado el espacio y la oportunidad para forjarme como profesional del derecho.



PRESENTACIÓN

Esta investigación es de tipo cualitativa, pues en base a la implementación de métodos y técnicas se pudo realizar el análisis jurídico y doctrinario, de la legislación guatemalteca, al establecer la falta de tipificación de la mala práctica médica. El presente trabajo se encuadra en la rama derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico vigente, teniendo que crear una solución a efecto de dilucidar y regular la mala práctica médica, para poder resarcir los daños o negligencias realizadas a las víctimas, y así mismo poder sancionar a quien realiza dicha mala práctica.

El contexto sincrónico se centró en la República de Guatemala, en el ámbito temporal comprendido del año 2010 al 2013; como objeto de estudio se tiene la necesidad de tipificar la mala práctica médica, a efecto de sancionar a los responsables de dicha acción y resarcir a la víctima por la vulneración al derecho de la salud, toda vez que algunos son atendidos por médicos que desconocen procedimientos o tratamientos, lo que hace que las víctimas recaigan en un mal procedimiento, los cuales pueden ocasionar lesiones o inclusive la muerte, por lo que no se ha podido resarcir a las víctimas de los hechos causados, constituyendo este el contexto diacrónico de la presente investigación.

Se tiene por presentada la investigación científica, la cual tiene como aporte académico personal para la Universidad, la tipificación de la mala práctica médica en el Código Penal, en búsqueda de proteger las garantías constitucionales de las víctimas, el derecho a la salud y la garantía de la vida, tal como lo establece la Constitución Política de la Republica de Guatemala, esto para buscar una pronta solución y penalización a quienes por alguna negligencia ponen en riesgo la salud de las personas.



HIPÓTESIS

En los últimos años, se han incrementado las denuncias de los pacientes por mala práctica médica hacia los profesionales de la medicina, debido a la negligencia de muchos especialistas. ¿Qué está sucediendo? la respuesta es simple, no existe una tipificación legal para que se persiga o investigue a dichos profesionales por una mala práctica médica, pues no se trata de resarcimiento de daños y perjuicios, se trata de penalizar al médico que por negligencia o impericia, ocasionó daños físicos y psicológicos a un paciente que ha confiado en su pericia.

Siendo ésta una hipótesis específica del trabajo, utilizando como variable dependiente el incremento de las denuncias y como variable independiente la mala práctica médica, que debe ser tipificada y sancionada en la legislación guatemalteca.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Por medio de esta investigación fue posible comprobar la hipótesis planteada, al establecer que, efectivamente en la legislación no se encuentra tipificado el delito de mala práctica médica en el Código Penal.

La comprobación de la hipótesis hizo posible detectar, identificar, individualizar y describir que al estar tipificado en el Código Penal el delito de mala práctica médica, no existiría tanta impudencia ni negligencia de muchos especialistas en medicina, la cual podría ser catalogada como una conducta antijurídica, debido a la falta de certeza jurídica en la legislación guatemalteca.

Para su comprobación fueron empleados los métodos analítico, sintético y deductivo, los cuales fueron de suma importancia en la realización del proceso de investigación.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La mala práctica médica que da lugar a causas internas y externas.....	1
1.1. Consideraciones preliminares.....	1
1.2. Etimología y definición.....	2
1.3. Régimen hospitalario.....	5
1.3.1. Organización del sector salud y cobertura de los servicios.....	5
1.3.2. Régimen legal del derecho a la salud.....	6
1.4. Efectos colaterales.....	9
CAPÍTULO II	
2. La responsabilidad penal médica.....	13
2.1. Responsabilidad ética.....	13
2.2. Responsabilidad jurídica.....	15
2.3. Tipos y penalidad de delitos médicos culposos.....	18
2.4. Incumplimiento de deberes del médico.....	18
CAPÍTULO III	
3. El delito.....	23
3.1. Conceptualización.....	23
3.2. Formas de determinar la culpa.....	24
3.3. Presupuestos del delito.....	25
3.4. Tipo penal de delito.....	29
3.5. Tipificación del delito mala práctica médica.....	32
3.6. Autoría, participación y complicidad.....	35



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Tipificar la acción de la mala práctica médica como un delito culposo.....	45
4.1. La negligencia médica a nivel mundial.....	47
4.2. La negligencia médica en Guatemala.....	48
4.3. Bien jurídico tutelado.....	54
4.4. Determinación legal de la pena.....	57
4.5. La acción en la mala práctica médica.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, tiene como objeto determinar la necesidad de tipificar el delito de mala práctica médica como delito doloso en el Código Penal, por lo que fue necesario determinar las causas internas o externas de los médicos o profesionales de la salud que intervienen para que se de la mala práctica médica, así también se determinó las consecuencias jurídicas de los involucrados en el proceso penal, y se logro determinar el grado de responsabilidad jurídica que los médicos realicen una mala práctica médica, al no observar el deber de cuidado en sus pacientes, causando múltiples homicidios y lesiones culposas.

A través de su desarrollo, se logró alcanzar los objetivos planteados, estableciendo las causas internas y externas que conllevan a la ejecución de realizar una mala práctica médica, definiendo el marco conceptual, así como deducir las responsabilidades y obligaciones de los médicos que la realizan.

También se hizo posible comprobar la hipótesis planteada al establecer, que el delito de mala práctica médica no se encuentra tipificado en el Código Penal Guatemalteco, el cual obstaculiza el correcto desarrollo de iniciar un proceso contra un médico o profesional de la salud para determinar en la responsabilidad en la que incurre.

Este estudio se desarrolló en cuatro capítulos y se describen a continuación: el capítulo primero con el objeto de determinar la mala práctica médica, las causas internas y externas que motivan la investigación, su etimología e investigación, el régimen hospitalario y las garantías constitucionales y legales de dicho régimen, los efectos colaterales así como las eximentes de la responsabilidad penal que establece la ley; el capítulo segundo se refiere a la responsabilidad penal a consecuencia de la mala práctica médica, la responsabilidad ética y jurídica, considerando aspectos fundamentales como lo es el juramento hipocrático, así como el incumplimiento de deberes de los médicos; en el



tercer capítulo se enfoca a describir el delito, los tipos, formas y elementos, con el objeto de determinar la responsabilidad de los infractores; en el capítulo cuarto enfatiza la necesidad de tipificar en el Código Penal el delito de mala práctica médica, como un delito culposo, pues es una conducta lesiva a los bienes jurídicos garantizados constitucionalmente, todo ello con el objeto de resguardar el derecho a la salud de la que es garante el Estado, a través de la responsabilidad penal y civil que se determine, haciendo responsable solidariamente a los nosocomios privados y públicos que tengan a su cargo a galenos que no observaron el cuidado de sus pacientes.

Para su desarrollo se utilizaron los métodos analítico, sintético y deductivo, los cuales facilitaron la realización del proceso de investigación; y se utilizó la técnica bibliográfica y documental.

En la presente investigación quedó evidenciado que se debe de tipificar la mala práctica médica como delito culposo en el Código Penal, para el resguardo del derecho de salud de los pacientes, en la República de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La mala práctica médica que da lugar a causas internas y externas

Desde el punto de vista jurídico se puede afirmar que la mala práctica se genera entre otras causas, por la aplicación de tratamientos médicos-quirúrgicos obsoletos, erróneos o apartados de los protocolos y cánones establecidos por mejores prácticas universalmente aceptadas, que no son aplicadas por los profesionales de la salud.

1.1. Consideraciones preliminares

Llama la atención que en la actualidad existe un sin número de demandas judiciales, en Guatemala y en el mundo, por mala práctica médica, fenómeno que actualmente esta aquejando a la sociedad guatemalteca, este problema radica en la vulneración al derecho de la salud que tenemos todos los seres humanos, y el riesgo que corremos al ingresar a un nosocomio por quebrantos de salud, y somos atendidos por médicos que desconocen algunos procedimientos o tratamiento para algunas enfermedades o lesiones y pese a su falta de dominio del mismo lo aplican a los pacientes, quedando estos últimos en total desprotección de su salud y en muchas ocasiones terminan siendo víctimas de los médicos por un mal procedimiento médico aplicado.

“Los diarios y telediarios del país últimamente anuncian constantemente la mala atención médica que somos objetos muchos guatemaltecos en el sistema público de la capital, así

también, la mayor cantidad de las acusaciones (31%) se refirieron a la falta de atención médica en puestos y centros de salud, así como en hospitales.”¹

Lamentablemente, lo descrito nos muestra la situación actual que está viviendo nuestra sociedad guatemalteca, es triste que viviendo en un país, libre y democrático en Estado de Derecho, todavía a las personas enfermas se les vulnera su derecho a la salud, en algunas ocasiones su derecho a la vida como consecuencia de un mal procedimiento médico. Ya que tanto en los hospitales públicos como privados, han tenido el descaro de obligar a los pacientes o familiares de estos a que firmen formularios donde se les exonera de cualquier tipo de responsabilidad legal, y el paciente queda en total desprotección, por lo que se pregunta ¿qué lugar ocupa en la actualidad el paciente en un hospital ya sea privado o público?; ocupa el lugar de un ser humano tal y como es, o los médicos solo lo perciben como otro de sus instrumentos u objetos de trabajo, ¿Qué está sucediendo? la respuesta es simple si no existe una tipificación legal, para que se le persiga o investigue luego de una mala práctica médica; no se trata de resarcimiento de daños y perjuicios, se trata de penalizar al médico que por negligencia o impericia, ocasione daños físicos y psicológicos a un paciente que ha confiado en su pericia.

1.2. Etimología y definición

Acevedo, Marco Antonio: explica que dicho vocablo *malpractice*, “viene del griego: mala práctica y consiste en el ejercicio inadecuado de la profesión. Se llama también mala práctica o malpractice: y ésta consiste en una mala práctica de carácter culposo del

¹ Diario la hora; **La mala atención en sector médico público aleja a los pacientes de los hospitales**, (Consultado: 24 septiembre de 2015).



médico, es decir donde no existe dolo de su parte, pero donde actúa perezosamente no poniendo celo y esmero profesional (negligencia), con ausencia de conocimientos fundamentales (impericia); o en forma temeraria y precipitada (imprudencia) y con inobservancia de reglamentos.”²

Narro Batres, Tomas: la define como “La práctica deficiente de la medicina, incluye los actos por comisión u omisión del profesional de salud. Los actos por comisión implican una práctica profesional incorrecta. Los actos por omisión, son los actos que de haberse realizado hubiera evitado las consecuencias.”³

La médico Susana Gabriela Pérez, define el término buena práctica médica como aquella “que se ajusta a las reglas o normas dictadas por expertos, las actitudes que satisfacen las expectativas de los pacientes, complementando las exigencias de la ley, evitando la dilapidación de los recursos y educando a pacientes, colegas, enfermeros y a todos los que intervienen en el proceso de salud.”⁴

Así también explica Pérez, que dentro de la práctica clínica, “sea ésta hospitalaria o a nivel privado, desde cualquier nivel de la educación médica, estudiante externo o interno, médico residente o jefe de servicio, se tiene siempre la oportunidad de hacer latrogenia y mala práctica. El término latrogenia significa algo así como: provocado por la intervención médica, o toda alteración del estado del paciente, producida por el médico.”⁵

² Acevedo, Marco Antonio. **Ensayo latrogenia y mala práctica**. Pág. 54.

³ Navarro Batres, Tomas Baudilio. **Medicina legal**. Pág. 88

⁴ Pérez, Susana Gabriela. **Mala práctica médica**. www.enplenitud.com.ar. (Consultado: 13 enero de 2009)

⁵ **Ibid.**

Otros autores, señalan que: “La Mala Práctica o Mala Praxis podría definirse como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional (ej. Abogado).”⁶

Cáceres Freyre determina que “en el caso de la mala praxis médica existen tres tipos y son:

Deliberada mala práctica: cuando el médico administra medicina a propósito o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo. (ej. aborto)

Mala práctica por negligencia: que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal, deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente. (ej. administrar medicinas durante una intoxicación)

Mala práctica por ignorancia: administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o en una dosis incorrecta).”⁷

De lo estipulado por los estudiosos citados concluimos que por la forma de proceder y causar un daño físico al paciente, es necesario criminalizar las acciones de mala práctica médica de acuerdo a la conducta o intervención del médico en el caso concreto.

Es necesario aclarar que el objeto no es criminalizar a todos los médicos, sino que determinar la responsabilidad penal y civil a los médicos que actúan o proceden a poner

⁶ Lincoln Maylle, Antaurco. **Qué es mala práctica médica.** <http://www.lincolnmaylleantaurco.blogspot.com>. (Consultado: 02 de febrero de 2009).

⁷ Cáceres Freyre, Franklin. **Apuntes sobre la mala práctica médica.** estrobles@terra.com. (Consultado: 13 enero de 2009)

en riesgo la salud de los pacientes al someterlos a procedimientos médicos innecesarios o absurdos, únicamente por beneficios económicos.

1.3. Régimen hospitalario

El sistema de salud de Guatemala está compuesto por dos sectores, público y privado. El primero comprende al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco del Seguro Social, Sanidad Militar del Ministerio de Defensa y Gobernación. El sector privado incluye organizaciones de la sociedad civil y/o religiosas que operan sin fines de lucro, además de prestadores diversos con fines lucrativos.

1.3.1. Organización del sector salud y cobertura de los servicios

El Doctor Hugo Leonel Coto dice que “se podría caracterizar que actualmente el sector salud es de naturaleza mixta, conformado por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS), el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), el Sector Privado, la Sanidad Militar y un significativo sector de medicina comunitaria tradicional, sobreviviente de la cultura Maya. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tiene por mandato el de ser “La rectoría del Sector Salud, entendida como la conducción, regulación, vigilancia, coordinación y evaluación de las acciones e instituciones de salud a nivel nacional” (MSPAS, Código de salud Decreto 90-97, Artículo 9º), este opera por medio de sus dependencias públicas: hospitales, centros de salud y puestos de salud.

El IGSS que es una entidad descentralizada del Estado, su fin primordial es la seguridad social de país, como parte de sus funciones desarrolla un componente principal de

atención médica destinado a los trabajadores asalariados afiliados y sus dependientes con dos programas que son el de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) y el de Accidentes, Enfermedad Común y Maternidad (AEM), ampliando en los últimos años un programa de atención primaria en salud en el departamento de Escuintla de forma experimental el cual aún está siendo evaluado. El Sector Privado que se puede subdividir en Sector Privado Lucrativo y Sector Privado no Lucrativo. El primero está constituido por los hospitales, sanatorios y clínicas privadas que su fin principal: es el de adquirir beneficios económicos con la prestación de servicios de recuperación y rehabilitación de la salud y se encuentran además las empresas de seguros médicos privados.

El Segundo está compuesto principalmente por el sector llamado de ONG de las cuales el 55% se encuentran en el área rural del país y se caracterizan por dar respuestas a problemas inmediatos y de largo plazo, bajo una óptica de participación comunitaria como la mejor respuesta a la problemática de salud, de acuerdo a la siguiente lógica: 1. Preventivo Educativa 2. Curativa 3. Coordinación.”⁸

1.3.2. Régimen legal del derecho a la salud

La Constitución Política de la República de Guatemala; regula el derecho a la salud, en los derechos humanos de carácter social, sección séptima y así lo establece los siguientes artículos:

Artículo 93. Derecho a la salud. El goce de la salud, es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

⁸ Cotton, Hugo Leonel. **Análisis crítico del sistema nacional de salud en Guatemala.** Pág. 3

Artículo 94. Obligación del Estado sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Artículo 95. La salud, bien público. La salud de los habitantes de la nación, es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y reestablecimiento.

El Artículo 1 del Decreto 90-97, Código de salud establece: "el derecho a la salud". Todos los habitantes de la República tienen derecho a la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de su salud, sin discriminación alguna.

Así también el Artículo 4 del Decreto 90-97, Código de salud determina "la obligación del estado": El Estado, en cumplimiento de su obligación de velar por la salud de los habitantes y manteniendo los principios de equidad, solidaridad y subsidiaridad, desarrollará a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y en coordinación con las instituciones estatales, entidades descentralizadas y autónomas, comunidades organizadas y privadas, acciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, así como las complementarias pertinentes, a fin de procurar a los guatemaltecos el más completo bienestar físico, mental y social.

Artículo 17 del Decreto 90-97 Código de salud; establece las funciones del ministerio de salud. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tendrá las funciones siguientes:

Ejercer la rectoría del desarrollo de las acciones de salud a nivel nacional;

Formular políticas nacionales de salud;

Coordinar las acciones en salud que ejecute cada una de sus dependencias y otras instituciones sectoriales;

Normar, monitorear, supervisar y evaluar los programas y servicios que sus unidades ejecutoras desarrollen como entes descentralizados;

Velar por el cumplimiento de los tratados y convenios internacionales relacionados con la salud;

Dictar todas las medidas que conforme a las leyes, reglamentos y demás disposiciones del servicio, competen al ejercicio de sus funciones y tiendan a la protección de la salud de los habitantes;

Desarrollar acciones de promoción, prevención, recuperación, rehabilitación de la salud y las complementarias pertinentes, a fin de procurar a la población la satisfacción de sus necesidades en salud;

Reglamento: El Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social regula en su Artículo 4°. Coordinación y ejecución de los servicios de salud. Para garantizar una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, el Ministerio de Salud coordinará esfuerzos con las instituciones que integran el Sector Salud y con otras instituciones públicas, privadas o comunitarias, que están vinculadas a dicho Sector, pudiendo celebrar para esos fines, convenios o contratos de administración y/o ejecución de los servicios. Podrá también suscribir compromisos de gestión con sus dependencias y éstas entre sí.

Y el Artículo 5º del mismo reglamento establece: Observancia general de las disposiciones. Las disposiciones de este Reglamento, son de observancia general para los funcionarios y empleados que prestan sus servicios al Ministerio de Salud.

Al analizar las normas citadas, es importante determinar que es responsabilidad principal del Estado, estar al frente con la prestación del servicio de salud pública y privada por ser la salud un bien público, ya que es un derecho humano social e individual, y el Estado se compromete a garantizar el derecho de salud a través de su sistema hospitalario tanto público como privado.

1.4. Efectos colaterales

“Los resultados adyacentes de la mala práctica médicas son varios, tomando en cuenta las repercusiones de la aplicación de un mal procedimiento. Por lo que se distinguen resultados innegables como:

Físicos: son los resultados negativos, en el cuerpo del paciente a consecuencia de un mal procedimiento médico.

Sociales: son las repercusiones, de procedimientos mal aplicados a un paciente dentro de la sociedad en la que se desenvuelve.

Legales: son las consecuencias legales al profesional, de la medicina y al nosocomio donde se empleó el procedimiento médico inadecuado, al deducir la responsabilidad legal será solidaria y la penal será personal.

Profesional: estos efectos son de tipo administrativo profesional, porque a raíz de una sentencia penal, el médico responsable se le suspende temporalmente o totalmente la

licencia de ejercicio profesional.”⁹ Los efectos contiguos de la mala práctica médica se encuentran en dos grandes campos en los que se puede dividir ésta: la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

La responsabilidad moral: es definida de la siguiente manera: “Es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión. Es moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contraria a la moral o a su religión... La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan.”¹⁰

La responsabilidad jurídica: Se está en presencia de la responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social. Es decir, que el perjuicio que se genera afecta la vida en la sociedad y violenta normas jurídicas, por lo cual sus efectos trascienden al mundo jurídico generando una carga para el autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación.”¹¹

Causas eximentes: El Código Penal establece algunas causas eximentes de responsabilidad penal en los Artículos 24 y 25, que oportunamente ayudan en otro tipo de acciones lícitas, pero en caso de mala práctica médica, la misma no dispensa de un

⁹ Gavilanes Játiva Carol Gabriela. **Responsabilidad penal en el caso de mala práctica médica.** Pág.38

¹⁰ Alessandi Rodríguez, Arturo. **De la responsabilidad extracontractual en derecho civil.** Pág. 26

¹¹ **Ibid.**

resultado dañoso o irreversible, puesto que se determina que el médico su arte es curar nunca provocar un daño mayor.

Artículo 24. Estado de necesidad: Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se causa para evitarlo;
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

Artículo 25. Causas de inculpabilidad. Obediencia debida: "Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta".



Omisión justificada: Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable, según Navarro Batres, sólo podrá eximirse de la responsabilidad si demostrará la interrupción en el nexo causal o si faltarán requisitos de procedencia de esa responsabilidad. Estos requisitos serían que exista la relación de dependencia y que el acto se haya ejecutado en ejercicio de la relación de dependencia propia del dependiente. Así, existen dos deudas distintas: la del médico y la del auxiliar, que se fusionan en la solidaridad legal para beneficio del acreedor (paciente).¹²

Al analizar los artículos citados es eminente señalar que para el delito de mala práctica médica o negligencia médica como se le denomina, no son aplicables estas eximentes de responsabilidad penal por la naturaleza de la profesión misma, ya que el objetivo principal de las ciencias médicas es curar y no matar o perjudicar al paciente; también cabe señalar que si el daño ocasionado protege un bien jurídico tutelado mayor que el causado si se puede invocar el estado de necesidad; por ejemplo: si el médico amputa un miembro de las extremidades para evitar la infección séptica y así salvar el bien jurídico tutelado mayor que es la vida, si aplica ésta eximente penal, y para los auxiliares se aplica la obediencia debida y omisión justificada siempre y cuando se demuestre la interrupción en el nexo causal o si faltarán requisitos de procedencia de esa responsabilidad.

¹² Navarro Batres, Tomas Baudilio. **Medicina legal**. Pág. 47

CAPÍTULO II

2. La responsabilidad penal médica

Toda mala práctica médica debe ser sancionada, ya que no se puede dejar en impunidad a las personas que han obrado en contra de los bienes jurídicos protegidos, en este caso siendo la vida, la salud, la integridad de las personas que padecen o no de una enfermedad, y por lo tanto, se debe determinar el grado de responsabilidad del médico que intervino al momento en que se produjo la falla médica.

Es necesario determinar, que no está claro en la sociedad actual, que los médicos mantienen una responsabilidad vinculante con el desarrollo de sus actos, sobre todo, aquello contrario a las reglas de su profesión médica, y que estas penas no eran una remuneración hacia la víctima o hacia la familia, sino más bien, constituye un acto punitivo en contra del médico tratante por haber ocasionado un daño.

2.1. Responsabilidad ética

Nueva versión del juramento hipocrático: “La II Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, que se reunió en la ciudad de Ginebra del 8 al 11 de septiembre del año 1948, en la cual se consideró que los actos inhumanos perpetrados por algunos médicos durante estos últimos años implican un desconocimiento o un lamentable quebrantamiento de la ética profesional y que urge restablecer a éstas en toda su dignidad, aconsejó que los médicos presten, al recibir sus diplomas, un juramento



hipocrático modernizado. Esta medida tiende a fijar en la mente de los médicos noveles, los principios fundamentales que deben regir su conducta. La versión moderna del juramento hipocrático adoptada, deberá ser denominada, de acuerdo a una decisión de la misma asamblea, juramento de Hipócrates, fórmula de Ginebra. Los textos oficiales fueron redactados en francés e inglés. Damos aquí una versión castellana de los mismos. Juramento de Hipócrates Fórmula de Ginebra.”¹³

La promesa del médico: Una de las resoluciones tomadas en la asamblea de la asociación médica mundial, celebrada en Ginebra (Suiza), en septiembre de 1948, fue adoptar una declaración formal, con el objeto de que fuera ratificada por el facultativo, en el momento de obtener el título profesional. Lamentablemente, en muchas facultades de medicina ha caído en desuso, o se ha convertido en mera fórmula, la antigua costumbre de pedir el juramento de Hipócrates a los recién graduados; en consecuencia, y, por constituir un factor de ética profesional, la asociación médica mundial manifiesta que la restauración del juramento de Hipócrates, o bien su substitución por otra promesa más apropiada a los tiempos actuales, contribuiría a inculcar en el médico novel, los principios fundamentales de la ética profesional.

Al respecto, la declaración propuesta por la asociación médica mundial -que copiamos a continuación -ha sido aceptada por "L'Ordre des Médecins de France", la "Canadian Medical Association", y diversas escuelas de Medicina y organizaciones médicas de todo el mundo.

La declaración es conocida actualmente como:

¹³ Ministerio de salud pública. Conferencia sin referencia bibliográfica en archivos de la oficina del historiador. (Consultado: 03 de marzo del 2015).

"La declaración de Ginebra",

"El juramento del médico", y

"La consagración del médico a su profesión."

Hasta la fecha, no se ha decidido todavía la denominación oficial que deberá ostentar. He aquí el texto de la declaración: Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; otorgar a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen; Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; velar solícitamente, y ante todo, por la salud de mi paciente; Guardar y respetar el secreto profesional; Mantener incólume, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; considerar como hermanos a mis colegas; hacer caso omiso de credos políticos y religiosos, nacionalidades, razas, rangos sociales y económicos, evitando que se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente; mantener sumo respeto por la vida humana, desde el momento mismo de la concepción; y no utilizar -ni incluso por amenazas- mis conocimientos médicos para contravenir las leyes de la humanidad. Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo atendido."¹⁴ (sic)

2.2. Responsabilidad jurídica

Dotti determina que: "La responsabilidad aparece como una obligación que tiene el ser humano que vive en sociedad de asumir las consecuencias de su actuar. Todo aquel que produce un daño está obligado a repararlo.

¹⁴ Ibid.

El médico debe responder, cuando a cometido actos u omisiones, ya sean voluntarios o involuntarios contra las reglas establecidas, produciendo un daño a la salud.”¹⁵

P. Jacovella; expone que: “la responsabilidad del médico es determinada de la manera siguiente:

Un acto médico con culpa.

Una relación causal entre dicho acto y el perjuicio.

Una prueba fehaciente de lo producido.

Es evidente que en materia de práctica médica, se debe analizar la conducta del profesional del galeno, para luego establecer la relación que produce entre el acto y el daño que se ha ocasionado; el último punto se refiere a que el daño es evidente como en el caso de la muerte del paciente, de alguna deformidad, etc.

Se debe tomar en cuenta que la mala práctica médica ocurre cuando una persona sufre un gran daño como puede ser la muerte, siendo el resultado de una mala conducta profesional, falla en la selección de tratamiento adecuado o falta de habilidad para prestar servicios médicos. Cuando los médicos, enfermeros u otros proveedores de cuidados y tratamiento de salud dejan de desempeñar sus funciones que se encuentren dentro del “patrón de cuidado” necesario. Estos proveedores y los hospitales que los emplean pueden ser considerados como legalmente responsables del resultado obtenido.”¹⁶

¹⁵ V. Dotti Dondi, R. Monge Umaña. **La responsabilidad médica surgida como consecuencia de la malpraxis**. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica No. 8. Pág. 117.

¹⁶ P. Jacovella. **Buena/Mala praxis médica en cirugía estética**. Pág. 53.

En Guatemala esta responsabilidad, es civilmente solidaria hablando, pero al galeno se le persigue penalmente por el daño ocasionado, como que es un criminal; por lo que estoy en desacuerdo y considero que se debe tipificar la acción penal, en base al principio de proporcionalidad de la pena, dando origen así a las penas adecuadas al tipo de mala práctica médica. En la actualidad, en Guatemala se le puede perseguir al médico por homicidio acción típica, o bien por lesiones graves o gravísimas; pero el verbo rector operante no es el adecuado a la mala práctica médica.

La responsabilidad penal también es definida, como: “El deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.”¹⁷

“En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño.

En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definirse, diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.”¹⁸

¹⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 359

¹⁸ **Ibid.**



2.3. Tipos y penalidad de delitos médicos culposos

“Los delitos médicos culposos tienen lugar, única y exclusivamente, cuando el médico se encuentra ejerciendo o desempeñando su labor profesional, sea ésta en el ámbito público o privado; o cuando ante un hecho fortuito e imprevisto debe hacer uso de su ciencia y arte.

Antes de tratar los tipos y penalidad de delitos médicos culposos, es necesario formular ciertas consideraciones sobre el delito de lesiones.

El delito de lesiones puede ser entendido: como toda acción de herir, golpear y maltratar de obra a otro, que tenga como resultado en el ofendido, ya sea: una mutilación, castración, demencia, inutilidad para el trabajo, impotencia, impedimento de algún miembro importante, notable deformidad, o una enfermedad o incapacidad para el trabajo tanto superior como inferior a treinta días.”¹⁹

2.4. Incumplimiento de deberes del médico

Guillermo Portero, expone que “la valoración de la conducta imprudente del médico se realiza desde un punto de vista jurídico y, por lo tanto, es de valoración exclusivamente jurídica, mediante la comprobación de si se observó o no el deber objetivo de cuidado. Es decir, si un médico medio, (no el más experto ni tampoco un inexperto) de igual calificación, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, se hubiese comportado de

¹⁹ **Ibid.**

igual o diferente forma de aquel a quien se está juzgando. Si su comportamiento resulta ser el mismo, y se produce un resultado negativo para el enfermo, éste resultado, se reputará como imprevisible o inevitable, que no son punibles. Pero cuando ese hipotético médico medio, situado en las mismas circunstancias que aquel a quien se juzga, se comporta ante su mismo enfermo de forma diferente y, ese comportamiento, evita que se produzca el daño, la conclusión, es que el médico a quien se está valorando la conducta, no habrá observado el deber de cuidado objetivo.”²⁰

Esto, nos lleva a la conclusión, de que ese deber objetivo de cuidado, está en relación con la obligación de prever lo que es previsible y de evitar lo que es evitable. Sin embargo, el concepto de previsibilidad, como dice Romeo Casabona: “es relativo, ya que sólo sería auténticamente imprevisible, el caso nuevo, el no descrito en la literatura médica, todos los demás, de algún modo son previsible. Así pues, hay que tomar el término “previsible” con relatividad, lo cual, nos lleva a hacer la diferencia entre riesgos típicos y riesgos atípicos.

Cuando el riesgo adquiere un nivel de frecuencia considerable, (en cada caso se prefija según las estadísticas), estaremos ante un riesgo típico. Por debajo de esa frecuencia del riesgo típico, se situarían los riesgos atípicos, es decir; aquellos que son imprevisibles (relativamente imprevisibles). El médico, sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevada, que no sería operativa la prevención de todos ellos. Evidentemente, los riesgos típicos no

²⁰ Portero Lazcano, Guillermo, **Responsabilidad penal culposa del médico. Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia**, Pág.93

sólo dependen de la frecuencia, sino también de la gravedad que entrañan, de la facilidad o no, de su prevención y, de los efectos secundarios de las medidas preventivas. Por ello, la consideración de riesgo típico dependerá de la conjunción de todas las variables mencionadas y no sólo de su frecuencia.”²¹

Conduce a otro concepto ampliamente utilizado por la jurisprudencia, *lex artis ad hoc*, que Martínez-Calcerrada la define como: “el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina -ciencia o arte que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de su autor y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida.”²²

La *lex artis ad hoc* si es competencia del perito médico, y supone un parámetro para que el jurista evalúe el deber de cuidado objetivo. Ambos conceptos: *lex artis* y deber de cuidado objetivo no tienen por qué ser coincidentes.

Una revisión de sentencias hecha por González Costales, “apunta aspectos hacia los siguientes supuestos de responsabilidad:

Falta de diligencia debida en los siguientes casos:

Actuaciones sobre los pacientes con instrumentos contraindicados por las prescripciones de la ciencia médica.

El abandono de material o instrumental en el cuerpo de un paciente con ocasión de una intervención quirúrgica.

²¹ Romeo Casabona C.M. **El Médico ante el Derecho. Ministerio de sanidad y consumo.** Pág.84

²² Martínez-Calcerrada, L. **Derecho médico.** Pág.260.



Falta de cuidado y precauciones elementales en evitación de accidentes y muy particularmente en la vigilancia del enfermo o paciente.

Incumplimiento de normas de Deontología profesional y de disposiciones reglamentarias que afecten el servicio médico en general.

No acudir al centro hospitalario el médico especialista a requerimientos del médico de guardia.”

Error de diagnóstico:²³ Monteverde Ferrer²⁴, recopila algunas de las circunstancias que han dado lugar a la responsabilidad médica:

El médico adopta medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico.

El médico establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente.

El médico emite el diagnóstico, sin haber servido, siendo posible, de todos los medios que suelen utilizar en la práctica profesional en casos similares.

El médico no toma en consideración, al formular el diagnóstico, sobre las eventualidades remotas, pero posibles y tenidas en cuenta tanto en el plano científico como experimental.

El médico, habiendo practicado las exploraciones y análisis precisos, no los toma en cuenta o los valora de forma insuficiente a la hora de emitir el diagnóstico.

Error o fallo del tratamiento: Eligiendo tratamientos peligrosos sin que exista justificación, utilización de medicamentos claramente contraindicados, etc.

²³ González Costales, J. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Pág. 94

²⁴ Monteverde Ferrer, F. **Delitos relacionados con la actividad médico-sanitaria**. Consejo general del poder judicial. Pág. 211

Falta o fallo de medios técnicos: Es deber profesional del médico poseer los medios técnicos necesarios y en correcto estado, para llevar a buen fin la prestación a que se ha obligado.

Violación del secreto profesional: Incumplimiento del deber de información y ausencia del consentimiento del paciente: Delgado García dice que “en nuestra experiencia, hemos advertido que una de las causas más frecuentes de reclamación de responsabilidad médica, es la falta de información o una información deficiente, sobre todo, de información encaminada a obtener un consentimiento”.

En el ámbito penal, este tema, en opinión de Delgado García, puede dar lugar a las siguientes posibilidades: En todo caso, la lesión producida, es la derivada del propio acto médico. Se produce un tipo de lesión tipificada en la ley (por ejemplo una esterilización), aunque estuviese indicada médicamente. Para el autor citado, sería un delito doloso.²⁵

²⁵ Delgado García, J. **Aspectos penales. IV Congreso nacional de Derecho sanitario. Asociación española de Derecho sanitario**

CAPÍTULO III

3. El delito

García dice que: “Es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo. Además más allá de las leyes, se conoce como delito a toda aquella acción que resulta condenable desde un punto de vista ético o moral.”²⁶

3.1. Conceptualización

De acuerdo con García; dice que “se conceptualiza el delito médico como: La categoría delictiva que con mayor frecuencia se actualiza a propósito de la práctica médica. Indicando que: Obra culposamente el que produce el resultado típico (daño), que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado.”²⁷

Así también explica García, que “existe conducta culposa, cuando:

Se realiza un hecho típico que afecta un bien jurídicamente protegido:

1. La salud (en caso de lesiones) y
2. La vida (homicidio).

²⁶ García RS. **La responsabilidad penal del médico**. Pág.205

²⁷ **Ibid.**



El médico al actuar con imprudencia, realizó lo que no debía hacer, o con negligencia, dejó de hacer lo que debió realizar.

García continúa exponiendo que la culpa abarca dos formas; la imprudencia, cuando el sujeto con su actuación crea un riesgo o aumenta el riesgo ya existente, y la negligencia, cuando se omiten los actos necesarios para prevenir o neutralizar el riesgo

3.2. Formas de determinar la culpa

Impericia: Es la falta de pericia, es decir, la sabiduría. Es la carencia de conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.

Imprudencia: Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja.

Negligencia: Es la omisión al cumplimiento al deber, con conocimiento de causa, teniendo los medios para ello, es descuido y omisión.

Precipitación: Es el actuar apresuradamente, teniendo tiempo para precisar los procedimientos, obteniendo un resultado insatisfactorio.

Inobservancia: Es la omisión al cumplimiento de los principios éticos y preceptos legales de observancia obligatoria en el ejercicio profesional.”²⁸

²⁸ Op. Cit Pág.205



3.3. Presupuestos del delito

López Bethancourt Eduardo dice que “son las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del *delito*. Clasifican los *presupuestos* en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito.

La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción.

El sujeto activo y pasivo.

La imputabilidad.

El bien tutelado.

El instrumento del delito.”²⁹

La norma penal: López Bethancourt, Eduardo determina que “existen dos formas de entender la norma penal:

La que aprecia la norma jurídica como imperativo y la ve como un juicio de valor. Como imperativo, la norma jurídico penal es norma de determinación, esto es, mandato o prohibición dirigido al ciudadano. Como norma de valor se distingue entre la norma objetiva de valor, que establece lo injusto de la acción, antijuricidad, y la norma subjetiva de determinación, que establece la culpabilidad.”³⁰

²⁹López Bethancourt Eduardo; **La teoría del delito**. Pág.64

³⁰ **Ibid.**



El sujeto activo: En la mala práctica médica, no es cualquier persona capaz, es tan solo el profesional médico, ya que su conducta está regida con mayor responsabilidad, debiendo realizar sus actuaciones con mayor previsión, diligencia y su necesario deber de cuidado, además de apegarse a las normas y códigos de ética médica. Además los médicos tienen ciertos derechos y deberes hacia sus pacientes; los deberes de los médicos aparecen ya que de alguna forma el paciente debe ser protegido en distintas ocasiones, no solo porque su salud está en riesgo, sino también porque su moral y dignidad pueden ser afectadas, como es el deber que tiene el médico al secreto profesional.

El sujeto pasivo: De la acción, es el titular del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro. En tal sentido y en caso a las determinaciones, el sujeto pasivo es el paciente que pone al cuidado de los médicos y enfermeras su bien jurídico que en este caso es la salud.

En este caso en particular, el paciente es el sujeto pasivo, ya que es él, sin importar su edad, condición o capacidad jurídica, quien pueda sufrir una lesión en los bienes jurídicos que ya se hablo con anterioridad. Sin embargo, en caso de dar muerte al paciente, los sujetos pasivos en este acto son sus parientes o herederos.

La imputabilidad: Es la capacidad del ser humano, para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a esa comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. Es un concepto jurídico de base psicológica del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad. Quien carece de estas capacidades, por no tener la madurez suficiente (menores de edad), o bien por sufrir



graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable ni puede ser responsable penalmente de sus actos.”³¹

El bien jurídico tutelado: Von Liszt, dice que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital, para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.

Burón expone que esta determinación, tiene como interés revelar el daño que causa el delito y quiere evitar la norma penal, por tanto la razón jurídica de que la conducta esté desvalorada y prohibida por la ley penal, de que sea antijurídica o, en otros términos, de que sea un hecho injusto, primera característica que requiere todo delito y que se estudia seguidamente.”³²

En la mala práctica médica el bien jurídico tutelado es el derecho a la salud, ya que de acuerdo a la Constitución Política de la República en su artículo 95 es un bien público.

El instrumento del delito: Ferreira Delgado, lo define como “los elementos externos que constituían la materia del delito, al que dieron por denominar el corpus instrumentorum, entendido como un elemento del corpus delicti que consistía en las cosas utilizadas para cometer o intentar el delito.”³³

³¹ Mir Puig, S.: **Derecho penal: Parte general**. Pág. 354

³² J. Burón, **Psicología del médico forense: la investigación del delito**. Pág.20

³³ Ferreira Delgado, Francisco, **Teoría general del delito**. Pág. 602



Elementos del delito: Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman las palabras o los átomos que forman los elementos.

Cuello Calón determina que los elementos que forman el delito son: La acción o conducta humana: es una manifestación de la conducta humana consiente (voluntaria) o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión y que está prevista en la ley.

La tipicidad: "Es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley penal."³⁴

Antijuricidad: "De acuerdo a lo expresado por el profesor Carlos Ernesto Binding, el que comete delito no contraviene la norma, simplemente adecua su conducta a la norma, haciéndose así la posición de la antijuricidad en sentido formal, al poner de manifiesto la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, es decir, la acción que infringe la norma del Estado, que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico."³⁵

Imputabilidad: Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Es la capacidad de actuar culpablemente.

³⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 299

³⁵ **Ibid.** Pág. 352

Culpabilidad: Es un comportamiento consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.”³⁶

Gavilanes J, Carol expone que “los elementos que podemos encontrar en la mala práctica médica, observando que se puede actuar con dolo y con culpa, esta falta de los médicos claramente puede tipificarse, por lo tanto no hay dificultad en establecer la necesidad de la creación de un tipo penal específico que reúne con las características de la Teoría del Delito.

La mala práctica médica, es considerada como un delito culposo, pues se cree que el responsable de la salud, comete la falta no porque quiso, no tiene voluntad de cometer el acto dañoso. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa y causar daños.

Por tal razón las personas deben ser protegidas de estos eventos que son peligrosos del ejercicio profesional de la salud.”³⁷

3.4. Tipo penal de delito

De acuerdo a la naturaleza del presente estudio únicamente se enfocó en:

Delito doloso, es aquel que se comete con conciencia, es decir, el autor quiso hacer lo que hizo.

³⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. **Derecho penal, parte general**. Pág. 220

³⁷ Gavilanes Játiva, Carol Gabriela. **Responsabilidad penal en caso de mala práctica médica**. Pág. 41



Delito culposo: donde la falta se produce a partir de no cumplir ni respetar la obligación de cuidado.

La ley penal de Guatemala establece en el Código Penal dos tipos de delitos de acuerdo al grado de participación del sujeto activo y estos son:

Artículo 11. (Delito doloso). "El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se le representa como posible y ejecuta el acto".

Artículo 12. (Delito culposo). "El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley".

Zaffaroni explica "en su esencia, estos delitos no son sino ejemplos de violación del deber de cuidado, caracterizándose el obrar culposo por la actitud anímica del autor respecto del resultado producido. En todo caso, la culpa se ubica entre el dolo y el caso fortuito, por lo que sus límites se fijan por exclusión. A diferencia del tipo doloso, en el que la acción prohibida se individualiza mediante su descripción, en el tipo imprudente permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado penalmente sancionado."³⁸

³⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Derecho penal, parte general**. Pág. 549



Nos enfocaremos en el delito culposo atendiendo la naturaleza del presente análisis, ya que la mala práctica médica en su esencia se refiere a un delito culposo y no doloso.

Zaffaroni, dice “aquellos hechos en los que el sujeto actúa dolosamente y sólo excepcionalmente contiene tipos penales especiales en los que se incrimina el comportamiento en el cual la lesión al bien jurídico es consecuencia de la imprudencia del autor, o sea, de su desconocimiento reprobable del peligro jurídicamente desaprobado que crea con su acción.

En consecuencia, la protección penal de los bienes jurídicos se dirige, por regla general, hacia los comportamientos dolosos, y excepcionalmente, contra las conductas imprudentes, provenientes del accionar descuidado del autor. Se ha indicado que lo antedicho constituye una modalidad legislativa mucho más limitativa del poder punitivo y, por ende, menos irracional.”³⁹

La clasificación más importante en la dogmática penal moderna, es la que distingue a la culpa consciente o con representación, de la inconsciente o sin representación, en base al contenido de la conciencia respecto del hecho. La culpa consciente se da cuando el autor visualizó las posibles consecuencias de su acción y no obstante confió en poder evitar los efectos dañosos; la inconsciente se da cuando ni siquiera pasó por la mente del individuo, lo que podía ocurrir, es decir, pese a tener los conocimientos que le permita representar esa posibilidad del resultado, no piensa en ellos, y por ende, no se lo representa, es decir, no tiene conciencia en la creación del peligro que pudiera ocasionar.

³⁹ **Ibid.**



Zaffaroni determina que “la doctrina ha destacado otra clasificación: culpa temeraria y culpa no temeraria, afirmándose que esta clasificación tiene mayor importancia que la divide en culpa consciente e inconsciente, pues no siempre aquella (culpa consciente) es más grave que ésta (culpa inconsciente). De tal manera, se ha sostenido que la culpa temeraria, “el observador tercero percibe la creación de un peligro prohibido en forma tan clara que la exterioridad del comportamiento le muestra un plan criminal dirigido a la producción del resultado, lo que por supuesto, para que haya culpa, no debe confirmarse con su existencia subjetiva”, es decir, “cuando exista dominabilidad y se descarte el dolo (directo y eventual), el caso encuadra en la culpa temeraria”

3.5. Tipificación del delito mala práctica médica

El delito de mala práctica médica o negligencia médica, es el acto médico, de acción u omisión, que constituye un ilícito penal, pero que ha sido realizado sin la voluntad ni la intención de causar una consecuencia lesiva, existiendo una infracción al deber de cuidado necesario impuesto por las normas médicas.

Graduación de la culpa en el delito de mala práctica médica: La culpa en el referido delito, estará graduada, por la pena que le sea aplicable al ilícito, según si el hecho en el cual se incurre importe el de mediar dolo o culpa, y esto es:

Si el hecho en el cual se incurre importa de mediar dolo es un crimen, y de no mediar ésta, importaría una acción culposa, la culpa en el delito sería entonces, grave, pues traería aparejada las penas de reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio, es decir, de sesenta y un días a tres años.



Si el daño físico ocasionado es leve, entonces traería aparejada la pena de reclusión relegación menores, sanciones administrativas en sus grados mínimo o multa, es decir, de sesenta y un días a quinientos cuarenta días.

Inclusive, si el hecho en el cual se incurre importa mediar malicia una falta, y que de no mediar ésta, importaría una falta médica por descuido culpable, la culpa en éste caso sería levísima, pues traerá aparejada la sanción de multa o sanción administrativa.

Verbo rector o acción típica: "Los delitos de mala práctica médica tienen lugar, única y exclusivamente, cuando el médico se encuentra ejerciendo o desempeñando su labor profesional, sea ésta en el ámbito público o privado; o cuando ante un hecho fortuito e imprevisto debe hacer uso de su ciencia y arte."⁴⁰

Incumplimiento de deberes del médico: Guillermo Portero, expone que "la valoración de la conducta imprudente del médico se realiza desde un punto de vista jurídico y, por lo tanto, es de valoración exclusivamente jurídica, mediante la comprobación de si se observó o no el deber objetivo de cuidado.

Es decir, si un médico, (no el más experto ni tampoco un inexperto) de igual calificación, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, se hubiese comportado de igual o diferente forma de aquel a quien se está juzgando. Si su comportamiento resulta ser el mismo, y se produce un resultado negativo para el enfermo, éste resultado, se reputará como imprevisible o inevitable, que no son punibles. Pero cuando ese hipotético médico, situado en las mismas circunstancias que aquel a quien se juzga, se comporta ante su

⁴⁰Ibid.



mismo enfermo de forma diferente y ese comportamiento, evita que se produzca el daño, la conclusión, es que el médico a quien se está valorando la conducta, no habrá observado el deber de cuidado objetivo.”⁴¹

Esto, nos lleva a la conclusión, de que ese deber objetivo de cuidado, está en relación con la obligación de prever lo que es previsible y de evitar lo que es evitable.

Sin embargo, el concepto de previsibilidad, como dice Romeo Casabona “es relativo, ya que sólo sería auténticamente imprevisible, el caso nuevo, el no descrito en la literatura médica, todos los demás, de algún modo son previsibles. Así pues, hay que tomar el término “previsible” con relatividad, lo cual, nos lleva a hacer la diferencia entre riesgos típicos y riesgos atípicos.

Riesgo típico: Cuando el riesgo adquiere un nivel de frecuencia considerable, (en cada caso se prefija según las estadísticas), estaremos ante un riesgo típico. Por debajo de esa frecuencia del riesgo típico, se situarían los riesgos atípicos, es decir; aquellos que son imprevisibles (relativamente imprevisibles). El médico, sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevada, que no sería operativa la prevención de todos ellos. Evidentemente, los riesgos típicos no sólo dependen de la frecuencia, sino también de la gravedad que entrañan, de la facilidad o no, de su prevención y, de los efectos secundarios de las medidas

⁴¹ Portero Lazcano, Guillermo. **Responsabilidad penal culposa del médico. Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia.** Pág.93



preventivas. Por ello, la consideración de riesgo típico dependerá de la conjunción de todas las variables mencionadas y no sólo de su frecuencia.”⁴²

Conduce a otro concepto ampliamente utilizado por la jurisprudencia, *lex artis ad hoc* determina si es competencia del perito médico, y supone un parámetro para que el jurista evalúe el deber de cuidado objetivo. Ambos conceptos: *lex artis* y deber de cuidado objetivo no tienen por qué ser coincidentes. Martínez-Calcerrada la define como, “el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de su autor y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida.”⁴³

3.6. Autoría, participación y complicidad

La autoría y la participación se encuadran sistemáticamente dentro de las cuestiones que afectan al tipo penal.

La autoría: Díaz y García dan el concepto y dicen que es “autor es quien realiza (total o parcialmente) la acción (o acciones) descrita(s) en el correspondiente tipo de la parte especial.”⁴⁴

⁴² Romeo Casabona C.M. **El médico ante el derecho. Ministerio de sanidad y consumo.** Pág.84

⁴³ Martínez-Calcerrada, L. **Derecho médico.** Pág.260.

⁴⁴ Díaz y García Conlledo, **La autoría y participación en el delito;** Pág.639.



Las formas de la autoría:

La autoría en sentido estricto puede revestir

Autoría inmediata unipersonal,

Autoría mediata y

Coautoría.

La autoría inmediata individual o unipersonal: Comúnmente llamada autoría directa, se da cuando el sujeto realiza la acción típica, determina el hecho de modo completo (o sea, sin compartir con otros el dominio o determinación del hecho) por sí solo y sin hacerlo a través de otro que actúa como instrumento. Ello no es óbice para que junto a esa persona actúen otras como partícipes en el hecho, o incluso otros sujetos que realicen por sí mismos toda la acción típica, es decir, otros autores inmediatos individuales, produciéndose entonces un supuesto de pluri autoría que no debe confundirse con la coautoría.

Tampoco debe confundirse esta primera forma de autoría con la actuación en solitario de propia mano, pues hay algunos supuestos en que el único actuante de propia mano no es autor.

La autoría mediata: Díaz y García explican que la autoría mediata consiste en “la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento o, en la terminología (más problemática en relación con la autoría mediata en los delitos imprudentes), en la realización del hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Se trata de una forma de autoría en sentido estricto, no sometida por tanto



al principio de accesoriadad limitada de la participación (sobre la autoría mediata en general).⁴⁵

Díaz y García enumeran los requisitos de la autoría mediata que son:

1º) Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento (sean acciones de autoría o de participación), a lo que me referiré en el apartado siguiente.

2º) Constatar que las acciones realizadas a través de otro son acciones de autoría, es decir, utilizando el criterio material señalado, que el sujeto que actúa a través de otro determina el hecho; en esta constatación es muy importante (y a veces se olvida) determinar si la conducta del instrumento es a su vez determinante, de autoría, con independencia de que el instrumento sea o no responsable por diversas razones (básicamente falta de cualidad especial en delito especial, de dolo o imprudencia, atipicidad, justificación o disculpa). Se debe tener muy en cuenta en los llamados delitos de infracción de deber, en los cuales lo relevante para la autoría no serían los criterios habituales (como el dominio del hecho, por ejemplo), sino la infracción de un específico deber extrapenal: quien infringe el deber (intraneus, es autor del delito en comisión por omisión), alguna vez utilizado por algún autor en relación a algún delito especial concreto, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos; inductor

⁴⁵ Ibid.



directo) es autor aunque no domine el hecho (el extraneus, es autor del delito especial, supliendo, al inductor directo).”⁴⁶

La coautoría Díaz y García determinan que: “La coautoría supone la realización del hecho por varios sujetos conjuntamente. En un sentido amplio, se podría decir que el hecho lo realizan todos los que intervienen en él. Pero aquí nos referimos a la estricta realización del hecho típico, en el sentido del concepto restrictivo de autor. La coautoría supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho.”⁴⁷

Díaz y García determinan al coautor como: “la persona que, en el marco de un acuerdo o plan común con división de funciones, aporta una contribución esencial al hecho en fase ejecutiva; los elementos esenciales de la coautoría son por tanto tres: el acuerdo o plan común, la esencialidad de la contribución del sujeto y la prestación de la contribución en fase ejecutiva.”⁴⁸

La complicidad: Díaz y García dicen que “Son las contribuciones constitutivas de cooperación necesaria y pueden prestarse tanto durante la fase preparatoria como durante la ejecutiva o después de la ejecución del ilícito.”⁴⁹

El Código Penal vigente describe claramente la acción típica que determina las formas de participación de los cómplices en el Artículo 37 y determina:

⁴⁶ Op. Cit Pág. 22

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Op. Cit Pág. 30

⁴⁹ Ibid.



Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito

Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.

Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y,

4. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

Para determinar efectivamente las acciones prescritas analizamos cada una de ellas, con el objeto de precisar las conductas relativas a la complicidad:

Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito: Díaz y García dicen que en la doctrina penal española es denominada "inducción o instigación, también denominada en ocasiones instigación, incitación o de un modo incorrecto desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, autoría intelectual o moral. Y definen que "el inductor es quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar como autor un delito, siempre y cuando el instigador no resulte autor mediato, puesto que la autoría mediata también puede consistir en hacer surgir en otro la resolución delictiva por influjo psíquico, aunque éste debe ser de tal entidad que convierta al sujeto de delante en instrumento del de atrás.

Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito: Díaz y García determinan que la cooperación surge de dos formas que puede ser (necesaria) y la complicidad (no necesaria) tienen en común el constituir formas de favorecimiento, fomento o facilitación del delito no consistentes en hacer nacer en el autor la resolución



del delito (lo que es propio de la inducción). Se trata de dos formas de cooperación que se diferencian del modo o formas de participación de los cómplices o cooperadores.

Cooperadores necesarios son los que actúan en fase ejecutiva del ilícito, quien contribuye al hecho del autor con un bien o actividad escasa, pero facilitando la ejecución del delito.

Por qué una contribución es esencial en el marco de la realización de un delito, en el sentido de la esencialidad concretada ya que confiere al sujeto un dominio negativo del hecho punible.

Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito: Díaz y García determinan que estos participes se encuentran dentro de la cooperación necesaria parece claro que la contribución del cooperador necesario ha de ser causal, es la cuestión de si la contribución del sujeto ha de tener carácter causal para el resultado delictivo, ya que todo depende de qué se entienda aquí por causalidad.

En cualquier caso, sí creo necesario que la contribución haya tenido alguna influencia facilitadora, favorecedora, aseguradora, etc., en el hecho del autor, la influencia causal (probablemente sí). Y no sólo eso, será exigible en toda clase de cooperación una relación de imputación objetiva entre el resultado delictivo y la propia acción de cooperación, necesaria o no naturalmente, la imputación objetiva, además de los comunes, posee rasgos particulares dependiendo de la forma de intervención de que se trate.⁵⁰

⁵⁰ Op Cit Pág.52



Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito: Díaz y García determinan que “tomando en cuenta lo preceptuado en la norma penal se describe la colaboración de otros que no son ni autores ni partícipes necesarios se trata de un tercero y no debemos de apartarnos de la idea que el partícipe seguirá respondiendo como tal en la parte que no corresponde al exceso (en la ejecución directa del delito), es decir cuando un sujeto actúa a través de otra persona que obra como instrumento de enlace.”⁵¹

La participación: Díaz y García dicen que “la participación es la materia que, junto a la autoría, se estudia al tratar la codelincuencia. En el tema dedicado a la autoría ya se han analizado algunas cuestiones relativas también a la participación, como su distinción de la autoría, la relativa a la participación imprudente (impune en mi opinión) o el régimen especial de la autoría y la participación en delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, sobre las que no se insistirá aquí.

Partícipes: son los sujetos que intervienen en un delito, sin ser autores del mismo (es decir, desde la caracterización de la autoría que aquí se sostiene, sin realizar la acción típica nuclear, sin determinar objetiva y positivamente el hecho), siempre y cuando sus conductas estén recogidas en alguno de los preceptos del Código Penal que describen formas de participación. Esa intervención en el delito puede revestir diversas modalidades, como se ve al analizar las formas de participación, pero todas tienen en

⁵¹ **Ibid.**



común el fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho típico del autor.”⁵²

De acuerdo con lo expuesto por Díaz y García según la doctrina en referencia a los partícipes y analizando las conductas que el Código Penal vigente de Guatemala describe en el artículo 37, los partícipes son los cómplices en nuestro ordenamiento jurídico penal; pues no ejecutan la acción típica penal si no colaboran para su ejecución.

La relación de causalidad: Gavilanes J, Carol Gabriela indica que “dentro de la doctrina internacional, para analizar los casos de mala práctica médica, el enfoque básicamente es sobre la relación causal, cuya principal base es el estudio de la responsabilidad, pudiendo ser directa. Sin embargo, si se une algún factor extraño a ella, y se agravan las consecuencias, todo este particular es lo que en derecho conocemos como con causa.”⁵³

El código Penal establece la relación de causalidad ya que es necesario determinar las circunstancias en que sucedió el ilícito.

Artículo 10 del Código Penal establece: Relación de causalidad.

Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, con forme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

⁵² Op. Cit Pág. 54

⁵³ Gavilanes Játiva, Carol Gabriela. **Responsabilidad penal en caso de mala práctica médica.** Pág.16



Es el proceso en el que existe una asociación de eventos, en donde un suceso sería la causa, y otro el efecto. Ante la mala práctica médica siempre se debe demostrar la relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado.

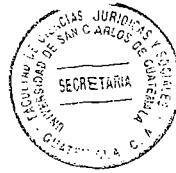
Gabriela, Gavilanes Játiva explica que "es la relación que existe entre el hecho y el daño.

No se puede hablar de conducta culpable en ausencia de situación causa-efecto.

No todo acto médico fracasado implica la existencia de un delito culposos, éste sólo aparece cuando hubo inobservancia del deber de cuidado.

El daño es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación o bien de negligencia, impericia o dolo. La acción u omisión culposa del médico debe ser la causa del daño producido, no hay que olvidar que la labor de los médicos es una de las de mayor entrega y sacrificio, ya que como deber primordial tiene el cuidado del paciente."⁵⁴

⁵⁴ Op. Cit. Pág. 52





CAPÍTULO IV

4. La necesidad de tipificar la acción de la mala práctica médica como un delito culposo

La salud es de tal importancia, que muchas personas lo han visto como una manera de lucrar, creando grandes hospitales, o poniéndose un consultorio médico con precios sobre lo normal. El Estado debe garantizar la salud y la vida, pero lastimosamente es el paciente que debe pagar estas sumas exorbitantes de dinero, por gozarla.

Carol Gabriela Gavilanes dice que “La mala práctica médica nace en la relación entre médico y paciente. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa o causar daños al enfermo. La mala praxis se da cuando, el accionar de un profesional con imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, provoque un daño en el cuerpo o en la salud de su paciente, sea este daño parcial o total.”

Y dice que “Las consecuencias por el daño causado en virtud de la mala práctica médica, así como no prestar la oportuna atención médica, son calificadas por organismos internacionales, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, y la UNESCO, como hechos violatorios de los derechos humanos.



El derecho y la medicina son ciencias destinadas a cubrir necesidades del hombre, al ser dos ramas que afectan completamente a la sociedad, deben tener leyes que ligen a estas dos profesiones.

La negligencia médica podría definirse básicamente como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.

El médico causa daños y perjuicios a través de sus errores, es decir, cuando el médico provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daños parcial o total, temporal o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

Para que una actuación u omisión pueda transformarse en delito, es necesario recordar la teoría jurídica del delito. "La teoría del delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito."⁵⁵

⁵⁵ Gavilanes Játiva, Carol Gabriela. **Responsabilidad penal en el caso de mala práctica médica.** Pág.14



4.1. La negligencia médica a nivel mundial

El avance de la responsabilidad médica, se la puede ver aplicada en distintos procesos judiciales que se han seguido contra el médico. Así, en el segundo congreso internacional sobre ética médica que se realizó en mayo de 1966 en París, se indicó que entre 1945 y 1965, que los médicos demandados han ido aumentando, así, en 1945 se demandaba a 5 de 1000, y en 1965 se aumentó a 20 de 1000.

En países como Estados Unidos, las cifras en cuanto a las demandas y condenas a los médicos son incalculables.

En 1969, un senador presentó ante el Congreso un informe sobre la amenaza creciente de este delito. En este informe, cuyos datos se basan en información obtenida de la Asociación médica americana, de la Asociación de hospitales americanos, y del Departamento de Salud, Educación y Bienestar; se dieron los siguientes resultados:

El número de demandas por mala práctica médica crece de manera impactante, especialmente en las zonas metropolitanas. El monto de la compensación crece de manera proporcional. Las primas por seguro para los médicos crecen en forma geométrica, y por esta razón muchas compañías de seguros ya no quieren continuar dando pólizas de seguros para protección contra las demandas de este tipo, debido a las elevadas pérdidas y a la imposibilidad de calcular tarifas adecuadas.

La situación existente ha hecho que algunos médicos abandonen de manera definitiva su profesión. Cada vez se hace más difícil lograr que los nuevos médicos se dediquen a



ramas que son riesgosas por naturaleza. En América Latina, el número de litigios también ha crecido de manera considerable. En Argentina por ejemplo, de 1958 a 1978 se encontraron alrededor de 50 casos.”⁵⁶

4.2. La negligencia médica en Guatemala

“Investigan casos de negligencia médica: La niña Melany Paz, originaria de San Marcos fue operada en la pierna equivocada en el hospital de Quetzaltenango.

Los pacientes del Hospital Regional de Occidente (HRO), aseguran que son tratados por practicantes.

Los pacientes afectados denuncian que son mal atendidos.

Pacientes del Hospital Regional de Occidente (HRO), han presentado al menos tres denuncias ante la oficina del Procurador de los Derechos Humanos relacionadas con posibles casos de negligencia médica en Quetzaltenango.

El director del HRO, Giovanni Ortega, señaló que aún no se determina si los casos que señalan los pacientes se deben a negligencia, mala práctica o desinformación. Sin embargo, argumentó que los médicos que atienden en el HRO regularmente se especializan en las ramas a su cargo.

En cuanto a los casos denunciados ante el PDH, el galeno aseguró que el comité asesor del hospital los analizó, y aseguró que abordan cada caso con responsabilidad, rectifican

⁵⁶ J. Solano Porras. **El seguro contra la responsabilidad civil del médico.** http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext. (Consultado el 21 de mayo, 2011).



el error si existe, mientras que los involucrados quedan a disposición de la Ley del Servicio Civil.

Los hechos, se menciona que en enero, el niño Luis López fue operado del apéndice. Quienes participaron en su intervención quirúrgica le dejaron pequeños restos de gasa, lo que le ocasionó serias molestias que ameritaron una segunda operación en un centro hospitalario privado, donde se hizo el descubrimiento. “Lloraba mucho y la herida se veía muy mal. Preferí ir con un médico particular”, relató Mayra López, la madre del menor.

En este caso, Ortega pidió que se le reporte el hecho para sancionar al equipo médico que tuvo a su cargo la intervención. Los afectados dicen que prefieren no presentar denuncias ante las autoridades debido a lo desgastante de un trámite de este tipo. El Ministerio Público (MP) de Quetzaltenango abrió una investigación de oficio.

Otro caso es el de Aracely Fabiola López Gómez, de 22 años, quien llegó al HRO por atención de parto normal, en febrero. Quienes la atendieron le dejaron parte de la placenta en la matriz. Debido a eso le hicieron un legrado en el que le perforaron la matriz lo que le ocasionó infección en los pulmones, hígado y riñones.

Los familiares de Isabel Méndez Cotom, de 16 años, denuncian que luego de que fue asistida en un parto normal, le dejaron restos de placenta, lo que le provocó una infección, y posteriormente un paro respiratorio. La oficina del PDH denuncia que las autoridades se niegan a entregar el expediente de la paciente fallecida para iniciar la investigación.



La vieron al revés: En febrero de 2008, médicos del HRO aceptaron que cometieron un error médico cuando operaron a la niña Melany Paz, originaria de San Marcos, quien debía ser intervenida por problemas en la cadera derecha, pero la cirugía se practicó del lado izquierdo.

Se justificó el error en la radiografía practicada a la niña en un centro privado, ya que la vieron al revés. El 3 mayo de 2008, Raquel Pérez Aguilar, de 21 años, sufrió quemaduras cuando le practicarón una cesárea en la maternidad del HRO. Durante la operación le aplicaron gel en la espalda, lo que le provocó quemaduras de primer y tercer grados, en el HRO dijeron que pudo haberse tratado de una reacción alérgica.

Atendidos por practicantes: Los pacientes afectados denuncian que son mal atendidos o deficientemente tratados por practicantes universitarios y no por profesionales de la medicina. Todos los días, un aproximado de 80 estudiantes de la carrera de medicina merodean los pasillos del HRO, especialmente la emergencia. De acuerdo a políticas internas de trabajo del hospital, universitarios deben apoyar a los profesionales, pero los pacientes se quejan de que son atendidos por practicantes. “Los practicantes son supervisados por un jefe de área”, recaló Ortega.

“Los jefes de área no están asumiendo su responsabilidad y son los practicantes o médicos internistas quienes atienden a los pacientes”, aseguró un funcionario quien tiene a su cargo tres investigaciones de negligencia médica en ese nosocomio. Óscar Arango, jefe de la División de Ciencias de la Salud del Centro Universitario de Occidente (Cunoc), comentó que los estudiantes son supervisados, y que su nivel académico es bueno.

La redacción de BIG se comunicó por cuatro días consecutivos con el coordinador de los hospitales de Occidente, Manuel de León, quien a pesar de que ofreció enviar información acerca de las investigaciones que realiza el Ministerio de Salud al respecto, no lo hizo.⁵⁷

Médicos del Instituto Guatemaltecos de Seguridad Social acusados de homicidio culposo: El hecho ocurrido en 2009, sucedió en el hospital de la zona 9, refieren informes de la parte acusadora. Según la Fiscal del caso, Julio de la Cerda, de 71 años, se presentó a consulta por unas palpitaciones en el pecho y los médicos le colocaron un catéter en el músculo femoral, lo cual le ocasionó un hematoma que no fue tratado a tiempo y el paciente murió 16 horas después.

A pesar de que la denuncia fue interpuesta en el Ministerio Público (MP) dos días después de la muerte de la víctima, el caso permaneció engavetado por cuatro años, hasta que finalmente se iniciaron las investigaciones correspondientes. El caso está siendo conocido por el Tribunal Decimotercero de Instancia Penal.

La exhumación del cuerpo y la posterior autopsia revelarán que la causa de la muerte fue la laceración de la arteria femoral debido a una “punción fallida en la femoral”, apunta información del fiscal.

Los dos médicos involucrados en el hecho fueron identificados como Edgar Alfredo Mancilla Guillén y Marco Antonio Girón Urizar. El diario La Hora, se comunicó con el Colegio de Médicos de Guatemala, pero dentro de sus registros no pudieron encontrar a Mancilla Guillén.

⁵⁷ <https://es-la.facebook.com/no.mas...medica/posts/170674513073409>. (Consultado 03 de marzo de 2015).

La víctima Julio de la Cerda era ingeniero industrial, miembro de la Cámara Guatemalteca de Construcción y según el MP, la causa de la muerte no está relacionada a su edad, sino a la mala práctica de ambos médicos. “Él entró bien, y salió muerto”, expresó la fiscal.

Ante la consulta sobre el caso en cuestión, la vocera del IGSS respondió que: El Dr. Byron Arana, Subgerente de Prestaciones en Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), fue consultado sobre el caso indicando que “seremos respetuosos del debido proceso, el caso ya se encuentra en trámite y hay que esperar el resultado del debate que se está llevando”.

Casos similares: Elisa Savin el 28 de mayo del 2010, público que “El Progreso, el niño William Alonzo Rodas, de 3 años, falleció el miércoles 26 de mayo, media hora después de ingresar al hospital departamental de Guastatoya, El Progreso, supuestamente por mala práctica médica, según declaraciones de su progenitora.

Celia Marilú Rodas, madre del pequeño, procedente de la comunidad Plan de Las Flores, municipio de Sanarate, dijo que su hijo no debía morir, pues a su criterio las condiciones de salud que presentaba no eran “tan graves”; comentó que al igual que en otras ocasiones lo llevó al nosocomio para practicarle nebulizaciones, debido a problemas bronquiales. A decir de Rodas, desde que llegaron fueron objeto de prepotencia, incumplimiento de deberes y mentira, por parte de la doctora que los atendió en la emergencia, les ordenó sentarse, ya que las decisiones las tomaba ella.

La madre relató que la profesional le dijo que el niño dormía a consecuencia de la anestesia, mientras ordenaba que se le administrara otra dosis; luego dijo que sería necesario trasladarlo a un hospital de la ciudad capital, sin decirle las razones.

Rodas pudo observar cómo luego de que su hijo fuera medicado, su estomago adquirió un anormal volumen y su piel se tornó oscura; cuando lo tuvo en sus brazos le pareció que aún respiraba, pero al llamar a la doctora ésta le dijo que ya estaba muerto.

La afectada pidió a las autoridades que investiguen el caso y que se castigue a la responsable, de quien no pudo dar el nombre; el director del referido hospital, Vinicio Enríquez, informó que la víctima falleció a consecuencia de un paro respiratorio, pero que se investigará el caso.

No es la primera vez que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social se ve involucrado en denuncias por negligencia médica o mala práctica.”⁵⁸

En el 2013, Walter Osvaldo Roblero Escalante, fue atropellado por un motorista y una vez en el hospital, los médicos informaron a su familia que no había camas disponibles en el intensivo. Alba Escalante, madre del fallecido, relató al diario La Hora que un médico le comentó que era mejor que lo llevaran a un sanatorio privado. Sin embargo, como la familia no tenía recursos para pagar los 15 mil quetzales diarios que cobra un hospital privado, el joven murió al día siguiente sin ser atendido.”⁵⁹

⁵⁸ Elisa Savin. **Diario La Hora**. (Consultado: 28 de mayo 2010). Pág. 3

⁵⁹ Claudia Palacios. **Diario La Hora**. cpalacios@lahora.com.gt (Consultado: 28 de mayo 2010).

De lo expuesto se determina que es grande la demanda o denuncias de pacientes que se han visto afectados por la negligencia o impericia de los médicos en el ejercicio de su profesión, queda vulnerado el derecho a la salud y a la vida, por una mala atención médica, pese a que el Estado es el principal garante no hace nada al respecto, por lo que es necesario y urgente la tipificación del delito de mala práctica médica en el derecho penal.

4.3. Bien jurídico tutelado

Concepto: “Mariano Kierszenbaum explica que el bien jurídico, es el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema. Por nuestra parte, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.”⁶⁰

Zaffaroni dice que el bien jurídico es:

“a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos;

b) la referencia a la sociedad determinada, nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico,

⁶⁰ Mariano Kierszenbaum. **El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas.** Pág. 187

puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos;

c) la idea de que el bien, es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma. El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho internacional.”⁶¹

De lo expuesto se establece claramente el Artículo 95 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su parte conducente: “La salud, bien público. La salud de los habitantes de la nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.”

Diferencia entre bien jurídico, Derecho objetivo y derecho subjetivo: Mariano Kierszenbaum explica que “la idea de bien jurídico que hemos esbozado puede, con frecuencia, confundirse con las nociones de Derecho objetivo o derecho subjetivo, y no está mal que así sea, o mejor, no es extraño que así sea, porque en su origen histórico estos conceptos se han mezclado, siendo el derecho subjetivo lesionado el antecesor del bien jurídico lesionado.”⁶²

⁶¹ Op. Cit Pág. 486

⁶² Mariano Kierszenbaum. **El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas.** Pág. 189

Se concluye que el bien jurídico es, esencialmente, un interés vital que adquiere reconocimiento jurídico. Esta noción puede confundirnos y llevarnos a pensar que si es un interés con reconocimiento jurídico, entonces el bien jurídico es un derecho, o que el derecho es un bien jurídico, o que ambos conceptos son lo mismo. Para resolver este problema lingüístico debemos primero hacer un distingo entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

Mariano Kierszenbaum expone a grosso modo, “que el Derecho objetivo es una ley. Cualquier artículo contenido en un tratado de derechos humanos es derecho objetivo, y todo el tratado es derecho objetivo. En este sentido, el bien jurídico no puede confundirse con el Derecho objetivo, porque el bien jurídico no es la ley, sino el interés fundamental positivado en ella. Más claro: cuando hablo del bien jurídico vida no me refiero al artículo de tal o cual tratado que protege a la vida. Respecto del derecho subjetivo, decimos que es, a grandes rasgos, la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo). Es decir, cuando hablamos del derecho subjetivo a la vida nos referimos, por caso, a la facultad que una persona tiene de exigir a los otros que no lo maten que le respeten su vida o que hagan algo que favorezca su desarrollo vital, y su respectiva facultad de administrar su vida como le plazca, pudiendo, si así lo desea, extinguirla.”⁶³

Mariano Kierszenbaum “En esta acepción el derecho a la vida puede confundirse con el bien jurídico vida, pues cuando un sujeto mata a otro ciertamente ha lesionado el derecho

⁶³ Op. Cit Pág. 190



subjetivo vida, pues se ha comportado de una manera contraria a la que el titular del derecho tenía facultad de exigir (por ejemplo, no disparando un arma en su dirección). Sin embargo, el bien jurídico es la vida es una cosa muy distinta, al derecho subjetivo vida. Pues, en nuestra consideración, el bien jurídico no se emparenta con la facultad concreta de una persona de exigir un comportamiento, sino con un interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada.”⁶⁴

Mariano Kierszenbaum manifiesta que “de todos modos, el problema de diferenciar las nociones de bien jurídico y derecho subjetivo no es de tan sencilla resolución.

Como primera medida, es menester aclarar algo:

El derecho subjetivo, como categoría, comprende, a no dudarlo, al derecho estatal de exigir de los ciudadanos el respeto por las normas que él dicta. Y señala Aguirre Obarrio que Binding sostenía que “el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento.”⁶⁵

4.4. Determinación legal de la pena

Martínez, Marco; indica que para determinar la pena es necesario primero “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico”.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Op. Cit Pág. 189

Dice Martínez, Marco que “actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previéndolo, confía imprudentemente en poder evitarlo.

En definitiva, para que nazca la responsabilidad culposa, será necesario:

- a) que exista un comportamiento voluntario;
- b) que la acción u omisión origine un resultado antijurídico;
- c) que el resultado sea previsible; d) que exista la obligación de preverlo; y
- e) que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.

La Teoría de la Culpa está cimentada, entonces, en dos pilares básicos:

1. El deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador; y
2. La previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles.”⁶⁶

Martínez, Marco dice “existirá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución necesarias para evitar un daño, reduciéndose la labor del tribunal a averiguar, conforme al mérito de los antecedentes, si medió conducta culposa por parte del encausado y quebrantamiento de reglamentos.

⁶⁶ Martínez, Marco. **La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica.** Pág. 237



El concepto de culpa grave en materia de responsabilidad penal médica ha sido en parte desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y la doctrina de dicho país, fundamentalmente por las implicancias penológicas que derivan de su diferenciación con la culpa leve. Ya antes de la dictación del Código Penal español de 1995, Silva Sánchez explicaba que el límite inferior de la imprudencia la tarea de fijar cuáles riesgos son irrelevantes y cuáles no era un asunto altamente complejo.

A juicio de dicho autor, la fijación de tales fronteras de punibilidad implican determinar en qué nivel de peligrosidad de cierta conducta puede empezar a hablar de una infracción al imperativo de cuidado, para lo cual debemos atender tanto a la magnitud del daño como a la probabilidad del mismo, cuyo producto nos arrojará una variable cuantitativa de referencia. Junto a ello, es necesaria una decisión valorativa al tenor de la cual podamos afirmar que en un contexto social dado, la relevancia penal de una determinada conducta comienza con una peligrosidad índice, la cual puede fluctuar según la presencia de factores culturales y espaciales contingentes.

Lo anterior no es sino reflejo del criterio de riesgo permitido como elemento de la teoría de la imputación objetiva en el sistema moderno de atribución jurídico penal.⁶⁷

En referencia a lo descrito por Martínez Marco considero indispensable al graduar la pena a los actores y partícipes del delito de mala práctica médica, se debe de determinar con precisión la misma, de acuerdo a la forma de comisión en el hecho delictivo de mala práctica médica y tener presente que se juzga a un profesional que faltó al deber de

⁶⁷ Ibid.



cuidado no a un delincuente y conmutas, considerando no penas exageradas de prisión si no que obligación de servicios comunitarios, multas, inhabilitación del ejercicio de su licencia profesional por tiempo prudencial ya que las penas exageradas deslegitiman al derecho penal y procesal penal porque pierde su objeto de ser al ser estas penas imposibles de cumplir y el juzgador se debe regir jurídicamente en apego a lo que prescribe el Código Penal en siguientes artículos: el Artículo 65 determina la fijación de la pena y el Artículo 66 que establece el aumento y disminución de la pena.

Artículo 65 del Código Penal. (Fijación de la pena). “El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad”, ver Artículo 87 del mismo cuerpo legal, el culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.

Artículo 66 del Código Penal.. (Aumento y disminución de límites). “Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo que antecede”.



4.5. La acción en la mala práctica médica

La acción "Es la conducta típica antijurídica que establece la hipótesis de la norma penal."⁶⁸

"En el Código Penal se deben distinguir cuatro modalidades de culpa; las cuales son plenamente aplicables al delito mala práctica médica:

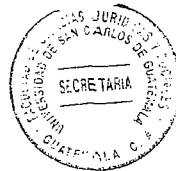
a) La culpa por negligencia, vale decir, aquella infracción al deber de cuidado que se traduce en una falta de actividad del sujeto. La inactividad no crea el riesgo, pero la actividad pudo haberlo evitado, es decir, se pudo evitar el resultado desplegando más actividad que la desarrollada.

b) La Imprudencia, que es la modalidad contraria a la negligencia, pues supone un actuar excesivo, que sobrepasa el límite de riesgo permitido. Normalmente, procede en las acciones y, excepcionalmente, en las omisiones. No siempre que se corre un riesgo, se habla de imprudencia, porque existen actividades lícitas que llevan un riesgo inherente.

c) La Impericia, que consiste en realizar una determinada actividad sin contar con los conocimientos o la destreza necesarios para su ejecución. No se reprocha el hecho de no saber, sino que se reprocha la conciencia de su falta de habilidad."⁶⁹

⁶⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal, parte general**. Pág.34

⁶⁹ <http://www.monografias.com/trabajos63/responsabilidad-penal-médica/responsabilidad-penalmédica2.shtm#ixzz3U9LjVhE6>. (Consultado: 28 de mayo 2010)



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La problemática actual, referente a la mala práctica médica, determina la necesidad de investigar cuáles son los derechos vulnerados a pacientes que son afectados, como consecuencia de la irresponsabilidad de los profesionales de la salud en Guatemala; por medio del análisis del tema, se confirmó la hipótesis y como posible solución se describe objetivamente la negligencia médica para que se tipifique el delito de mala práctica médica. En la legislación guatemalteca no existe el delito, lo cual deja al paciente vulnerable en sus derechos; estableciendo que es muy difícil y caro demostrar que la mala práctica médica constituye delito, desprotegiendo legalmente a la víctima, por lo que la presente investigación se enfocó a determinar al responsable por el daño ocasionado.

En tal sentido, en esta investigación se comprobó que las causas internas se deben a la imprudencia, negligencia y apresuramiento al diagnóstico médico, así también se puntualiza que las causas externas que infiere la mala práctica médica están: la falta de tipo penal, el ánimo de lucro y los nosocomios privados y públicos, la falta de inspección de los mismos. Como respuesta a esta problemática, es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, reforme el Código Penal para que se tipifique la mala práctica médica como delito culposo.





BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Marco Antonio. **Ensayo latrogenia y mala práctica.** (s.l.i.) (s.e.) Ed. Vasco. 2005.
- ALFARO VICTORIA, Fernando. **Conceptos jurídicos.** *Revistas mexicana de Anestesiología.* México. (s.e.) 2012.
- ANTAURO LINCOLN, Maylle, **Qué es mala práctica médica** <http://www.Lincolnmaylleantaurco.blogspot.com>. (Consultado: 02-02-2009)
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.** Argentina. Segunda edición. Ed. Ediar, S.A. 1963.
- ALESSANDI RODRIGUEZ, Arturo. **De la responsabilidad extracontractual en derecho civil.** (s.l.i.) (s.e.) 1989.
- BARREIRO AGUSTÍN, J. **Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico quirúrgico.** Consejo General del Poder Judicial. (s.l.i.) (s.e.) 1995.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal.** Buenos Aires, Argentina. (s.e.) Ed. Ad-hoc, S.R.L. 1993.
- BORJA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil. Volumen VIII. Obligaciones. Tomo II.** Buenos Aires, Argentina. Sexta edición. Ed. Perrot. 1989.
- BURÓN, Javier. **Psicología del médico forense: La investigación del delito.** Buenos Aires. (s.e.) Ed. Desclée de Brouwer. 1997.
- CÁCERES FREYRE, Franklin. **Apuntes sobre la mala práctica médica.** estrobles@terra.com.pe. (Consultado: 17-01-2009).
- COTTON, Hugo Leonel. **Análisis crítico del sistema nacional de salud en Guatemala.** *Revista Universidad Rafael Landívar.* Guatemala. Julio de 2004.
- CURY ARZÚA, Enrique. **Derecho penal. Parte general, tomo II.** Santiago de Chile. (s.e.) Editorial jurídica de Chile. 1985.
- DELGADO GARCÍA, J. **Aspectos penales.** IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación española de Derecho sanitario. Fundación Mapfre Medicina 1998
- DÍAZ, Miguel y GARCÍA, Conlledo. **La autoría y participación en el delito,** *Revista de Estudios de la Justicia – Nº 10 – Año 2008.*



GAVILANES JÁTIVA, Carol Gabriela. **Responsabilidad penal en el caso de mala práctica médica.** Quito Ecuador. (s.e.) 2011.

GONZÁLEZ COSTALES, J. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria.** (s.l.i.) (s.e.) Ed. LA LEY. 1987.

<http://www.monografias.com/trabajos63/responsabilidad-penal-edica/responsabilidad-pena-l-médica2.shtml#ixzz3U9LjVhE6>. (Consultado el 21 de mayo, 2011).

http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext. (Consultado el 21 de mayo, 2011).

<https://es-la.facebook.com/no.mas...médica/posts/170674513073409>. (Consultado el 21 de mayo, 2011).

JACOVELLA, Patricio. **Buena/Mala praxis médica en cirugía estética.** Buenos Aires, Argentina. (s.e.) Editorial AD-HOC. 1997.

KIERSZENBAUM, Mariano. **El bien jurídico en el derecho penal.** Algunas nociones básicas, Argentina. (s.e.) 2009.

MANZINI, Vicenio. **Derecho procesal penal.** Tomo I. Buenos Aires Argentina. (s.e.) Ed. Jurídicas Europa-América, 1951.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. **Derecho médico.** Madrid. (s.e.) Ed. Tecnos. 1986.

MARTÍNEZ, Marco. **La graduación del deber de cuidado en el delito culposos por actos de mala praxis médica.** (s.l.i.) (s.e.) 1998.

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

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. **Conferencia sin referencia bibliográfica en archivos de la oficina del historiador.** (Consultado 03-03-2015).

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general.** Buenos Aires. Octava edición. Editorial IB de F. Julio César Faira Editor. 2009.

MONTEVERDE FERRER, F. **Delitos relacionados con la actividad médico-sanitaria.** Consejo General del Poder Judicial. (s.l.i.) (s.e.) 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Aran. **Derecho penal, parte general.** España. (s.e.) Ed. España, 1985.

NAVARRO BATRES, Tomas Baudilio. **Medicina legal**. Guatemala Tomo I. (s.e.) Editorial Universitaria, 2005.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de derecho penal parte general**. Buenos Aires, Argentina. Tercera edición reimpresión. Ed. Marco Lernes Córdoba, S. R. L., 1986.

LÓPEZ BETHANCOURT, Eduardo. **La teoría del delito**. Mexico. (s.e.) Ed. Mexicana, MDF. 2003.

PALACIOS, Claudia. La Hora. cpalacios@lahora.com.gt . (Consultado 28-05-10)

PÉREZ, Susana Gabriela. **Mala práctica médica**. www.enplenitud.com.ar. (Consultado 13-01-2009)

PORTERO LAZCANO, Guillermo. **Responsabilidad penal culposa del médico. Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. Clínica forense de Bilbao**. País Vasco, España. (s.e.) 2002.

ROMERO CASABONA, C.M. **El médico y el derecho penal I**. La actividad curativa. (s.l.i.) (s.e.) Ed. Bosch 1981.

SANTIAGO NINO, José Antonio. **Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito**. Buenos Aires Argentina; Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1980.

SILVA SILVA, Hernán. **Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense**. Chile. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. 1995.

SOLANO PORRAS, J. **El seguro contra la responsabilidad civil del médico**. (s.l.i.) (s.e.) (s.f.)

TAMAYO LOMBANA, Alberto. **Manual de obligaciones. La responsabilidad civil. Fuente de obligaciones**. Bogotá, Colombia. (s.e.) Ed. Temis. 1998.

V. DOTTI, Dondi, R. Monge Umaña. **La responsabilidad médica surgida como consecuencia de la malpraxis**. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica Centro América, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio R. Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires. Segunda edición. Ed. Ediar. 2002.



Legislación:

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

Código de Salud. Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala 1997.

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

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