

449



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON.

“LA IATROGENIA COMO ORIGEN DE  
LOS PROBLEMAS MEDICO-LEGALES Y  
DE SUS FORMAS DE SOLUCIÓN”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
SÁNCHEZ URIARTE JORGE ANTONIO.

294092

ASESOR:  
LIC. CARMONA SÁNCHEZ PEDRO  
PABLO.

MEXICO

2001.





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mis Padres, Jorge y Rocío; por todo su Amor,  
sus consejos y enseñanzas, por su lucha incansable  
para alentarme en seguir adelante y consumir ese  
grande y maravilloso sueño, de instruir a uno de sus hijos  
como herencia de conocimiento y sabiduría,  
para amar la vida y hacer el bien.*

*A mis hermanos; por ayudarme a crecer y  
disfrutar de todo lo que existe a mi alrededor,  
por sus palabras y amonestaciones para corregir  
mi vida, a todos ellos, Gracias.*

*A mi Amigo y Maestro;  
el Dr. y Lic. Pedro Pablo Carmona Sánchez,  
quien me dirigió con agrado, compartiendo con sencillez,  
claridad y maestría sus grandes conocimientos.*

*A mis maestros; que dentro de  
sus muchas y diversas tareas,  
dieron con dedicación de su tiempo y experiencia,  
para que así pudieran dejar un legado  
de sabiduría a las generaciones futuras.*

*A mis compañeros y amigos;  
Vero, Hector y Josefina, que con paciencia  
Compartieron su experiencia y sus conocimientos  
para la realización de este trabajo.*

*A mi Padre Celestial,  
por manifestarme su Plan Eterno,  
y rodearme de muchos de sus  
hijos especiales durante toda mi vida,  
para lograr volver con El.*

*A mi hermano Mayor y Maestro Jesucristo,  
por su ejemplo, infinita misericordia y  
divina bondad para conmigo.*

*A mi Amada y Hermosa flaquita, Lily;  
que con todo su Amor y delicada paciencia,  
me tomó de la mano acompañándome  
hasta la culminación de este importante paso.*

*A mi Pollo y a mi Titi,  
mis preciosos hijos: Gonzalo e Hylián,  
que son la alegría de mi corazón  
en la jornada diaria de la vida,  
anhelando ser digno de que mi Hacedor  
los conserve a mi lado por la Eternidad.*

# LA IATROGENIA COMO ORIGEN DE LOS PROBLEMAS MÉDICO- LEGALES Y DE SUS FORMAS DE SOLUCIÓN

## Introducción

### CAPÍTULO 1. Concepto, Tipos y Antecedentes de la Iatrogenia. . . . . 1

1.1 Concepto. . . . .	1
1.2 Tipos de Iatrogenia. . . . .	13
1.2.1 Necesaria. . . . .	13
1.2.2 Innecesaria. . . . .	15
1.3 Antecedentes. . . . .	16
1.3.1 Formación Profesional. . . . .	16
1.3.2 Modelo Económico del Sector Salud. . . . .	25

### CAPÍTULO 2. Estudio Dogmático de la Iatrogenia. . . . . 32

2.1 Elementos Positivos del Delito. . . . .	32
2.1.1 Conducta o hecho. . . . .	33
2.1.2 Tipicidad. . . . .	34
2.1.3 Antijuridicidad. . . . .	40
2.1.4 Imputabilidad. . . . .	42
2.1.5 Culpabilidad. . . . .	43
2.1.6 Punibilidad. . . . .	46
2.2 Elementos Negativos del Delito. . . . .	48
2.2.1 Ausencia de conducta. . . . .	48
2.2.2 Atipicidad. . . . .	50
2.2.3 Excluyentes del delito o causas de justificación. . . . .	51
2.2.4 Inimputabilidad. . . . .	55
2.2.5 Inculpabilidad. . . . .	58
2.2.6 Excusas absolutorias. . . . .	60

CAPÍTULO 3. Instancias Extrajudiciales que Originan el Proceso Penal. . . . .	64
3.1 Contraloría interna de las instituciones de salud. . . . .	64
3.1.1 Secretaría de Salud. . . . .	64
3.1.2 Instituto Mexicano del Seguro Social. . . . .	65
3.1.3 Secretaría de Salud del D.D.F. . . . .	72
3.2 Comisión Nacional de Arbitraje Médico. . . . .	73
3.2.1 Antecedentes. . . . .	73
3.2.1.1 Sociales. . . . .	73
3.2.1.2 Políticos. . . . .	75
3.2.1.3 Legales. . . . .	75
3.2.2 Decreto de creación. . . . .	82
3.2.3 Competencia. . . . .	88
3.2.4 Procedimiento. . . . .	89
 CAPÍTULO 4. Proceso Penal. . . . .	 94
4.1 Denuncia de hechos. . . . .	94
4.2 Averiguación previa. . . . .	101
4.3 Primera instancia. . . . .	106
4.4 Segunda instancia. . . . .	110
4.5 Juicio de amparo. . . . .	112
4.6 Casos prácticos. . . . .	116
4.6.1 Queja y denuncia por pérdida de la matriz. . . . .	116
4.6.2 Queja y denuncia por pérdida del producto en el parto. . . . .	125
 CONCLUSIONES. . . . .	 128
Bibliografía . . . . .	133

## INTRODUCCIÓN

La Iatrogenia es una palabra poco conocida en el lenguaje diario utilizado por nuestra sociedad y, su definición mucho más; incluso tan desconocida es, que hoy en día se le conoce con el exclusivo nombre de Negligencia Médica; aún un porcentaje importante de profesionales de la salud le dan ese mismo concepto.

Al desarrollar este trabajo de investigación se conocerá la definición correcta de la Iatrogenia y las diferentes clasificaciones que de ella se hacen; también se pondrá de manifiesto cómo esta ignorancia en la correcta aplicación de ese término, ocasiona una serie de problemas e injusticias a los prestadores de servicios médicos; así como quejas, demandas, denuncias, reclamos e inclusive ser sujetos de sanciones pecuniarias, suspensión del ejercicio profesional y, pudiendo llegar hasta la imposición de una pena privativa de libertad.

También, aclarando que no sólo por una incorrecta aplicación, sino por el contrario, con una debida apreciación en la actuación del médico se pueden encontrar elementos para calificar Iatrogenias como negativas y, en donde se pueden aplicar sanciones de carácter penal por ser éstas tan nocivas para la salud y una buena práctica médica.

Se analizarán las instancias administrativas que intervienen para dar solución a las quejas presentadas por pacientes a los que en algún momento de su tratamiento se les provocó una iatrogenia.

Se analizará cómo estas instancias administrativas, en la mayoría de los casos, no cumplen con las expectativas de solución de los quejosos, lo que da origen a las instancias judiciales como lo es la Penal.

La exposición de casos prácticos que evidencian o comprueban los principios expuestos en esta investigación. Manifestando el tipo y el sentido que los pacientes le dan a sus quejas y denuncias, el desarrollo de los procesos administrativos, tanto sus virtudes así como sus carencias y, el alcance o repercusión que finalmente tienen en la vida tanto de usuarios como de los prestadores de los servicios médicos.

## CAPÍTULO 1. Concepto, Tipos y Antecedentes de la Iatrogenia.

### 1.1 Concepto.

El acto médico nos indica a la mente en forma automática a aquel individuo llamado doctor luchando en contra de la enfermedad o el mal que aqueja a una persona, para preservar su vida o restituirle su salud, para lo cual se ayuda tanto de su conocimiento y experiencia así como del personal e instrumental que tiene a la mano, entendiendo así que ningún daño es deliberado.

Sin embargo, a menudo se presentan casos en donde el resultado es el agravamiento de la enfermedad y no su mejoría y esto puede ser por consecuencias naturales e implícitas del tratamiento médico que pueden presentarse por un lado y errores médicos por el otro; no importando su origen a las dos se les conoce como iatrogenias.

Al ser el tema que nos ocupa, pasemos pues a conocer su raíz, así como los diversos conceptos tanto el doctrinal, el del profesional de la salud, el de los pacientes, como el jurídico.

“La yatrogenia denota su origen griego y viene a ser algo así como el resultado de varios vocablos: uno médico; otro curación y por último génesis, origen.”<sup>1</sup> Posteriormente la yatrogenia se convierte al latín iatrogenia, como se conoce actualmente.

La comprensión etimológica nos daría un sencillo significado: como aquello resultante de un acto médico. Lo que resulta en que a la persona se le agrava su enfermedad o padecimiento a consecuencia de una equivocada atención médica y no por la naturaleza de la misma o en un grado mayor que el normal.

Algunos conceptos doctrinales son los siguientes:

---

<sup>1</sup> Agustín Mateos Muñoz, *Etimologías Grecolatinas del Español*, Ed. Esfinge, México, 1990, pp. 298, 192.

1. "Toda alteración del estado del paciente producida por el médico"<sup>2</sup>
2. El Dr. Ruy Pérez Tamayo dice que "la iatrogenia es la alteración en la salud del paciente generada por el médico consciente o inconscientemente."
3. "Es una lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto y sin culpa, produce el médico."<sup>3</sup>
4. "La iatrogenia es el 'caso fortuito' de la medicina, es el verdadero accidente, es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse."(art. 14 Código Civil Argentino)<sup>4</sup>

Se observan posiciones totalmente opuestas en los conceptos mencionados, unos afirmando que la iatrogenia es un daño o lesión causada por error médico, en donde hay culpa y por ende responsabilidad profesional del médico; los otros, indicando que la iatrogenia es el resultado del actuar correcto y donde no hay culpa.

Las dos corrientes expresan los fundamentos de sus afirmaciones y ambas están en lo correcto; lo que nos enseña que deberíamos mencionar la dualidad del concepto iatrogenia o separar oficialmente por completo las dos acepciones: iatrogenia y culpa; como lo veremos en el inciso 1.2 del presente capítulo. Continuando con el presente trabajo se encuentra que existen algunos conceptos más no mencionados en los libros o tratados, pero que son del uso común de los médicos y que al preguntarles, contestaron:

1. "El daño o enfermedad causada por el médico."
2. "La enfermedad del paciente agravada por el tratamiento médico."

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª. de., Dc. Calpe, Madrid, 1992, p. 842.

<sup>3</sup> Alfredo Achaval, Responsabilidad Civil del Médico, Segunda Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, p. 107.

<sup>4</sup> Alfredo Achaval, Ob. Cit., p. 112.

3. "Consecuencias malignas, originadas de acciones médicas que tratan de mejorar o beneficiar al paciente."
4. "El efecto indeseable que puede evitarse si el médico es más cuidadoso y prudente."

Con esto entendemos que en nuestro país, debido a lo nuevo del tema, su poco conocimiento y estudio, se considera a la iatrogenia lato sensu como toda alteración en la salud causada por el médico, esto es, en cualquier daño hay culpa del médico, sin recordar los riesgos que trae aparejados cualquier tratamiento médico por mínimo que sea.

Al analizar el concepto que de la iatrogenia tienen los profesionales de la salud se observa que, el actuar médico tiende en la gran mayoría de los casos, al mejoramiento o alivio de la enfermedad del individuo, por lo que se tiene en claro que no es un daño deliberado.

Existen variados ejemplos que indican la certeza de lo anterior:

1. Medicamentos que al ser aplicados causan reacciones inesperadas como: estado de shock, baja o alza en la presión, etc.
2. En los estudios de laboratorio el cuerpo del paciente puede manifestar alergia a los medios de contraste, al tomar las muestras de sangre puede ser lastimada la vena, y en algún caso extremo, puede la jeringa o la aguja estar contaminada y el paciente es contagiado.
3. En las cirugías se pueden presentar muchas situaciones como: que se equivoquen de paciente para cierta intervención; que realicen otro tipo de cirugía que aquella que se tenía programada y amputen, mutilen o extirpen un miembro u órgano equivocado; que al aplicársele la anestesia haya punción de dura madre o que al presentar reacción el paciente caiga en paro; puede ocurrir también que terminada la cirugía se le deje un instrumento o material en el área del cuerpo intervenida.

4. Falta de instrumental o material para realizar intervenciones quirúrgicas, en cuyo caso el personal utiliza el material en muchas ocasiones contraviniendo las especificaciones técnicas del fabricante y poniendo en riesgo la salud del paciente o causando daño. En este punto cabe mencionar que puede llegar a utilizarse, por error o necesidad, material sin esterilizar.
5. La ausencia o carencia de personal en los diferentes servicios médicos de un hospital; ocurriendo más abundantemente en los quirófanos o en los servicios de urgencias, principalmente en los turnos vespertino y nocturno; como puede ser la falta de cirujanos o anestesiólogos suficientes ocasionando con ello lesiones más graves e incluso la muerte del solicitante simplemente por no habersele atendido o por no hacerlo a tiempo. Otro aspecto de la carencia de personal se encuentra en el área de cuneros, en donde se presenta la situación de que sólo hay una o dos enfermeras para veinte, treinta o cuarenta cunas.
6. En no pocos casos, quedan al frente de los diferentes servicios los médicos internos de pregrado o los residentes y que por falta de experiencia cometen algún error que causa el daño.
7. La falta de comunicación entre el personal médico y el de enfermería también origina percances a la salud de los pacientes , ya que en muchos casos es común que el médico no deje las indicaciones del tratamiento por escrito, causando ignorancia o confusión sobre el medicamento a suministrar, resultando el daño.

El concepto jurídico no se tiene definido como tal; de ahí la necesidad que existe, como en otros trabajos se ha planteado, de crear una legislación al respecto, para que el actuar médico se desenvuelva dentro de un marco jurídico cierto y claro. Ejemplo de esto tenemos el Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina, aprobado por la Confederación Médica de la República Argentina el 17 de abril de 1955 ;y el Código Internacional de Ética Médica adoptado por la III Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, en Londres, en Octubre de 1949.

Al escudriñar nuestros ordenamientos jurídicos, encontramos que la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, conocido como la Ley de Profesiones, que en su artículo 61 nos dice: “Los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal.”; y entendiendo, como anteriormente mencionamos, que la alteración a la salud o iatrogenia no se realiza intencionalmente, encontramos su concepto en el segundo párrafo del Artículo 9º del Código Penal (C.P.) para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Esto nos lleva a considerar a la iatrogenia dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal, esto es, el de lesiones, homicidio y abandono de personas:

**Art. 288 C.P.** “Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.”

Un ejemplo de esto se da cuando en una cirugía se le extirpa un órgano diferente al que se le debía operar; también, cuando al aplicar una anestesia por bloqueo se le provoque al paciente una paraplejia; otro de ellos se presenta, cuando un cirujano plástico deje alguna cicatriz al operar el rostro o la nariz.

**Art. 302 C.P.** “Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”

Cuando un paciente fallece por un mal procedimiento quirúrgico o anestésico; cuando entra en estado de shock por reacción al medicamento o tipo de sangre que se le transfunde y muere

Art. 335 C.P. "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse por sí mismo o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido"

Esto se presenta, cuando se abandona la sala de recuperación postoperatoria con pacientes que se encuentran aún bajo los efectos de la anestesia o cuando se abandona la sala de terapia intensiva con pacientes en estado crítico.

Como resultado de la aplicación práctica de estos artículos y para comprender más su análisis es necesario estudiar a la culpa.

Un valioso número de maestros han estudiado el origen, el desarrollo y formas de la culpa; concibiendo cada uno de ellos una teoría u opinión acerca de la misma, tomando como base las teorías existentes, pero finalmente tratan de aclarar el fondo de la culpa.

Diversos autores han definido a la culpa, tomando en cuenta distintos elementos y coincidiendo casi todos en que el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia, para evitar daños a terceros, ya sea en las personas o en sus bienes.

El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene este de conducirse con prudencia y precisión, a fin de no afectar a sus semejantes; sin embargo, el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de diversas maneras: "Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo; Nicolini, en la transgresión del deber de prever y calcular; Mori, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aun por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera

podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social.”<sup>5</sup>

En términos generales puede decirse como lo señala el profesor alemán Maurach: “que la noción de la culpa supone el respeto a dos mandatos claros del Derecho Penal; una, la prohibición de causar daño; y el otro, la prohibición de ponernos en situación de causarlo, que es tanto como un auténtico deber de evitación.”<sup>6</sup>

Más claramente: se nos prohíbe causar un daño y se nos ordena evitar incidir en ocasiones de propiciar la causación del mismo.

Olga Islas señala que: “ existe culpa cuando no se prové el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto.”<sup>7</sup>

Al observar la diversidad de opiniones acerca de la naturaleza de la culpa, haremos mención de las teorías más relevantes en el Derecho Penal.

## 1.- De la Previsibilidad.

Los juristas del siglo XIX destacaron la Previsibilidad como nota fundamental de la culpa diciendo que: “La esencia de la culpa está en el no prever aquello que por sí mismo es previsible

<sup>5</sup> Citados por Orellana Wiarco OctavioAlberto, Teoría del Delito, Primera Edición, Ed. Porrúa, México, 1994, p.55.

<sup>6</sup> Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Córdoba Reda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, Tomo II, pp. 284 y ss.

<sup>7</sup> Olga Islas de González Mariscal, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, Ed. Trillas, México, 1991, p. 45 y 46.

para la generalidad, añadiendo que la Culpa Penal es imputable por la violación de la obligación que el ciudadano contrae de ser diligente en sociedad.”<sup>8</sup>

Quien mejor expone dicha teoría, es el maestro Carrara, ya que para él la culpa se conforma: “Cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida, era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible para el agente se tiene el caso fortuito.”<sup>9</sup> Es decir, la noción de la culpa para el maestro, se da en la voluntariedad y previsibilidad del actuar criminoso del agente, quien debía conducirse con diligencia, pero al omitir ésta da lugar a la consecuencia culpable de su proceder. Esta omisión voluntaria para Carrara, constituye un vicio del intelecto, por no prever el agente los alcances de su hecho, vicio que debemos buscar en la voluntad, pues el sujeto está obligado a emplear la reflexión y evitar las consecuencias dañosas de su proceder. Este vicio, lo es en razón de su negligencia en la expresión de la voluntad.

Como se observa, la esencia de la culpa radica para la teoría de la previsibilidad en:

- a) La voluntad del acto inicial.
- b) La frustrada previsión del efecto nocivo; y
- c) La previsibilidad del resultado.

Concluyendo que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad y de no darse ésta por el vicio de la voluntad, da lugar a la culpa.

## 2.- De la Previsibilidad y Evitabilidad.

<sup>8</sup> Jiménez de Asua Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Tercera Edición, Ed. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1976, pp. 753.

<sup>9</sup> Orellana Wiarco, ob. cit. p.56.

Esta teoría, tiene como base a la doctrina expuesta ya por Carrara, y que previamente analizamos; siendo complementada por Carlos Binding, al exponer que: "todo delito es obra de la voluntad y considera que en muchos casos de delitos por negligencia, la voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, con tanta exactitud como en el delito doloso, pero con la diferencia de que en el delito culposo la voluntad va dirigida a una acción antijurídica, aunque el agente no es conocedor de la antijuridicidad de su acto; desconoce además su antijuridicidad, no siendo consciente de la misma.

El evento entonces ha de ser previsible, pero también evitable para integrar la culpa, pues el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, no puede darse cuando el resultado siendo previsible, es evitable,<sup>10</sup> es decir; la culpa se da por existir una conducta antijurídica, que pudo ser prevista y evitable, siendo las notas esenciales de esta teoría las siguientes:

- a) La previsibilidad del resultado.
- b) La previsibilidad o evitabilidad del evento.

Como podemos observar, dicha teoría habla nuevamente de los conceptos de previsibilidad y prevenibilidad, por lo que se hace necesario definir a los mismos, para dar una explicación completa de la misma.

La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en lugar dado y determinado momento histórico tiene que prever el resultado, como consecuencia de su propia conducta; es decir, es un fenómeno intelectualivo y no volitivo.

La prevenibilidad, consiste en la posibilidad de evitar el evento; en tratar de prevenir el resultado previsto, siendo por lo tanto un fenómeno de voluntad.

---

<sup>10</sup> Citado por Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Ed. Trillas, México, 1990, pp. 286-287.

Se puede concluir , “diciendo que la culpa se configurará cuando el sujeto no previó lo que pudo y debió prever, o cuando habiéndolo previsto, no realizó lo necesario para evitar el evento dañoso mediante la observancia de una conducta diversa a la causante de ese resultado.”<sup>11</sup>

### 3.- De la Ilícitud de la Conducta.

Dicha teoría fue desarrollada en un principio por el maestro Angliolini, el cual la llamó Teoría Físico-psico-sociológica, mejor conocida como Teoría del Defecto de Atención. Para el autor italiano, “el estudio de la red nerviosa central y de las neuronas cerebrales, sirven de base para encontrar la esencia de la culpa; ya que en la culpa, la violación de la ley por el agente, dimana de la vulneración de un deber de atención impuesto por la misma ley.”<sup>12</sup>

Por otra parte, Antolisei, continúa con esta teoría, diciendo que “una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas obras establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad o la costumbre; y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrollará reprochando al autor del acto, el no haber acatado las disposiciones establecidas.”<sup>13</sup>

Después de estudiar las tres teorías que se usan con mayor frecuencia, y para el efecto de explicar la naturaleza de la culpa, no podemos dejar de mencionar lo expuesto por Mezger y Franz Von Liszt, ya que éstos construyeron teorías eclécticas debido a que cada uno tomó elementos de diversas teorías, dando vida a la Teoría de la Referencia Anímica y la Teoría Integral respectivamente.

---

<sup>11</sup> Orellana Wiarco, ob. cit., p. 59

<sup>12</sup> Citado por Márquez Piñero Rafael, Ob. cit. pp.286,287.

<sup>13</sup> Citado por Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésimoséptima Edición, Ed. Porrúa, México, 1989, p. 246.

Mezger, manifiesta que actúa culposamente, "quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever"<sup>14</sup> ya que dicho autor manifiesta que, en los delitos culposos la acción se ha querido (acción antijurídica), al igual que en los delitos dolosos.

Por su parte, Von Liszt, trata de armonizar los conceptos de la previsibilidad y del vicio de la voluntad con la falta de atención, así como con la falta de sentido social, es decir; la culpa exige según este autor tres condiciones, a saber:

- 1.- Falta de precaución, que consiste en el desprecio a las normas de cuidado que exige el Estado, la sociedad o las circunstancias. Las normas de cuidado se determinan según la naturaleza objetiva de las acciones emprendidas por el agente, no según el carácter particular del agente. La falta de voluntad se refleja en el incumplimiento de la acción necesaria para impedir el resultado lesivo.
- 2.- La falta de previsión, que debe agregarse a la falta de precaución, es decir; el agente debe haber podido prever el resultado, para lo cual hay que tomar en cuenta las facultades mentales del sujeto en el momento de la realización del acto, así la falta de previsión se presenta como una falta de inteligencia. En la apreciación de este problema, deben tomarse como base las facultades mentales del agente, en general y en el momento del acto (agitación o embriaguez por ejemplo) y su mayor o menor perspicacia. La medida es aquí subjetiva, especial; lo que aquí está en cuestión es la capacidad mental del agente individual."<sup>15</sup>
- 3.- "La falta de sentido, es decir; no haber reconocido siendo posible hacerlo, la significación antisocial del acto, a causa de la indiferencia del agente frente a las exigencias de la vida social."<sup>16</sup>

Es decir, con fundamento en la primera condición, Liszt maneja una base objetiva, la falta de precaución; en la segunda condición señala un fundamento subjetivo, la falta de inteligencia; y como

<sup>14</sup> Citado por Márquez Piñero, Ob. cit., p. 283

<sup>15</sup> Citado por Márquez Piñero, Ob. cit., p. 86.

tercera condición, el proceder del agente tiene una significación antisocial, por la indiferencia a las exigencias de la vida comunitaria, al agente le falta el sentido social que debe regir sus actos.

Con las mencionadas doctrinas, se abarcan los antecedentes más inmediatos en lo que a la naturaleza de la culpa se refiere, ya que se aprecia la manera en que diversos autores ven su origen y desarrollo. Así también, se ha podido comprender más a la iatrogenia dentro de un concepto jurídico al conocer las conductas que en ella convergen; luego entonces, situamos a la iatrogenia dentro de los delitos culposos, situación que se analizará en el capítulo segundo del presente trabajo de investigación.

Después de haber investigado sobre los conceptos de la iatrogenia ya mencionados no se puede dejar de analizar uno no menos importante; que es, el concepto que de ella tienen el paciente o sus familiares.

Al indagarse en los diversos sectores de la sociedad se advierte que como tal el concepto se desconoce o es poco conocido, pero como acto es claramente comprendido y se le conoce como "negligencia médica".

Existen y se divulgan en la sociedad comentarios tales como:

- a) Se murió por negligencia de los doctores.
- b) Por un error del médico se quedó así.
- c) No la atendieron a tiempo y perdió al bebé.
- d) No lo operaron bien y ahora está peor.
- e) Le atendió un doctor que no sabía y eso le perjudicó.

---

<sup>16</sup> Citado por Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décimocuarta Edición, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 442.

Por último, ya sea un concepto doctrinal, del profesional médico, jurídico o del paciente; todos ellos nos insisten en que la alteración a la salud, viene por el tratamiento médico y que debe ser sancionada. Para esto, se considera necesario establecer un marco jurídico específico dentro de nuestras leyes, en donde existan conceptos y definiciones de carácter médico- científico con las que se pueda obtener una visión clara del actuar médico, y a través de las cuales saber si es o no un error médico o iatrogenia; entonces se responderá al reclamo social del paciente de tener una atención médica de calidad y confiable; y al del profesional de la salud por desarrollarse en un marco jurídico específico y claro; impartiendo así aun por utópico que parezca, la verdadera justicia.

## 1.2 Tipos de Iatrogenia.

Hace tres décadas el prominente maestro Ignacio Chávez dió a conocer cifras alarmantes sobre pacientes hospitalizados por iatrogenias. Pero el presente ha rebasado aquel momento; ya que nunca antes como hoy se habían dado a conocer en nuestro país tantos errores médicos. Por esta razón el examen mas simple de la iatrogenia nos convence de que se trata de un asunto bastante complejo.

Como ya se ha dicho, la iatrogenia se comprende como la alteración del estado del paciente producida por el médico y puede ser de dos tipos: necesaria e innecesaria, o bien, consciente e inconsciente; aunque existen también otros términos para designar esta polaridad como riesgo calculado y estupidez.

### 1.2.1 Necesaria.

Para intentar definir cada uno de los dos polos iatrogénicos, diremos que, caracterizado como necesario consciente, riesgo calculado o efecto secundario, se refiere al daño que las acciones

médicas le causan al paciente, porque se llevan a cabo con el pleno conocimiento de sus riesgos y posibles efectos, por la sencilla razón de que así es la medicina y no hay algo mejor que ofrecer, por ejemplo:

a) En un caso de urgencia, cuando llega un individuo con un brazo completamente dañado por un accidente, los cirujanos optan por amputarlo, sin consultar con él o sus familiares debido a la urgencia; esto, traerá un daño psicológico y físico para el paciente al despertar de la anestesia y observar su actual situación de incapacidad.

b) "El cirujano que decida amputar la pierna de una joven de 17 años que tiene un farcoma oncogénico, sabe muy bien que si su paciente se cura, el resto de su vida le será emocionalmente difícil porque la condenó a ser coja."<sup>17</sup>

c) El cirujano que en el transcurso de la intervención decide extirpar la matriz de la paciente por poner ésta en peligro la salud de la mujer, pero sin tener de ella el consentimiento por la urgencia en la que se encuentra y por estar inconciente. El médico entiende perfectamente la afectación que sufrirá dicha paciente al no poder tener hijos, si es que ella no tenía su paridad satisfecha.

d) El reumatólogo que receta altas dosis de preclinsona está consciente de que expone al enfermo a un alto riesgo de infecciones mortales.

e) También, el psiquiatra que receta psicoestimulantes a un paciente deprimido, lo hace con pleno conocimiento del riesgo inicial de suicidio por agravamiento de la depresión.

En todos estos casos, la iatrogenia es real. Los pacientes que la sobrevivan no piensan que su tratamiento médico ha sido positivo, y aunque los que no la sobrevivan no pueden opinar, están sus familiares para documentar la existencia y la malignidad de la iatrogenia.

Si hay algo que los médicos puedan hacer al respecto es explicar con delicadeza y claridad, al enfermo y a sus familiares, los riesgos del tratamiento que su padecimiento impone, y las medidas que se tomarán en caso de que la iatrogenia ocurra.

Necesaria o consciente, la iatrogenia es real y es un hecho. Desde luego no es ni nueva en la historia ni exclusiva de los países subdesarrollados; ya que algunas de las estadísticas más aterradoras y de los efectos más dramáticos de iatrogenia, se han generado en los países de primer mundo.

### 1.2.2 Innecesaria.

Este tipo de iatrogenia es clasificada como: inconsciente, estúpida o criminal. Esto se debe a que las alteraciones o daños causados a los pacientes por esta, son errores graves que por negligencia, impericia, imprudencia o exceso de confianza, se cometen.

Como ejemplos, tenemos:

a) El cirujano que disponiendo de tiempo para ello , somete al paciente a una intervención quirúrgica sin valoración o estudios preoperatorios, y el paciente presenta reacción a la anestesia.

b) El anestesiólogo que abandona la sala de operaciones durante la cirugía, y el paciente cae en paro falleciendo por falta de la atención adecuada y oportuna.

c) El médico cirujano general que atiende a pacientes de gineco- obstetricia, y que por falta de conocimientos no proporciona los cuidados propios del embarazo, provoca la pérdida del producto, poniendo en peligro la vida de la madre también.

d) El médico que en el parto recibe al bebé, y éste se le cae.

---

<sup>17</sup> Dr. Pérez Tamayo Ruy. ?

- e) El anestesiólogo que al realizar un bloqueo provoca paraplejia al paciente, o el que realiza punsión de dura madre.
- f) El cirujano que amputa la pierna equivocada.
- g) El cirujano que realiza una intervención quirúrgica a un paciente distinto al que debía de efectuársela.
- h) Las enfermeras y médicos que abandonan la sala de recuperación postoperatoria, y por este descuido no se percatan de que el paciente cae en paro y fallece.
- i) Al anestesiar a una persona de edad avanzada con anestesia general y no local como es lo indicado, por las complicaciones que padece, y muere.

Una explicación que también se da, de los autores de estas conductas, desconocen a la medicina moderna y su código ético, o sea que caen en la ignorancia.

### 1.3 Antecedentes.

Como antecedentes de la iatrogenia se tomarán la formación educativa, ética y social que durante su carrera y práctica llevan los profesionales de la salud; así como, el modelo económico que ha seguido el sector salud en nuestro país; por ser ambos aspectos, considerados como factores importantes en la generación de iatrogenias que desembocan en problemas médico-legales.

#### 1.3.1 Formación Profesional.

“El valor del profesional médico en acción consiste en una preparación adecuada. La preparación supone varios años de estudio y de práctica. Lo que con

frecuencia no se tiene presente es el hecho de que la Ética Médica es una fuerza humana que debe impregnar y orientar todas las asignaturas que se estudian en la Medicina y acompañar al médico en cada paso de su actividad científica.”<sup>18</sup>

Debido a la relevante importancia para la Medicina respecto de su misión con el ser humano, indiscutiblemente, el aspecto fundamental para el que pretende llevarla a cabo es la preparación científica. Todo aspirante al Título en Medicina, al iniciar su carrera cuenta con un noble objetivo dentro de todos sus ideales; el servicio a sus semejantes, a sus paisanos, a la humanidad. Junto a esto se encuentra el objetivo del progreso personal, de la obtención de un lugar prominente en la sociedad y por supuesto, de una estabilidad económica. Todo esto le acompañará durante su formación profesional, cosa en la que deberá encontrar un equilibrio para no desviarse del objetivo fundamental de ser un apoyo a la sociedad.

El trabajo en equipo es una de las primeras cosas que el joven estudiante ha de aprender; el convivir con sus compañeros en trabajos de investigación, le ayudará a comprender y aceptar las opiniones de otros profesionales; deberá ir aceptando que otros le digan sus errores científicos o de conducta, con lo cual empezará a moldear su carácter. Este cúmulo de experiencias los obtendrá con el correr de los días en las aulas y en los diferentes servicios de los hospitales.

Al igual que en todas las profesiones, la relación de amistad durante la formación profesional, que puedan llevar estos jóvenes, servirá para que en lo futuro formen parte de un equipo cuyos integrantes tengan las mismas aspiraciones y metas, logrando así una mejor calidad en la atención a los enfermos que han puesto en esas manos su salud, incluso hasta su propia vida.

Para un correcto ejercicio de la Medicina, se necesita haber tenido una formación médica sólida y completa, que va desde la obtención de los conocimientos básicos en las primeras

---

<sup>18</sup> Ruíz Amezcua L. Enrique, Ética Médica con Orientación Personalista, Ed. Eca, México 1976, pp. 119.

asignaturas hasta la aplicación práctica de técnicas de diagnóstico, quirúrgicas, etc., con pacientes en las clínicas u hospitales escuela. Esta es la primera de las etapas que tiene que cursar el joven estudiante de medicina en su formación médica, y tiene una duración de entre 5 y 6 años.

El trabajo hospitalario como médico interno de pregrado que consta del periodo de 1 año, constituye la segunda etapa, la que podemos ubicar en dos partes. En la primera de ellas, se encuentra en contacto directo con los pacientes; el aprendizaje se realiza en los diferentes servicios médicos de los hospitales, en donde rotatoriamente pasará por todos ellos. Durante esta importante etapa de su formación, además de los conocimientos científicos, irá aprendiendo los aspectos ético, social, humano e incluso el administrativo.

Seguido de este aprendizaje, comienza uno más intenso y con mayor repercusión en la formación del joven médico: la residencia hospitalaria, que en promedio abarca de 2 a 4 años. Aquí se dedicará al logro de una especialidad, al ir encontrando experiencia y habilidad en el conocimiento y en los procedimientos de dicha materia.

La constante que encontrará el joven médico en estas dos etapas, será la gran cantidad de exámenes a los que periódicamente será sometido, y que le exigirán toda su atención y energía, debido a las tantas horas de estudio que requerirá aunado con los pesados horarios de trabajo. Todo esto será hasta terminada la residencia.

“La formación del médico no termina aquí sino que es un proceso continuo durante toda su vida. La magnitud del desarrollo de las ciencias médicas en la actualidad exige que todo médico consciente a su responsabilidad, esté continuamente al tanto de los nuevos avances de la medicina y

para ello es necesario el trabajo en un hospital y la lectura de revistas y libros referentes a su propio interés y campo de acción. Esta actividad debe ser diaria, metódica y continuada.”<sup>19</sup>

La Ética Médica, como anteriormente mencionamos, constituye un elemento importante en la formación profesional del médico, y esta implica el desprendimiento de sentimientos egoístas, de perfección y superioridad sobre sus colegas, lo que podría de seguro acarrear problemas en la atención a los enfermos, quienes son los que menos culpa tienen de tal proceder. Por el contrario, la ética inyecta buena colaboración, entendimiento, disposición a actuar no importando la situación o problema que se presente, es decir, el bien actuar, el hacer lo correcto; como dijera Eric Fromm en Ética y Psicoanálisis: “La ética humanística se basa, formalmente, en el principio de que sólo el hombre por sí mismo puede determinar el criterio sobre verdad y pecado, y no una autoridad que lo trascienda. Materialmente se basa en el principio de que lo bueno es aquello que es bueno para el hombre y lo malo lo que le es nocivo, siendo el único criterio de valor ético el bienestar del hombre.”<sup>20</sup> Como dijo el Maestro Jesús: “Así que, todas las cosas que queráis que los hombres hagan con vosotros, así también haced vosotros con ellos”.

En otras palabras, la ética médica pide al médico, que durante toda su vida profesional actúe de tal manera que logre una conciencia moral tranquila y limpia.

A todo esto, hay un pronunciamiento que parece encerrar cada aspecto en la vida de este, a veces tan incomprendido profesionista, pero que también manifiesta su deontología:

“ ¿Quieres ser médico, hijo mio? Aspiración es esta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. ¿Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyenta de ellos el espanto? ¿Has pensado bien en lo que ha de ser tu vida? Tendrás que renunciar a la vida

---

<sup>19</sup> Ruíz Amezcua L. Enrique, Ob. cit. pp. 121.

<sup>20</sup> Citado por Achaval Alfredo, Ob. cit. pp. 130.

privada; mientras que la mayoría de los ciudadanos pueden, terminada la tarea, aislarse lejos de los infortunios, tu puerta quedará siempre abierta a todos; a toda hora del día o de la noche vendrán a turbar tu descanso, tus placeres, tu meditación; ya no tendrás horas que dedicar a tu familia, a la amistad o al estudio; ya no te pertenecerás.

Los pobres, acostumbrados a padecer, no te llamarán sino en caso de urgencia; pero los ricos, te tendrán como a un esclavo encargado de remediar sus excesos; sea porque tengan una indigestión, sea porque están acatarrados; harán que te despierten a toda prisa tan pronto como sientan la menor inquietud pues estiman en muchísimo su persona. No podrás ir al teatro, ni estar enfermo; tendrás que estar siempre listo para acudir tan pronto como te llame tu amo.

Eras severo en la elección de tus amigos; buscabas la sociedad de los hombres de talento, de artistas de almas delicadas; en adelante, no podrás desechar a los fastidiosos, a los escasos de inteligencia, a los despreciables. El malechor tendrá tanto derecho a tu asistencia como el hombre honrado; prolongarás vidas nefastas, y el secreto de tu profesión te prohibirá impedir crímenes de los que serás testigo.

Tienes fe en tu trabajo para conquistarte una reputación; eres activo, sabes lo que vale el tiempo; no habrás de manifestar fastidio ni impaciencia; tendrás que soportar relatos que arranquen del principio de los tiempos para explicarte un cólico; ociosos te consultarán por el solo placer de charlar. Serás el vertedero de sus nimias vanidades.

Aunque la medicina es una ciencia oscura, a la cual los esfuerzos de sus fieles va iluminando de siglo en siglo, no te será permitido dudar nunca, so pena de perder todo crédito. Si no afirmas que conoces la naturaleza de la enfermedad, que posees un remedio infalible para curarla, el vulgo irá a charlatanes que venden la mentira que necesita.

No cuentes con el agradecimiento; cuando un enfermo sana, la curación es debida a su robustez; si muere, tú eres el que lo ha matado. Mientras está en peligro, te trata como a un Dios, te suplica, te promete, te colma de halagos; no bien está en convalecencia, ya le estorbas; cuando se trata de pagar los cuidados que le has prodigado se enfada y te denigra. Cuando más egoístas son los hombres, más solicitud exigen.

No cuentes con que ese oficio tan penoso te haga rico. Te lo he dicho: es un sacerdocio, y no será decente que produjera ganancias como las que saca un aceitero o el que vende lana. Te compadezco si sientes afán por la belleza: verás lo más feo y repugnante que hay en la especie humana; todos tus sentidos serán maltratados. Habrás de pegar tu oído contra el sudor de pechos sucios, respirar el olor de miserables viviendas, los perfumes hartos subidos de cortesanas, palpar tumores, curar llagas verdes de pus, contemplar los orines, escudriñar los esputos, fijar tu mirada y tu olfato en inmundicias, meter el dedo en muchos sitios.

Hasta la belleza misma de las mujeres, consuelo del hombre se desvanecerá para ti. Las verás por la mañana desgñadas, desencajadas, desprovistas de sus bellos colores, y olvidando sobre los muebles parte de sus atractivos. Cesarán de ser diosas para convertirse en pobres seres afligidos de miserias sin gracia. Sentirán por ellas menos deseos que compasión.

Tu oficio será para ti una túnica de Neso. En la calle, en los banquetes, en el teatro, en tu cama misma, los desconocidos, tus amigos, tus allegados, te hablarán de sus males para pedirte un remedio. El mundo te parecerá un vasto hospital, una asamblea de individuos que se quejan. Tu vida transcurrirá en la sombra de la muerte, entre el dolor de los cuerpos y de las almas, de los duelos y de la hipocresía, que calcula a la cabecera de los agonizantes.

Te verás solo en tus tristezas, solo en tus estudios, solo en medio del egoísmo humano. Ni siquiera encontrarás apoyo entre los médicos que se hacen sorda guerra por interés o por orgullo.

La conciencia de aliviar males te sostendrá en tus fatigas; pero dudarás si es acertado hacer que sigan viviendo hombres atacados de un mal incurable, niños enfermizos que ninguna probabilidad tienen de ser felices y que transmitirán su triste vida a seres que serán más miserables aún. Cuando a costa de muchos esfuerzos hayas prolongado la existencia de algunos ancianos o de niños deformes, vendrá una guerra que destruirá lo más sano y robusto que hay en la ciudad. Entonces te encargarán que separes los débiles de los fuertes, para salvar a débiles y enviar a los fuertes a la muerte.

Piénsalo bien mientras estás a tiempo. Pero si, indiferente a la fortuna, a los placeres, a la ingratitud, si sabiendo que te verás solo entre las fieras humanas, tienes un alma lo bastante estoica para satisfacerse con el deber cumplido sin ilusiones; si juzgas pagado lo bastante con la dicha de una madre con una cara que sonríe porque ya no padece, con la paz de un moribundo a quien ocultas la llegada de la muerte; si ansías comprender al hombre, penetrar todo lo trágico de su destino, hazte médico, hijo mío.” Los Consejos de Esculapio.<sup>21</sup>

Hasta ahora se ha mencionado el deber ser del joven médico en su formación profesional; sin embargo, existen aspectos en la vida práctica que conforman una mala formación o parte de ella y que en el ejercicio profesional resultan en la tan mencionada iatrogenia:

1.- Al comenzar a conocer la parte teórica en sus aspectos básicos, se le deja al estudiante tanta carga de trabajo en lectura e investigaciones en cada una de las materias como si fueran la única a la que deberían atender, obteniendo como resultado que en muchos casos esos conocimientos no queden tan firmes.

2.- Cuando, llegado el momento de entrar en contacto con los enfermos, se le deja solo con ellos en muchos casos, y este presenta una atención deficiente debido a la falta de experiencia y

---

<sup>21</sup> Riu Jorge Alberto, Responsabilidad Profesional de los Médicos, Argentina, Ed. Lerner, 1981, p

conocimientos; cierto es que en esos momentos adquirirá experiencia, pero se considera que el médico adscripto debería estar con él dirigiendo sus primeros pasos, y así evitar faltas en la atención al paciente.

3.- Debido a la falta de personal en los hospitales públicos, muchas veces o de forma rutinaria se le deja a cargo de un servicio, ya sea este de consulta externa, de urgencias, etc.; y la situación se complica sobre manera cuando esto sucede en el turno nocturno, y en muchos casos no se atiende al enfermo que llega porque no se sabe qué hacer, y se le dice que busque otro hospital para que se le atienda.

4.- Respecto del párrafo anterior, en ocasiones también sucede que el médico adscripto no deja las indicaciones médicas para el paciente, por lo que tendrá que esperarse hasta el siguiente día a que llegue el médico encargado y se le proporcione el tratamiento necesario; pudiendo agravarse la salud del paciente en este periodo de tiempo.

5.- En el caso de las especialidades, se da el caso de que el que realiza la consulta es el médico especialista y el que ejecuta la operación es el médico residente, nuevamente se observa que el médico en especialización en la mayoría de los casos se encuentra solo al llevar a cabo las intervenciones quirúrgicas, y que al presentársele una complicación tardará en llegar la asistencia del especialista, ocasionando posiblemente un daño al paciente; dándose en los casos de aplicación de anestésicos, hemorragias abundantes, extirpación de órganos, pérdida de signos vitales, etc.

6.- Debido a la carga de trabajo se olvida de hacer una buena historia clínica.

7.- Tanto el médico becario como el adscripto atienden un número indiscriminado de pacientes, lo que le impide ir aprendiendo correctamente la aplicación de la teoría aprendida.

Todo este tipo de situaciones van generando parte del carácter del médico, que se verá reflejado en su práctica profesional, seguramente con muchas de esas conductas perjudiciales para el paciente.

Por otro lado, hay una conducta que se va presentando en el médico interno y el residente conforme va adquiriendo conocimiento y experiencia, que en el momento menos indicado le puede ocasionar problemas; y esa conducta es: la arrogancia, la altivez, la falta de humildad. Se muestran al paciente como si lo supieran todo, como si ya no hubiera algo que aprender; de ahí la necesidad de enseñar muy claramente a estos profesionistas, la Ética.

“Contraria a la esperada función apostólica del médico aparece la función mesiánica por medio de la cual éste se viste erróneamente de actitudes prepotentes o redentoras, se sublima y se sitúa como el todopoderoso, elevado ante la insignificancia de su paciente se enaltece en un pedestal, digno de admiración, de reverencias, poseedor de lo que necesita el ser que sufre. De esta manera resulta que se de la alianza entre ambos por un fin común, la estrecha unión y confianza se esfuman ante la actitud mecánica y despersonalizada del médico.”<sup>22</sup>

De lo anteriormente mencionado, se entiende que en la formación profesional del médico; éste debe aprender el valor de la vida humana, porque al estar trabajando con el cuerpo humano todo el tiempo puede llegar a perder la sensibilidad; debe enseñársele que no debe experimentar con el paciente sin razón de ser, el enfermo no es un simple caso clínico o estadística; debe tomar consciencia sobre lo importante que es la relación médico-paciente, y así tener la confianza para

---

<sup>22</sup> Choy García Sonia A. Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina, Ed. O.G.S., México 1997, Pp. 14

advertirle sobre los riesgos de agravamiento o muerte que trae consigo el tratamiento o la intervención quirúrgica; debe aprender a no “explotar” económicamente al paciente.

### 1.3.2 Modelo Económico del Sector Salud.

A este, nuestro hermoso y querido país, por varias décadas lo ha caracterizado la pobreza; y esto se debe, sin querer entrar en discusión política, a las crisis y los desastrosos que en materia económica han tenido nuestros gobernantes, aunado a los gastos innecesarios en materia de campañas políticas, en publicidad de programas de gobierno que al final no sirven para otra cosa que “hacer ruido” en favor de las autoridades, y a la corrupción tan grave que hay en nuestro saturado aparato burocrático. Esto, como es lógico y natural, ha dado como resultado que los recursos no lleguen a áreas importantes para el bienestar y desarrollo de nuestra población; como son, al campo, a la educación, y al caso que nos ocupa, a la salud.

A continuación se verá parte del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 respecto de los servicios de salud, para entender cual es la situación que guarda esta área tan importante en nuestro país hoy día. Se toma del capítulo 4 llamado Desarrollo Social el inciso 4.5.1 Ampliar la cobertura y mejorar la calidad de los servicios básicos; en su apartado de Salud:

“El desarrollo pleno de las capacidades para el trabajo, la educación y la cultura sólo es posible cuando existen condiciones de salud adecuadas. La reforma al sistema nacional de salud adquiere entonces un doble compromiso: mejorar la calidad de los servicios mediante la reestructuración de las instituciones, y ampliar la cobertura de los servicios, fortaleciendo su coordinación e impulsando su federalización. Un aspecto central del nuevo sistema de salud radicará

en estimular la vocación de servicio de quienes tienen a su cuidado la salud de millones de mexicanos. Nuestro país ha recorrido en las últimas décadas un arduo camino para proteger y mejorar la salud de la población. El esfuerzo realizado ha dado resultados positivos en diversas áreas."

Se habla de mejorar la calidad de los servicios, objetivo por demás bueno; sin embargo, llevando todo esto a un plano práctico se observan centros hospitalarios inmensamente grandes ubicados en las principales ciudades o en las capitales de los diferentes Estados del país; ahí se observa una concurrencia excesiva de enfermos debido a que se congregan pacientes de todas las poblaciones del Estado correspondiente o de todas partes de la República en el caso del Distrito Federal, dando como resultado la saturación de los servicios médicos en dichos hospitales.

Entre los problemas que se presentan en estos lugares y que pueden dar origen a iatrogenias que desembocan en denuncias, demandas o quejas, estos son algunos:

1.- El paciente que al llegar a un hospital a solicitar atención médica de urgencia, ésta le es negada porque no hay camas en el servicio de urgencias.

2.- No se le atiende simplemente porque hay muchos pacientes antes que él.

En estos dos casos la problemática gira en torno, como ya se mencionó, de la sobrecapacidad de los centros hospitalarios; y esto se debe al aún existente modelo centralista, tanto de recursos como de personas.

3.- No se le puede prestar la atención debida porque no hay médico especialista para atenderle.

4.- En el caso de requerir cirugía, ésta no puede realizarse porque no hay anestesiólogo o sólo hay uno, y está ocupado en otra intervención.

Por lo general, lo anterior se presenta en los turnos vespertino y nocturno, principalmente en el segundo. Las autoridades de salud han establecido que el horario matutino es el de mayor demanda de consulta y atención médica; sin embargo, se observa que es el turno con mayor número de urgencias que no pueden ser atendidas debido a que el personal no es suficiente para atender a los que ya están internados y a los que llegan en el transcurso de la noche. No aplican los recursos debidos a la contratación de más personal. Se encuentra en la noche a residentes atendiendo todo tipo de urgencias siendo ayudados por internos de pregrado, auxiliares o estudiantes de enfermería realizando actividades de enfermera quirúrgica o de alguna otra especialidad. Si se da el caso de quererse negar se les amenaza con levantarles un acta, despedirlos o simplemente se les dice que ellos aceptaron las condiciones de trabajo y "se aguantan".

6.- En muchos casos no se puede operar a los pacientes porque no se tienen los materiales o medicamentos necesarios.

7.- Otra situación que se presenta es cuando no se tienen los materiales, aparatos o instrumentos necesarios para realizarle los estudios de laboratorio correspondientes a su padecimiento.

La situación en los hospitales es tal que, en muchos de ellos no se tienen ni los formatos para hacer sus notas o historias clínicas; mucho más preocupante es entonces, el que no haya los medicamentos y materiales anestésicos que en casos como las agujas se reesterilizan en varias ocasiones para ser utilizadas en cirugías contraviniendo las indicaciones del fabricante.

Es de llamar la atención que al paciente o a su familiar se le mande a comprar los medicamentos e inclusive material para ser atendido; también sucede que se sustituyen medicamentos para ser suministrados debido a la falta de los indicados, lo que ocasiona retraso en su recuperación o en el peor de los casos, perjuicio en la salud del paciente.

El derroche de recursos de manera incoherente también se observa; por ejemplo, en las farmacias del Instituto Mexicano del Seguro Social, cuando por un lado al dispensar algunos medicamentos se entregan de éstos, cantidades muy superiores a los requeridos como son antibióticos, analgésicos, suspensiones, etc.; y por el otro, reiteradamente se dice de medicamentos importantes que "están agotados".

Si se regresara en el tiempo, esto en el año 1995, estas fueron algunas de las causas más importantes por las que la Asociación Nacional de Médicos Residentes , declaró la suspensión de labores en tanto no se resolvieran estos problemas como parte de sus peticiones.

Se dice también, en el Plan Nacional de Desarrollo que, se harán mejoras a través de la reestructuración de las instituciones, lo cual es por demás necesario porque no pueden estar ocupando direcciones tan importantes gente que su profesión no está relacionada con el área médica, como se ha presentado en diversos casos en que políticos ocupan las direcciones generales de las instituciones de salud y terminan por desfaltarla o desviando recursos para fines totalmente diferentes; en otros casos, se presenta que gente no capacitada ocupa jefaturas de servicios sólo por ser amigo del Director sin tomar en cuenta el curriculum del demás personal.

Cuando se habla de ampliar la cobertura de los servicios de atención médica, se deberían tomar en cuenta los puntos ya mencionados, respecto de que se requiere construir centros hospitalarios no de tan grande magnitud, pero sí con todos los servicios y especialistas suficientes para atenderlos, al interior de todos los Estados de la República, y no solamente en sus ciudades capitales; claro que todo esto de acuerdo a las necesidades y número de habitantes en cada población, y así evitar las multitudes en los hospitales de las principales ciudades, dejando a éstos como el último recurso. Como punto complementario, se hace mención de que se ahorrarían

muchos recursos en los viáticos que deben cubrirse a los pacientes y sus familiares para asistir a atender sus padecimientos a las grandes ciudades.

Un aspecto importante a considerar para fortalecer la coordinación entre las instituciones de salud es el observar las disposiciones del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que en sus siguientes artículos dice:

**Art. 71.** “ Los establecimientos públicos, sociales, y privados que brinden servicios de atención médica para el internamiento de enfermos, están obligados a prestar atención inmediata a todo usuario, en caso de urgencia que ocurra en la cercanía de los mismos.”

**Art. 72.** “ Se entiende por urgencia, todo problema médico- quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata.”

**Art. 73.** “ El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.”

**Art. 74.** “ Cuando los recursos del establecimiento no permitan la resolución definitiva del problema se deberá transferir al usuario a otra institución del sector, que asegure su tratamiento y que estará obligada a recibirlo.”

**Art. 75.** “ El traslado se llevará a cabo con recursos propios de la unidad que hace el envío, bajo la responsabilidad de su encargado y conforme a las normas respectivas.

De no contarse con los medios de transporte adecuados, se utilizarán los de la institución receptora.”

Sucede que muchos individuos son rechazados de las instituciones por no ser Derechohabientes de las mismas, y entendiendo el concepto de urgencia, esto no debería suceder puesto que los artículos mencionados establecen la recepción de los enfermos, su atención, si es

posible su estabilización y entonces ser transferido a donde corresponda, pero muchas veces por no "gastar" recursos, por desconocimiento, por "órdenes superiores" o simple negligencia se pone en riesgo la salud o la vida del paciente esperando que éste o sus familiares encuentren por sí solos la solución, debiendo ellos hacerlo por humanismo o cumplimiento de la ley.

El impulso para la federalización del sistema nacional de salud será muy lento, debido a que, como es de todos conocido, los recursos que obtiene el Gobierno por motivo de la recaudación fiscal en toda la República, difícilmente regresan en una buena cantidad de presupuesto asignado, viéndose por esto los Ejecutivos estatales limitados a aplicarlo de manera contundente en el área de salud, construyendo hospitales o contratando mayor número de personal para eficientar los ya existentes.

"Si bien el Sistema Nacional de Salud ha alcanzado logros indiscutibles, es poco probable que, bajo su forma actual de operación y organización pueda superar los rezagos acumulados, hacer frente a los nuevos retos y atender al legítimo reclamo de los usuarios de que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia.

Las instituciones de nuestro sistema de salud están segmentadas, y operan sin líneas bien definidas para una coordinación eficaz entre ellas. Cada una realiza por separado acciones normativas, financieras y de provisión de servicios sin que exista un marco que garantice la congruencia de las acciones y evite la duplicidad. Esta operación segmentada y centralizada de los servicios públicos de salud reduce las posibilidades de dar respuesta ágil y efectiva a los problemas y necesidades locales, diluye la asignación y responsabilidades y resulta cada vez más costosa e inoperante.

La necesidad de renovación de nuestro sistema de salud no es un caso aislado, las iniciativas de reforma a los sistemas de salud han adquirido una importancia creciente en países con los más diversos niveles de desarrollo económico.”<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Choy García Sonia A. Ob. Cit. pp. 40

## **CAPÍTULO 2. Estudio Dogmático de la Iatrogenia.**

### **2.1 Elementos Positivos del Delito.**

Ya se ha dicho que la iatrogenia es “el daño causado por el médico al paciente”; y que este concepto se aproxima mucho al jurídico de lesiones y que puede aplicarse al de homicidio; situación que ya se anotó al principio del capítulo anterior.

Entre los muchos tratadistas, se considera a los delitos de lesiones y homicidio como el más alto ataque a la vida comunitaria e individual habida cuenta de que uno de los elementos que integran el Estado es la población, y en el supuesto de que uno de sus miembros sea agredido o suprimido, se producirá un daño grave al agregado social; además, para el ser humano no hay valor superior que el de la propia existencia, sin importar que el daño haya sido ocasionado culposamente, pues por ley el hombre se hace merecedor a una sanción.

Se pretende realizar el estudio de la iatrogenia, como un delito culposo, por todo aquel individuo profesional que preste servicios de atención médica, ya que día con día aumentan las denuncias, las demandas y las quejas por errores o carencias en este tipo de servicio profesional, lo que ha ocasionado que la solución a esta problemática sea una exigencia social.

Dicho lo anterior y a efecto de llevar el orden establecido en el capitulo de este trabajo; se iniciará con los elementos positivos del delito de lesiones, para finalmente enunciar los elementos negativos del mismo.

### 2.1.1. Conducta o Hecho.

Al partir de la base de que todo delito proviene de una conducta del hombre y que esa conducta viene a ser un comportamiento humano positivo o negativo encaminado a un propósito, se puede observar que el delito de lesiones acepta los dos tipos de conducta, a saber:

-- Acción y

-- Omisión.

Dada la importancia y trascendencia que estos dos conceptos tienen para poder configurar el delito de lesiones de tipo culposo, es necesario saber que la acción es la actividad o el hacer voluntario ( lesión intencional o dolosa ), encaminado a un propósito; mientras que la omisión es la inactividad voluntaria o un no hacer de lo que se debe hacer.

Así mismo, se debe destacar que ambas formas de conducta se componen de dos elementos, los cuales son la voluntad o querer y una actividad o inactividad; el primero de ellos diferenciará a la lesión, de dolosa o culposa, ya que si hay voluntad o querer delictuoso, habrá intención y en consecuencia dolo; en cambio si falta la manifestación de voluntad del sujeto, la conducta será involuntaria, debido a que el sujeto no previó un resultado que era previsible o incurrió un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones le imponían.

Es así, que se tendrá en la lesión culposa un hecho, ya que además de producir un resultado típico, formal o jurídico, causa un cambio en el mundo exterior por lo que la lesión culposa se clasificará en orden al resultado, como delito de daño, delito de resultado material e instantáneo.

Es delito de daño porque lesiona el bien jurídico protegido y es delito de resultado material no sólo porque se infringe la norma sino que además trasciende al mundo de la naturaleza; finalmente es instantáneo porque su resultado o consumación se agotan en el mismo momento.

### 2.1.2. Tipicidad.

Segundo elemento positivo en el delito de lesión culposa, el cual será cuando una conducta encuadre en el tipo previsto en la ley.

Por lo que, existirá tipicidad cuando una conducta ya sea de acción u omisión encaje perfectamente en la descripción que señale alguna prohibición o un mandato; es decir, para que una conducta sea típica necesariamente requiere la existencia de un tipo, éste pasa a realizar una triple función; la primera, será una función sancionadora, represiva de las conductas que se ubiquen dentro del tipo; la segunda, será una función de garantía porque sólo las conductas típicas, podrían llegar a ser sancionadas ( principios de nullum crimen sine lege ); la tercera, será una función preventiva, es decir, lo que el tipo penal pretende es que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Así pues, de las funciones anteriores podemos ver que existen grandes puntos de semejanza con la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo ( Ernesto Beling ), que de igual manera reconoce el sistema causalista y finalista.

Cabe destacar que Beling trataba de manera objetiva la función descriptiva que defendía el causalismo, ya que para el finalismo, la acción u omisión se encuentra prevista en la ley, porque el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ya que ésta

se encuentra impregnada de finalidad, y por eso el tipo puede llegar a decir: "al que engañando", "al que se apodere", etc.; las anteriores y muchas más que contempla nuestra legislación penal no hacen sino considerar posibles acciones graves socialmente negativas y con un sentido finalista.

Por lo que se puede demostrar que en los delitos culposos el tipo puede llegar a referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debido a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, siendo el juez, quien en cada caso deberá investigar cuál era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos la acción no esté precisada como en los delitos dolosos, ya que la ley al señalar "cuando a consecuencias de actos u omisiones culposos", no detalla la conducta culposa, por lo que podríamos considerar que se trata de tipos abiertos que requieren de ser complementados por el criterio del juzgador, quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió tener en cada situación concreta.

De tal manera, que se considera que lo ideal sería que la legislación penal consignara únicamente tipos cerrados o de descripción precisa, porque como ya se ha observado, los tipos abiertos requieren forzosamente que se complementen por el juez; los últimos tipos son los que de alguna manera subsisten en nuestra ley, sobre todo en los delitos culposos, porque lo que en realidad se juzga es la situación personal del sujeto para que con ello se pueda responsabilizar del incumplimiento a un deber de cuidado.

El tipo penal en la actualidad posee seis elementos generales, que vienen a ser los siguientes:

- 1.- Conducta.
- 2.- Sujeto activo.
- 3.- Sujeto pasivo.

4.- Bien jurídico.

5.- Objeto material.

6.- Resultado.

Además de los anteriores, se pueden contar también con diversos elementos especiales, tales como:

- a) Referencias temporales.
- b) Referencias espaciales.
- c) Referencias de ocasión.
- d) Elementos normativos.

Siguiendo con el orden establecido en los elementos generales, se puede iniciar a partir de la conducta, la cual consiste en ejecutar el verbo descrito en la norma, y que se hace consistir en inferir una lesión a una persona.

El sujeto activo, como lo llama el profesor Francisco Carrara, será aquel acto externo del hombre; es decir, no se podrá ubicar aquí ni a las fuerzas de la naturaleza ni a lo realizado por los seres irracionales, sino que será sujeto activo del delito de lesiones el que interviene en la comisión del mismo ( artículo 13 fracción II del Código Penal ).

Se debe destacar que el sujeto activo en la lesión culposa, sólo será aquel sujeto que realice o preste servicios de atención médica; porque el autor de dicha lesión culposa como el que tipifican los artículos 228 y 229 del citado ordenamiento, será un sujeto activo propio, específico o calificado, atento a que dicho ordenamiento penal determina que la conducta del sujeto debe ser realizada por aquella persona profesional que preste o realice servicios de atención médica.

Sujeto pasivo, será aquel titular del bien jurídico protegido, es decir, el sujeto pasivo en el delito de lesiones, es común o indiferente, en virtud de que a cualquier persona sin importar su credo, raza, condición social, sexo o edad puede inferirse una lesión.

Bien jurídico, lato sensu, es todo aquello susceptible de producir utilidad a la persona o a la sociedad, de tal manera que todo bien debe ser objeto de valoración jurídico-penal; por lo que bienes jurídicos protegidos podrían ser todas aquellas categorías conceptuales que asumen un valor, conteniendo un sentido o sustentando un significado con el que son positivamente evaluados dentro de una consideración institucional de la vida que regula el derecho, esto como merecedores de la máxima protección jurídica representada por la legislación penal, respecto de determinados comportamientos y mediante la descripción típica y legal de estos. Pudiendo concretar la noción de bien jurídico como los intereses de las personas físicas y morales, ya sean públicas o privadas y tuteladas por la ley bajo la amenaza de una sanción penal.

Ahora bien, particularizando en relación al tema, se puede decir que el bien jurídico que protegen las normas tipificadoras y sancionadoras de las lesiones son: la vida, la salud así como la integridad del cuerpo humano.

Redundando en el tema, se establece que ciertamente todas las disposiciones legales contenidas en la ley penal describen y tutelan valores con el propósito directo de que haya una paz social, ya que al dañarse dicho bien o en su caso ponerse en peligro, se altera el orden público, de ahí que se sancione a quien realice la conducta descrita.

Objeto material, es la persona o la cosa en la que recae el delito, por lo que el objeto material en el delito de lesiones, lo es la persona a quien se le infiere el daño en forma de herida, fractura, quemadura, etc., o cualquier otra alteración y que en algún momento vendría a coincidir con la figura del sujeto pasivo.

No se debe confundir el objeto material con el instrumento del delito, es decir, el instrumento del delito se puede referir a todo aquel objeto con el que se comete el delito, que en el caso de la medicina son: el material, el instrumental, incluso los medicamentos utilizados en su atención o intervención; en cambio el objeto material, como ya se dijo, será la persona en que se utilizó el instrumento del delito y en la que recayó el delito.

Resultado, será la consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo, el cual será de naturaleza material, ya que dicho resultado trasciende al mundo de la naturaleza, por lo que a todas luces el delito de lesión culposa será un hecho.

A continuación se presentan los elementos especiales del tipo de lesión culposa los cuales son:

Referencias temporales, las cuales se han establecido que podrían ser el tiempo determinado en el que se debe desplegar la conducta delictuosa; es decir, en la materia que nos ocupa, sería el tiempo en que se realizará el tratamiento o la intervención al paciente, ya que si el daño fuera ocasionado en otro espacio de tiempo no se relacionaría con el sujeto activo.

Referencias espaciales, como su nombre lo indica, aluden a un lugar o espacio determinado en el cual necesariamente debe cometerse el delito; es decir, se entiende que debe efectuarse en las instalaciones o servicios de un consultorio, laboratorio, clínica u hospital; como pueden ser: sala de revisión u oscultación, quirófano, áreas de análisis, de toma de muestras, de estudio, de curaciones, servicios de urgencias o terapias intensivas, etc.

Referencias de ocasión; son las circunstancias descritas en la ley penal y relativas al momento o la ocasión en que debe desplegarse la conducta por el sujeto activo. Por lo que si la conducta descrita no se realiza en la ocasión señalada en el tipo correspondiente, se

estará en presencia de la atipicidad en dicha descripción, pudiendo haber tipicidad en otra que no la exija, o bien, no habrá delito.

Como ejemplo de esta se tiene el tipo de abandono de paciente descrita en el artículo 229 del Código Penal, que a la letra dice: "El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente." ( El Artículo 228 del mismo Código habla de la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión). Ya que al aceptar darle la atención o tratamiento al enfermo se hace responsable de él, y se comete el delito en la ocasión en que le abandona sin justificación.

Elementos normativos. La mayoría de las descripciones que hace la ley y la doctrina, en su mayoría contienen términos, vocablos o palabras que necesariamente deben ser valorados, con la finalidad de saber si el sujeto activo se ubica en la descripción. Pues bien, esos términos de valoración pueden ser de tipo cultural o jurídico, que vienen a ser los elementos normativos del tipo.

La Ley General de Salud dice, en su Artículo 469 párrafo primero: " Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años."

Luego entonces se tiene la necesidad de elementos normativos como el que se observa, respecto de la urgencia, en el artículo 72 de su Reglamento en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, en donde establece que: "Se entiende por

urgencia, todo problema médico- quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata.”

### 2.1.3. Antijuridicidad.

Tercer elemento positivo de la iatrogenia (delito de lesiones). Es esta antijuridicidad, “ la contradicción de la conducta desplegada por el agente y el ordenamiento jurídico, sin que tal conducta esté amparada en alguna causa de justificación”.<sup>24</sup>

Por su parte el maestro Celestino Porte Petit dice que debido a que el concepto de antijuridicidad lleva una negación, como lo es “anti”, el concepto o definición de dicho elemento positivo del delito, es el siguiente: “ Una conducta es antijurídica, cuando, siendo típica, no esté protegida por ninguna causa de justificación”.

La Escuela Causalista coloca a la antijuridicidad como un aspecto objetivo del delito, al considerar a ésta como el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contrariación que existe entre la conducta típica y la norma jurídica, ya que la conducta es opuesta a la norma cultural reconocida por el Estado.

El maestro mexicano Sergio Vela Treviño “ considera que los elementos que integran la antijurudicidad son los siguientes:

- a) Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuridicidad;
- b) Una norma jurídica, en la cual subyase la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica;

<sup>24</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. Ob. cit., Pág. 153

c) Un juicio valorativo, de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio total del sistema jurídico, ya que la antijuridicidad es unitaria, y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del juicio valorativo. Además de ese límite, la antijuridicidad viene a ser un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juzgador, y su fundamento primario lo encontramos en el Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al decirnos que la imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial, lo anterior tiene relación con los Artículos 16, 17 y 19 del mismo ordenamiento.

d) El juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él, le compete, en función de sus atribuciones y competencia; juicio valorativo de la conducta típica y a fin de determinar la antijuridicidad de la misma, la que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculcado o del ofendido, o del representante de la sociedad, pues entonces esa valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria”<sup>25</sup>

Por otra parte, el sistema finalista considera a la antijuridicidad como la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico; distinguiendo dicho sistema entre el término antijuridicidad e injusto penal, ya que el primer término se identifica como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico; y lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma, siendo lo injusto el elemento subjetivo distintivo entre una teoría y otra. Resultando que no sólo hay que observar el resultado como punto de valoración, siendo que además, hay que considerar la finalidad de la acción, dolosa o culposa.

---

<sup>25</sup> Citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto. Ob. cit. Pág. 27.

#### 2.1.4. Imputabilidad.

Sobre el tema, algunos autores consideran a la imputabilidad como parte de la culpabilidad, mientras que la mayoría estiman que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, aduciendo que para que un sujeto sea culpable, se requiere que únicamente sea imputable; por lo que la generalidad ha establecido acerca de la imputabilidad, que es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

El maestro Fernando Castellanos Tena, define a la imputabilidad como “ el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el sujeto activo, en el momento de realizar la conducta delictuosa; mismas que lo capacitan para responder de su acto”.<sup>26</sup>

La Escuela Clásica y concretamente Francisco Carrara, consignan en su definición de delito, al referirse a que el “ acto externo del hombre, positivo o negativo”, deberá ser moralmente imputable. Asimismo, creen que el fundamento para que el Estado imponga penas, se basa en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

El penalista italiano Maggiore, reafirma lo anterior, diciéndonos que “ la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad, es decir, imputabilidad equivale a libertad”.<sup>27</sup>

La imputabilidad de acuerdo a la doctrina y a la ley, puede exigir dos límites mínimos para su existencia, los cuales serían, en primer término, un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo físico suficiente

---

<sup>26</sup> Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. Pág. 218.

<sup>27</sup> Citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto. Ob. cit. Pág.34.

para podersele considerar imputable; el segundo, sería un límite psíquico, o sea la capacidad de entender y querer a que aluden diversas codificaciones penales.

Finalmente, a la capacidad de entender se le considera en un plano intelectual o de comprensión, y a la capacidad de querer en un plano de voluntad; los dos conceptos como fundamento y origen de la imputabilidad, sin embargo, éstas concepciones en la actualidad se dice que han sido criticadas porque reducen todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que son los únicos, ni tan siquiera los más importantes y en todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad, como lo son los factores psíquicos y socioculturales. Por eso, no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo. Este punto se complementará al estudiar la culpabilidad.

### 2.1.5. Culpabilidad.

La culpabilidad como elemento positivo del delito se define como: " El nexo intelectual o emocional que liga al sujeto con el acto desplegado; es decir, es la relación existente entre el acto desplegado por el sujeto y la forma en que lo realiza".

Como ya se dijo, la culpabilidad se apoya en la imputabilidad del sujeto, o sea en la capacidad de poder actuar de otra manera y en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, conocimiento que es potencial, es decir, no se requiere que el sujeto conozca la antijuridicidad de su conducta, sino que basta con que pueda haberla conocido, basándose en eso el reproche, esto es, a la culpabilidad le corresponde conocer del juicio de reproche

de una conducta típica y antijurídica, en la cual el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión, además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.

La imputabilidad como capacidad de culpabilidad, es aquella posibilidad o capacidad de que el sujeto se haya podido conducir conforme a la ley, mientras que la antijuridicidad como capacidad de la culpabilidad es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma.

Por otro lado, la teoría finalista, considera como puntos relevantes para la conformación o integración de la culpabilidad los siguientes aspectos:

- a) Culpabilidad de autor.
- b) Culpabilidad por el hecho o el acto.
- c) Fundamento de la reprochabilidad.

El primero está relacionado con la culpabilidad y la pena; es aquel que se refiere a la postura del positivismo del concepto de peligrosidad, del que deriva la llamada culpabilidad de autor, aceptada por algunos tratadistas en donde el delito es una expresión de la personalidad del sujeto, pues su conducta sólo representa una mínima fracción de esa personalidad; y para juzgarla debemos juzgar al autor, no al hecho. Este punto de vista conduce al abuso del poder punitivo del Estado.

La culpabilidad por el acto se refiere al hecho concreto imputado, el cual debe quedar perfectamente encuadrado en el tipo, así la culpabilidad del individuo está limitada a la pena consignada en la ley para ese acto violatorio, situación que opera, como una

garantía en favor del individuo, teniendo vigencia el principio *nullum crimen, sine lege, sine poena*.

El tercer elemento es sin duda uno de los más arduos problemas sobre la culpabilidad y del delito en general; es la ya conocida discusión de las Escuelas Clásica y Positivista, en donde la primera destaca que la culpabilidad implica la aceptación de que el hombre es libre, es decir, de que existe libertad de voluntad, mientras que la segunda niega esa posibilidad de libertad y propugna su determinismo.

Por otra parte, podemos decir que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, pero esta afirmación tiene que partir de la base de que la culpabilidad es la medida de la responsabilidad del sujeto que llevó a cabo la conducta típica; de esta manera, la medida de la responsabilidad la tendremos que encontrar en la posibilidad de poder imputar a un individuo tal conducta y esa imputación se apoye finalmente en la libertad del actuar del sujeto.

Los que niegan el libre albedrío, han llegado a opinar sobre la posibilidad de una pena sin reproche, es decir, que la pena no se fundamenta en la culpabilidad; al decir que si la pena presupone la culpabilidad y esta se apoya en el reproche a la libertad de elección y ésta última no es demostrable, porque la culpabilidad no existe y la pena no encontraría su razón de existir en esa supuesta culpabilidad. Sin embargo, el sistema causalista y el finalista, en términos generales parten del supuesto, de que existe la posibilidad de elección del sujeto en la conducta que realiza y ello permite considerarlo culpable de esa conducta. Por lo que se considera que la pena debe responder a fines que garanticen la mejor convivencia y en ese fundamental objetivo, de carácter preventivo, general y especial, se apoya el concepto de una culpabilidad donde el sujeto tenga la posibilidad de elegir entre la

conducta transgresora de la norma y la que no la conduzca a ella, y dentro de ese límite, opera un margen de libertad que será el soporte de la culpabilidad y de la propia pena.

Como se ha podido observar, el juicio de reproche que se le debe hacer al sujeto autor del hecho delictivo, es de gran interés y relevancia jurídica, ya que si el sujeto tenía la voluntad y delinquirió, debe castigársele de una manera más severa, mientras que en la lesión culposa, se puede argumentar que el sujeto prestador de servicios médicos no quiso provocar tan fatal hecho, así como que a éste se le debe de reprochar su actuar culposo, ya que por prestar este tipo de servicio debe conducirse con el mayor cuidado posible, porque de él dependen la vida y la salud de varias personas, por lo que se considera justo que la punibilidad de la iatrogenia cometida por el prestador de servicios médicos sea elevada, ya que el agente o sujeto que realiza dicha labor debe ser diligente y prudente al realizar su trabajo porque, como acaba de mencionarse, es responsable de las vidas que están en sus manos.

#### 2.1.6. Punibilidad.

Este último elemento de la iatrogenia, al que algunos autores, como el maestro Pavón Vasconcelos consideran, que la punibilidad es la “amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”. Por lo que de la anterior definición se puede decir que la punibilidad vendría a ser la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando y de esta manera, una vez que se da la conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma se le deberá imponer la pena prevista en la ley.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Idem. Pág. 74.

Como es sabido, la punibilidad y la pena son las especies de la sanción, ya que la punibilidad es la sanción en abstracto; es decir, la establecida en la ley; por lo que se considera como elemento del delito; mientras que la pena será la sanción en concreto, esto es, la impuesta por el juzgador a quien compete resolver sobre dicho delito, la cual será la consecuencia de dicha comisión; ejemplo de ello puede ser que se impongan diez años de prisión, al (prestador de servicios médicos) que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar.

Por otra parte, para algunas teorías, el fin de la pena no es retribuir un hecho pasado, sino evitar un hecho ilícito futuro; punto de vista con el cual se coincide, pero por desgracia aunque la penalidad en la codificación penal se presume elevada, dicha clase de ilícito se sigue cometiendo, ya que en muchos casos, el profesional de la salud piensa que a él no le va a suceder o que eso le pasa o otros pero que a él no; por otro lado, la mayoría de las instituciones quiere proteger a sus médicos, enfermeras o técnicos y realiza acciones para evitar las denuncias o quejas, y si éstas se presentan, salir bien libradas de ellas. Todo esto ocasiona una liviandad o ligereza en el actuar diario por parte del profesional de la salud, y que junto a la ignorancia y la necesidad se puede incurrir en una iatrogenia. Por estas razones se considera que la punibilidad debería aumentar; aunque con esto no se erradique el problema, pero si habrá una posible disminución, ya que el prestador e servicios médicos razonaría su actuar al ver aumentada la penalidad y la sanción pecuniaria que le impidiera alcanzar su libertad bajo fianza; entonces, como se dice, "la pensaría dos veces"; y así, la sanción a este tipo de ilícitos sirvan de ejemplo y se tomen en consideración por la sociedad en general para que tales hechos no se sigan suscitando.

## 2.2 Elementos Negativos del Delito ( de la iatrogenia).

### 2.2.1 Ausencia de conducta.

Existirá ausencia de conducta, cuando no se encuentre la voluntad en la conducta del sujeto; ya que al no existir dicha voluntad, no existe la conducta y por lo tanto no hay delito.

La ausencia de conducta, se encuentra prevista en el artículo 15 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente...”

Ejemplos de actividades involuntarias del agente según la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la doctrina son:

- a) La fuerza física exterior irresistible;
- b) Fuerzas de la naturaleza;
- c) Fuerza de los seres irracionales;
- d) Movimientos reflejos;
- e) Sueño;
- e) Sonambulismo;
- f) Hipnotismo;
- g) Cualquier otra similar.

En todas ellas se encuentra ausente la voluntad o querer; ya que si un sujeto por una actividad o una inactividad infringe una norma prohibitiva o dispositiva, no obstante las apariencias, no cometerá ningún delito, por encontrarse ausente la voluntad.

Siguiendo el orden mencionado, se tratará de enunciar cada una de las formas de ausencia de conducta.

a) Fuerza exterior irresistible, también llamada vis absoluta-fuerza absoluta; como su nombre lo indica, proviene del hombre ya sea por sí o por un instrumento controlado por éste, por lo que si con una fuerza de ese tipo un sujeto infringe una norma, no cometerá delito, porque en la misma no hubo voluntad.

La vis absoluta cuenta con los elementos siguientes:

- 1.- Que haya una fuerza;
- 2.- Que la misma sea física ( proviene del hombre);
- 3.- Que sea exterior al sujeto que viola la norma; y
- 4.- Que no la pueda resistir.

Satisfaciéndose los anteriores elementos, habrá ausencia de conducta, puesto que en el hecho no existió la voluntad, diciéndose al respecto y con toda razón, que en estos casos el infractor actúa como mero instrumento, tal como lo sería la pistola o el cuchillo en la mano de quien, con esos objetos comete un delito; y sancionar al individuo que actúa mediando en él una fuerza física irresistible, sería tanto como sancionar a cualquiera de los instrumentos de los que se valiera el delincuente.

Por lo que hace a las fuerzas de la naturaleza, también llamada vis maior ( fuerza mayor); se da el supuesto de que un sujeto, impulsado por una fuerza de la naturaleza, como la que podría ser un viento huracanado, un temblor de tierra, etc.; que lesione, en este caso, a un paciente al que le está realizando algún tratamiento o intervención quirúrgica. Si así fuera, no habría delito por encontrarse ausente la voluntad.

Similar situación acontece en el caso de los seres irracionales, la cual puede motivar que un sujeto infrinja una lesión a otro, sólo que la única diferencia que existe entre ésta y

las anteriores, deriva del acto del ser irracional y con el que el sujeto sea impulsado a infringir la ley.

Los movimientos reflejos, vienen a ser movimientos de carácter involuntario que los sujetos no esperan y mucho menos quieren, esto en virtud de que el cerebro no ordena que se mueva determinada parte del cuerpo. Por lo que si con éstos se llega a violar la norma penal, dicho movimiento corporal será a todas luces involuntario, de tal manera que no habrá acción, y en consecuencia no habrá conducta, y si no hay conducta, no hay delito.

El sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, también pueden operar en las lesiones; aunque difícil, es posible que suceda respecto del sueño, ya que en muchos casos debido a la situación actual de los salarios el profesional de la salud tiene que trabajar en dos o tres clínicas u hospitales en los diferentes turnos; y aunque , como ya se ha mencionado, el profesional de la salud debe conservar una conducta excelente, se puede dar el caso de que por sus jornadas trabajadas se encuentre cansado y ésto causarle sueño, con lo que genere algún daño.

### 2.2.2 Atipicidad.

Tanto para la Escuela Causalista como para la Finalista, consideran a la atipicidad como la no adecuación de la conducta al tipo; ambas escuelas difieren un poco en éste punto, ya que la primera considera que cuando falta algún elemento objetivo del tipo, tendríamos la atipicidad, mientras que la teoría finalista nos dice que cuando falte algún elemento objetivo o subjetivo ( falta de ánimo o intención), habrá atipicidad.

Se considera que habrá atipicidad en el delito de lesiones (iatrogenia), cuando:

- 1.- Falte la conducta;

2.- Falte la calidad en el sujeto activo, ya que como lo prevén los artículos 228 y 229 del Código Penal para el Distrito Federal, dicho sujeto debe ser un prestador de servicios médicos.

3.- Falte el bien jurídico;

4.- Falte el objeto material; y

5.- Ausencia de referencia de ocasión.

De tal manera, que si llega a faltar uno o más de los elementos del tipo, ya sea que se trate de los generales o especiales, motivará la atipicidad, no configurándose el delito de lesiones (iatrogenia).

### 2.2.3 Excluyentes del delito o causas de justificación.

Las causas excluyentes del delito operarán cuando exista un conflicto de bienes jurídicos, es decir, cuando dos o más intereses incompatibles que al mismo tiempo no pueden subsistir, de tal forma que el motivo por el cual, quien actúa en esas circunstancias, aún cuando su conducta sea típica se considerará lícita, y en consecuencia no habrá delito.

Varios han sido los profesores que se han dado a la tarea de criticar el empleo del término denominado " causas de justificación"; entre ellos se menciona al maestro Jiménez Huerta que ha considerado que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse y quien no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada, es decir, las mal llamadas (respecto del Código Penal) causas de justificación vienen a ser conductas lícitas que por ende no son antijurídicas, ni contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho carentes de sanción alguna.

Otro autor que ha estudiado el tema en cuestión, define a las llamadas causas de justificación, como aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

El párrafo anterior, se puede relacionar con el pensamiento de la teoría causalista, misma que menciona que de alguna manera se deben destacar las llamadas causas de justificación, ya que las mismas vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, sino por el contrario ajustadas a derecho y carentes de sanción.

Cabe mencionar, que el Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla otras causas excluyentes del delito, tales como la inimputabilidad del agente que contempla la fracción VII, también se tienen el caso fortuito o el error.

La reforma que se hizo a la codificación penal el 10 de enero de 1994, se ha considerado de gran trascendencia, ya que desde esa fecha no se contempla la obediencia jerárquica ni el impedimento legítimo como excluyentes del delito.

Ahora bien, a la legítima defensa se le ha considerado como una causa de justificación, en base a un interés preponderante, ya que implica un choque de intereses jurídicamente protegidos, y aún así cuando cuantitativamente los bienes son iguales y en donde el defensor se reestablece atacando a través del necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. Aún después de haberse mencionado, se considera que esta causa no opera en el caso de la iatrogenia.

Por lo que hace al estado de necesidad, se dice que es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse con la lesión de otros bienes jurídicos, propios o ajenos; dicha figura excluyente puede aparecer cuando existe un

conflicto de bienes, los cuales no pueden coexistir, por lo que el Estado por conducto del derecho opta por la salvación de uno de ellos.

El estado de necesidad en la actualidad se encuentra previsto en el artículo 15 fracción V del Código Penal, en el cual nos dice que podrá existir cuando "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber de afrontarlo". Como se advierte, operará cuando dos bienes jurídicos se encuentren en peligro, siendo éste real, actual o inminente, por lo que a fin de salvaguardar uno de ellos, se destruye o se daña el otro; esta causa tiene dos elementos, a saber:

- a) Situación de peligro real, grave e inminente, en la persona o bienes del individuo.
- b) Sacrificio de un bien jurídico para proteger uno o más bienes jurídicos.

Haciendo un análisis de las dos anteriores causas de justificación del delito, se han encontrado tres diferencias que son susceptibles de apreciar, por lo que, de la misma manera serán:

1.- En el caso de la legítima defensa, existe una agresión real, actual o inminente y sin derecho de ser racional o irracional; en cambio, en el estado de necesidad se establece claramente una ausencia de agresión.

2.- En la legítima defensa, la ley presume dos supuestos en los que se consideran que concurren los requisitos de dicha causa, mientras que en el estado de necesidad no existirá ninguna presunción.

3.- La legítima defensa aparece por una agresión, en cambio, el estado de necesidad aparece por las circunstancias en las que se encuentra el sujeto, las cuales tiene que afrontar.

El último punto se torna importante para considerar que dicha excluyente sí opera en la iatrogenia (delito de lesiones), ya que el hecho que sobreviene, como es el daño a la salud, no fue previsto por el profesional de la salud, y si lo previó, confió en que el mismo no se produciría, es decir, fueron o pueden ser diversas las circunstancias que dieron origen a tal hecho.

En los siguientes artículos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Servicios de Atención Médica se hace referencia a este estado de necesidad en el que se pudiera encontrar el profesional de la salud:

**Art. 80.-** “ En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico o terapéuticos, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.

Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente”.

**Art. 81.-** “ En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado el carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados

del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico”.

**Art. 83.-** “ En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá ser suscrito además, por dos testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que lo suscriba.

Estas autorizaciones se ajustarán a los modelos que señalen las normas técnicas”.

En éstos artículos mencionados se hace referencia a las demás causas excluyentes de delito, o sea el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho o el consentimiento del ofendido, ya que en la situación de tener que amputar, extirpar o mutilar algún órgano o miembro para salvar la vida del paciente, ocasiona así un daño menor, y aunque menor el daño físico será permanente afectando la vida del individuo para toda su vida; pero este actúa cumpliendo un deber de salvar la vida, ejerce un derecho que la ley como profesional y experto le concede, y en el mejor de los casos lo hace con el consentimiento del enfermo.

#### 2.2.4 Inimputabilidad.

La inimputabilidad, viene a ser la que resulta cuando el sujeto al realizar la conducta típica y antijurídica se encontraba afectado de su capacidad intelectual, o bien, de su capacidad volitiva o incluso de ambas.

Las causas de inimputabilidad que prevé la ley, vendrán a ser aquellas en las que el sujeto no alcance la mayoría de edad o la edad mínima que la ley señale o que alcanzando

esa edad no haya podido comprender el hecho o la conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta no haya podido determinarse los parámetros exigidos por la ley.

Del anterior concepto se desprenden cuatro posibles causas de inimputabilidad:

- 1.- Transtorno mental permanente;
- 2.- Transtorno mental transitorio;
- 3.- Desarrollo intelectual retardado; y
- 4.- Minoría de edad.

El trastorno mental permanente está previsto en la fracción VII del artículo 15 de la codificación penal, misma que sobre el particular ilustra la forma en que puede configurarse dicha causa, al decir: "... en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible"; de acuerdo a lo anterior, el agente tendrá que ser recluido en alguna institución de salud mental para que se le dé el tratamiento correspondiente, durante el tiempo que sea necesario; como ejemplos de inimputabilidad, tratándose de un trastorno mental permanente, se tiene a los locos, imbeciles, idiotas o tarados. Dicha causa de inimputabilidad, no opera en el caso de la iatrogenia, ya que si una persona reúne alguno de los requisitos o padece alguna de las enfermedades a las que se ha hecho referencia, es entendible que la misma no cuente con la capacidad suficiente y necesaria para poder prestar servicios profesionales de salud, ya que si no puede valerse por sí mismo, menos podrá hacerse cargo de la vida o de la salud de otra persona.

El trastorno mental transitorio que contiene el numeral antes mencionado, también se considera una causa de inimputabilidad, los motivos son los siguientes; si un sujeto es

sano en cuanto a sus facultades mentales, en un momento dado puede trastornarse transitoriamente y en ese estado realizar una conducta típica y antijurídica y por ese solo hecho no habrá delito alguno, lo anterior, en el supuesto de que en el momento de desplegar la conducta, el sujeto se encuentre afectado de su capacidad de entender.

La Ley ha sido enfática, en lo referente a que quedan exceptuados los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente; ciertamente la inconsciencia transitoria no debe ser provocada de ninguna manera, debe ser accidentalmente, o sea, no querida ni deseada, como lo que podría ser la ingestión de algún medicamento que motive dicho trastorno.

La anterior causa, se considera que debe tomarse en cuenta y además demostrar si el profesional de la salud se encontraba en perfectas condiciones y por circunstancias ajenas a él, pierde su capacidad de entender y querer; en consecuencia resultaría entendible el aceptar que dicha excluyente es posible que opere en lo relativo al prestador de servicios de salud que causa una iatrogenia a un paciente, ya que en el momento de realizar el hecho, se puede determinar el motivo por el que se encontraba impedido de sus facultades para realizar sus funciones con todas las medidas de precaución y seguridad que requiere dicho trabajo. Asimismo, una vez que se haya determinado si el agente no se provocó la incapacidad, se puede considerar que operará esta causa de inimputabilidad.

Por lo que se refiere al desarrollo intelectual retardado y a la minoría de edad, es lógico y además de sentido común que las mismas no operen en el caso de un profesional de la salud, ya que esto implica el haber cursado muchos años de estudio con capacidad intelectual para ello, y al llegar al momento de las prácticas la mayoría de edad ya fue cumplida.

\* Nota: Un caso pudiera ser el de la estudiante de enfermería, que no alcanzan la mayoría de edad, y ocasionan un daño a un paciente ; como aquel caso en que, al tratar de aplicar un enema evacuante le aplica equivocadamente formol a la paciente y le quemó sus intestinos.

### 2.2.5 Inculpabilidad.

La inculpabilidad se podrá representar cuando el prestador de servicios médicos realice una conducta típica y antijurídica, sin que haya culpa en su actuar.

“ El error esencial de hecho invencible, se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equivoco puede recaer sobre elementos del delito o circunstancias agravantes de penalidad, y en cuyo caso se presenta el error como causa de inculpabilidad.

Dentro de este tipo de error podemos hablar de las eximentes putativas, las cuales se definen como las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica sin serlo”.<sup>29</sup>

Se aceptan por lo general como eximentes putativas las siguientes:

- a) La defensa putativa;
- b) El estado de necesidad putativo;
- c) El ejercicio de un derecho putativo; y
- d) El cumplimiento de un deber putativo.

Por otra parte, el error de hecho esencial vencible, es aquel en donde la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equivoco que se formó.

---

<sup>29</sup> Castellanos Tena Frenando. Ob. cit. Págs. 352,353.

Asimismo, la teoría finalista, considera que habrá inculpabilidad cuando falten los tres elementos que configuran a la culpabilidad.

a) Por falta de capacidad de culpabilidad. Esta capacidad, tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad.

b) Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, esto en cuanto a la comprensión de lo injusto o conciencia de la antijuridicidad, este elemento de la antijuridicidad puede destruirse por el llamado error de prohibición; sobre el particular la escuela finalista nos dice que la teoría del error se presenta por error de tipo o de prohibición, es decir, colocando en la primera categoría aquellos errores accidentales, o bien esenciales, invencibles o insuperables referidos a los elementos del tipo que anulan la tipicidad de la conducta. La segunda categoría, en los errores de prohibición, la conducta puede ser típica, dolosa e injusta, pero siendo invencible la posibilidad del conocimiento antijurídico de su conducta resultaría inculpa esa conducta, o bien, si era vencible, puede dar lugar a una culpabilidad culposa.

c) Por inexigibilidad de otra conducta. Son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le pueda pedir que cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema.

Del análisis de las teorías causalista y finalista, se puede concluir que ambas coinciden al respecto de las excluyentes de culpabilidad, al integrar entre sus elementos al error y a la no exigibilidad de otra conducta.

Se considera que para el caso de que llegara a presentarse una iatrogenia, podría operar la excluyente de no exigibilidad de otra conducta, en el caso siguiente:.....

peligrosidad, cuando sea innecesario e irracional imponerla al acusado, que a resueltas del delito sufrió graves consecuencias en su persona, o bien por razones de política criminal.

El Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, determina que serán excusas absolutorias: “ Aquellos casos excepcionales en que se excluye la punición por causas personales, sin que con ello desaparezca la infracción propiamente dicha”.<sup>31</sup>

Por lo que se consideran a las excusas absolutorias, como aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

En el caso de la iatrogenia, se observa que se cuenta con una excusa absoluta genérica, la cual está contemplada en el Artículo 55 del Código Penal, el cual establece: “ Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”.

Finalmente, como se ha señalado, el estudio de la culpa, es subjetivo y un tanto difícil de determinar, por lo que se considera que la responsabilidad que tiene todo aquel sujeto que desarrolla como trabajo la prestación de servicios médicos, debe realizarlo con

---

<sup>31</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. cit. Pág. 1385.

toda la atención y cuidado que dicha labor requiere; así también, la labor del juzgador como encargado de determinar la responsabilidad de tales individuos es vital, ya que de la valoración de las pruebas y del juicio de éste, depende no sólo la exacta aplicación de los preceptos legales, sino que también servirá de ejemplo y precedente, ya que al imponer éste una sanción ajustada a derecho, la misma servirá para que los demás individuos que desarrollan esta importante labor con todas las precauciones que se les exige a los de su clase.

Sobre el particular, se han transcrito algunos criterios establecidos por el máximo órgano judicial, con los cuales se observa la dificultad que existe en lo referente a la determinación de la responsabilidad, de todo aquel sujeto profesional de la salud.

### **IMPRUDENCIA, DELITOS POR. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD.-**

Los elementos de la imprudencia no están sujetos a comprobación como cuerpo del delito, sino a prueba como elementos de la responsabilidad; y esta responsabilidad penal derivada de culpa o imprudencia debe probarse plenamente, pues por cuanto a ello la ley no consigna ninguna presunción *juris tantum*, como sucede tratándose de delitos intencionales.

Amparo directo 1810/74.- José Antonio Ruíz Chávez.- 19 de agosto de 1974.- 5 votos.  
Ponente: Ernesto Aguilar Alvarado.  
1ª Sala Séptima Época, Volumen 68, Segunda Parte, Pág. 31.

**IMPRUDENCIA, DEBE PROBARSE.-** Según la interpretación que del artículo 8º del Código Penal hace Francisco González de la Vega, a diferencia del elemento intencionalidad que, de acuerdo con la ley, deberá presumirse mientras no se demuestre lo contrario, la imprudencia necesita demostración plena por cualquiera de los sistemas

probatorios autorizados por la ley procesal, porque el Código Penal no contiene ningún precepto presunto, *juris tantum* para este género de infracciones. La prueba judicial de las imprudencias se obtiene por la valoración de la conducta activa u omisa del sujeto, pues toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, se traduce en acciones y omisiones objetivas, externas, de la conducta humana, ya sea porque en ellas la imprudencia consiste en la ejecución de acciones culposas o ya porque se manifiesta por omisiones, también culposas, de las acciones físicas, adecuadas. Además, es indebido dar por probado el delito de imprudencia cuando sólo se han obtenido pruebas del daño y de la existencia de un acto u omisión culposos pues, aparte de la exigencia de la previsibilidad y de la evitabilidad, es menester establecer la relación de causalidad que debe ligar aquellos dos elementos.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XXIV, Pág. 72 A.D. 7807/58.  
Salvador Bautista Martínez. Unanimidad de 4 votos.

## **CAPÍTULO 3. INSTANCIAS EXTRAJUDICIALES QUE ORIGINAN EL PROCESO PENAL.**

### **3.1 Contraloría interna de las instituciones de salud.**

En todas las dependencias gubernamentales, es de todos conocido que, existen departamentos, cuyo objeto es el de optimizar la prestación de los servicios que le corresponde llevar a cabo; y a su vez cuentan con mecanismos para vigilar su actuación, así como investigar y resolver aquellos conflictos que de la prestación de los mismos se generen; y estas son las que conocemos como Contralorías.

#### **3.1.1 Secretaría de Salud.**

Esta Institución cuenta con una Contraloría, así como con un Departamento Jurídico, quienes se encargan de recibir todas la quejas o inconformidades por una mala o supuesta mala atención de parte de los prestadores de servicio médico.

El proceso administrativo da inicio con la presentación de la queja, ya sea verbal o por escrito ante el Director de un Hospital o Centro de Salud, ante un módulo de orientación y quejas, ante el Departamento Jurídico o directamente ante la Contraloría; una vez recibida la queja, la Contraloría gira oficios a todas las partes involucradas a fin de hacerse de elementos que le puedan ayudar al esclarecimiento de los hechos, citándolos a una Audiencia de Ley, previa información de la queja interpuesta en su contra; en dicha audiencia se contestará la queja, se ofrecerán y desahogarán las pruebas existentes y por último se alegará lo que a su derecho convenga.

Todo este proceso, como se ha observado en numerosas ocasiones, tiene por objeto en primer lugar, guardar el buen nombre de la Institución como lo ha sugerido y hasta impuesto nuestro sistema político durante muchos años; y en segundo lugar, dar una respuesta en cierto porcentaje satisfactoria para el quejoso, sin importar a quién se perjudique internamente o abusando de la ignorancia de la gente.

Al dar resoluciones poco sensatas o clínicamente semicreíbles; el quejoso al no ver resuelta su petición favorablemente, se convierte en querellante al asistir a un Ministerio

Público y denunciar la mala atención de la que fue víctima; así se observa que estos medios extrajudiciales para solución de conflictos en la mayoría de los casos se vuelven promotores de la instancia judicial, cosa contraria al objeto de su creación.

### 3.1.2 Instituto Mexicano del Seguro Social.

Instructivo para el trámite y resolución de las quejas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

#### a) Exposición de motivos.

El Instituto Mexicano del Seguro Social alcanza un volumen de cobertura a nuestra población, de casi 50 millones de mexicanos, cantidad que desde luego no tiene precedente alguno en el mundo. Ante esta situación no se encuentra libre de la presentación de quejas en contra de actos de los servidores públicos que le integran.

Ha constituido especial preocupación de la Institución el resolver de una manera ágil, pronta y expedita las quejas que sean presentadas por aquellos que consideran el incumplimiento de obligaciones o que la conducta por parte de su personal es inoportuna, ineficaz o negligente y que afecta por tanto directamente sus derechos.

Al requerirse en la actualidad un moderno documento adecuado y de fácil aplicación para el trámite y solución de las quejas, se optó por la elaboración de un instructivo, en sustitución del documento normativo vigente, instructivo que, atento a su especial naturaleza, resulta ser la medida idónea para efecto de alcanzar los objetivos propuestos.

En concreto, a través de este documento, se marcan los lineamientos para el trámite y resolución de las quejas, teniendo como bases, aspectos económicos, sociales y de justicia, actualizándose además conceptos institucionales relacionados con las mismas.

## b) Considerando.

Que el Instituto Mexicano del Seguro Social, con el afán de mejorar la calidad de la atención que se brinda a los asegurados, pensionados, beneficiarios, así como a los patrones, estableció un procedimiento interno para conocer los motivos de las quejas de la población Derechohabiente y usuaria de los servicios, y en esa medida, corregir las desviaciones o deficiencias presentadas en el quehacer diario institucional.

## c) Procedimiento.

### Capítulo I : Aspectos generales.

**Art. 1º.-** “Para los efectos del presente instructivo, se entiende por queja, toda exposición de hechos que implique actos u omisiones del personal del Instituto que en ejercicio de sus funciones origine reclamación o protesta por posibles violaciones a los derechos de los solidariorhabientes, asegurados, pensionados, beneficiarios o patrones”.

**Art. 2º.-** “El procedimiento de queja tiene por finalidad realizar la investigación oportuna e imparcial de los hechos que originaron la misma, teniendo como fundamento básico las pruebas aportadas por el quejoso y la información institucional relacionada con los hechos con objeto de conocer las causas que provocan insatisfacción en los Derechohabientes e identificar las deficiencias o desviaciones institucionales, que permitan adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias.

Tendrá el carácter de instancia administrativa y será resuelta integralmente previo Acuerdo que dicte la Comisión Bipartita del H. Consejo Consultivo Delegacional, del H. Consejo Consultivo Regional o del H. Consejo Técnico, considerando criterios de justicia, equidad, principios de legalidad y razonabilidad”.

**Art. 3°.-** “Las autoridades institucionales dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, serán responsables de agotar el procedimiento de queja en un plazo máximo de 45 días hábiles; comprenderá las etapas de integración, investigación, resolución, notificación y en su caso, reintegro de gastos, pago de indemnización, y en general todos aquellos actos necesarios para atender, aclarar y resolver los planteamientos del quejoso”.

**Art.4°.-** “ En las Delegaciones Regionales, Estatales y, del Distrito Federal, las áreas de Atención y Orientación al Derechohabiente serán competentes, en materia de quejas, para:

a) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso, a los casos que involucren el reintegro de gastos hasta por un monto equivalente a 25 veces el salario mínimo mensual del Distrito Federal

b) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso, a todos los casos que involucren reparación del daño por responsabilidad civil, excepto cuando ésta se derive de una defunción, pérdida de órganos o de miembros. Al efecto se dará vista por 5 días hábiles para recabar en los términos del artículo 22 de este instructivo, la opinión que corresponda a la Dirección Jurídica”.

**Art. 5°.-** “ En las Direcciones Regionales, las áreas de Atención y Orientación al Derechohabiente será competente, en materia de quejas, para:

a) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso, a los casos que involucren el reintegro de gastos por montos superiores a 25 y hasta 75 veces el salario mínimo mensual del Distrito Federal.

b) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso a todos los casos que involucren la reparación del daño por responsabilidad civil en defunciones, pérdida de órganos o de miembros, se consideren de trascendencia o les sean turnadas por las Delegaciones. Al efecto se dará vista por 5 días hábiles para recabar en los

términos del artículo 22 de este instructivo, la opinión que corresponda a la Dirección Jurídica”.

**Art. 6°.-** “ La Coordinación General de Atención y Orientación al Derechohabiente será competente, en materia de quejas, para:

a) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso, a todos los casos que no estén expresamente reservados a las autoridades antes señaladas, sin perjuicio de atraer cualquier queja que por su naturaleza, implicaciones o precedentes se considere conveniente atender en forma centralizada.

b) Conocer, investigar, elaborar el Proyecto de Acuerdo, notificar y dar curso, a todos los casos en que se hayan declarado incompetentes las autoridades regionales y estatales”.

**Art. 12°.-** “ Cuando de la resolución de la queja se derive un posible daño patrimonial al Instituto, el asunto será comunicado, en su caso, a la Auditoría General o al Departamento Delegacional de Auditoría Interna, según su competencia jurisdiccional”.

**Art. 13°.-** “ Cuando las quejas precedentes impliquen reclamación por responsabilidad civil derivada por deficiente atención médica, el área de Atención y Orientación al Derechohabiente procederá una vez concluida la investigación, a citar a los beneficiarios con derecho al cobro de indemnización y, se cuantificará el importe de ésta, tomando como base los parámetros establecidos por los artículos 502 y 514 de la Ley Federal del Trabajo, así como lo dispuesto por el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Al efecto se dará vista por 5 días hábiles y se recabará en los términos del artículo 22 de este Instructivo, la opinión que corresponda a la Dirección Jurídica.

Art. 14°.- “ Cuando las quejas impliquen el reintegro de gastos médicos por omisión o deficiencia de los servicios que debe brindar el Instituto a sus Derechohabientes y dichas circunstancias queden debidamente acreditadas en el expediente, sin que exista causa que lo justifique, se procederá a determinar la cantidad que por este concepto le corresponda al quejoso, la que en ningún caso será mayor de la que resulte de aplicar “ El Sistema de costos unitarios por nivel de Atención” emitido por la Contraloría General del IMSS, aplicable para el cobro de servicios a pacientes no Derechohabientes.

#### Capítulo II : De la presentación de la queja.

Art. 16°.- “ La presentación de la queja no se sujetará a formalidad alguna, debiendo registrar quien la reciba, los siguientes datos:

##### I.- De Identificación:

- a) Nombre del quejoso ( asegurado, pensionado o beneficiario );
- b) Nombre de la persona afectada, si es diferente al quejoso;
- c) Número de afiliación del Derechohabiente;
- d) Clínica de Adscripción;
- e) Unidad y servicio involucrado;
- f) Personal involucrado, señalando, en su caso, los datos para su identificación;
- g) Domicilio particular del quejoso;
- h) Nombre y domicilio del patrón.

##### II.- De los hechos u omisiones que dan lugar a la queja:

- a) Exposición clara y breve en orden cronológico de cómo sucedieron los acontecimientos, señalando las fechas, horas, lugares, personas y servicios que dan lugar a la queja;

b) Relación de los documentos que sustenten la queja en su caso, así como aquellos que acrediten su derecho, anexando copia fotostática.

Toda promoción será firmada por el promovente y a falta de ésta, pondrá su huella digital”.

**Art. 17º.-** “ Las quejas podrán presentarse ante las siguientes dependencias:

I.- Módulos de Atención y Orientación al Derechohabiente existentes en las Unidades Médicas o Administrativas.

II.- Areas de Atención y Orientación al Derechohabiente, en la Direcciones Regionales, Delegaciones y Subdelegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal.

III.- Coordinación General de Atención y Orientación al Derechohabiente”.

#### Capítulo III.- De la tramitación de la queja.

**Art. 20º.-** “ Recibida la queja por la dependencia competente, ésta dispondrá de un plazo no mayor de 10 días hábiles, para efectos de la integración e investigación de la queja”.

**Art. 21º.-** “ Para la práctica de las investigaciones de la queja, los funcionarios y demás empleados institucionales proporcionarán al personal autorizado de los servicios de Atención y Orientación al Derechohabiente, los informes, documentos y opiniones que les sean requeridos en un término no mayor de tres días naturales contados a partir de la recepción de la queja”.

**Art. 22º.-** “ Integrado el expediente con el escrito de queja, documentos o pruebas aportadas por el quejoso, informes y documentos institucionales, e investigación, la Coordinación General, o sus Áreas de Atención y Orientación Delegacionales y Regionales, procederán según su competencia a elaborar el dictamen que contendrá:

1.- Síntesis de la queja.

2.- Resumen de la investigación, señalando particularmente:

a) Desde el punto de vista médico, los aspectos técnicos presentados y omitidos, los efectos y consecuencias respecto al padecimiento en cuestión relacionando los hechos así como el soporte documental materia del dictamen y, en su caso, los aciertos y deficiencias detectadas.

c) Desde el punto de vista legal, los considerandos a las prestaciones reclamadas por el quejoso y, en su caso, la determinación administrativa de beneficiarios con derecho al cobro de indemnización y, los parámetros adoptados para cuantificar el monto de ésta.

3.- Opinión técnica de la investigación, contando con la correspondiente opinión del área jurídica; atendiendo a criterios médicos y demás constancias que obren en el expediente.

4.- Conclusiones, que señalen en forma categórica los aspectos que dieron lugar a la procedencia o improcedencia de la queja, precisando en su caso, las prestaciones y las personas beneficiarias, como resultado del procedimiento instaurado”.

#### Capítulo IV.- De la resolución de la queja.

Art. 24.- “ El H. Consejo Técnico, Consejo Consultivo Regional o Consejo Consultivo Delegacional, analizará, corregirá y en su caso aprobará, el Proyecto de acuerdo, en términos de sus respectivas atribuciones”.

Art. 25.- “ Aprobado el Acuerdo, se regresará debidamente firmado al área que lo turnó, para su debida complementación.

#### Capítulo V.- De la notificación de la resolución de la queja.

Art. 26.- “ Corresponderá a la Delegación Regional, Estatal o del Distrito Federal en los asuntos que hayan directamente intervenido y el...

### 3.1.3 Secretaría de Salud del D.D.F.

Los Hospitales que sostiene el Gobierno del Distrito Federal en sus servicios de Salud, revisten una característica especial en este tipo de demandas a la comunidad médica, toda vez que la ciudadanía de esta Ciudad Capital es la más exigente y conflictiva en todo el territorio nacional. Así mismo, al ser la ciudad más grande de la urbe, se enfrenta al problema de cómo distribuir su presupuesto y el rubro de la Salud no escapa a la difícil tarea de prestar servicios en condiciones de desabasto y carencia de profesionales suficientes para atender todas las necesidades existentes.

De igual forma, la Secretaría de Salud en el D.F. cuenta con un órgano interno para la atención de quejas de los usuarios de servicios médicos que es la Contraloría, la cual se apoya en su Departamento Jurídico y ; cuyo procedimiento presenta algunas de las características ya mencionadas de las otras Instituciones.

La presentación de las quejas en esta Institución puede incluso llegar a exponerse directamente a los representantes del Gobierno capitalino, sin embargo; existe la Contraloría de este gobierno en particular que es la indicada para recibir éste tipo de inconformidades; y después de haber sido recibida se le admite para su análisis y posterior seguimiento. Se lleva a cabo una audiencia para informar al prestador de servicios médicos el tipo de queja que se presenta en su contra, manifestándole el nombre del quejoso, el motivo de su queja y la fecha en que sucedieron los hechos, a fin de que conteste a su favor y en su caso ofrecer y desahogar pruebas, y por último alegar lo que a su derecho e intereses convenga. Notificándose, al quejoso mediante oficio, de la resolución ha que ese órgano interno llegó.

Se observa de este procedimiento, que es en cierta manera arbitrario, debido a que la parte quejosa casi no toma parte en él y, la resolución que se tome puede parecerle ajena a su pretensión original; por lo que quedando inconforme, puede dar inicio a un proceso penal o civil, para el resarcimiento del daño que pretende obtener.

## **3.2 Comisión Nacional de Arbitraje Médico.**

### **3.2.1 Antecedentes.**

Un antecedente importante surge al ser propuesto en el Congreso de la Unión, un proyecto de creación de un Órgano que atendiera y regulara las tantas y muy variadas inconformidades, que en materia de prestación de servicios médicos se venían presentando. Se propuso la creación de la Procuraduría de la Salud, incluso de una Fiscalía Especializada.

Todo esto originó, opiniones a favor y en contra, tanto de los profesionales de la salud así como de la ciudadanía; cuando finalmente, después de un espacio de tiempo que hacía suponer que el tema se encontraba olvidado, se da el anuncio del nombre oficial de este Órgano.

#### **3.2.1.1 Sociales.**

Los antecedentes o causas sociales que originaron y fijaron la pauta para la creación de dicha Comisión están bien expresados en los considerandos del mismo decreto de creación, así como en las exigencias manifestadas en algunas normas Estatales, y en los diferentes medios de información como más adelante se mostrará.

Tal es el caso del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Querétaro, en donde existen contempladas varias hipótesis punibles específicamente dirigidas a normar la actividad profesional del médico; todo esto, porque la sociedad está sufriendo daños físicos a su organismo, pérdidas de seres queridos, incapacidad para trabajar y para sustentarse a sí

mismo y a aquellos que dependen de él; ya que con excesiva frecuencia se realizan conductas por parte de los prestadores de servicios médicos que atentan contra su vida e integridad, como quedó de manifiesto en la exposición de motivos para las reformas al Código en mención de tal Estado.

Por otro lado, el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 plantea el mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las Instituciones, así como atender las legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con la mayor calidad y eficiencia;

Que los mexicanos reciben servicios médicos en los que participan instituciones públicas y privadas, así como profesionales de la salud que ejercen libremente su actividad, con el objeto común de proteger, promover y restaurar la salud de los habitantes del país;

Que en las actuales circunstancias resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos;

Que para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos;

Que de igual manera, es indispensable que esa instancia especializada, garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca, y

Que la creación de un órgano administrativo con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, responde a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos.

### 3.2.1.2 Políticos.

En el ámbito Político, la situación para el Gobierno encabezado por el Presidente Ernesto Zedillo era sumamente difícil, ya que se encontraba sumergido en una crisis de falta de credibilidad debido a la debacle económica que se había presentado un año antes. El Sector Salud fue uno de los más socorridos, pero a la vez uno de los más perjudicados por la sobra económica. En esos momentos grupos de choque o de poder comenzaron a poner de manifiesto públicamente las grandes carencias de todos los Hospitales Públicos, haciendo todo esto a manera de ataque al Gobierno, y no por defender o velar por los intereses del pueblo más necesitado, debido a que el Sistema de Salud, entre ellos el Instituto Mexicano del Seguro Social es parte importante de la política gubernamental; el Gobierno necesitaba credibilidad y ante tanta demanda e insistencia de la sociedad y conservar el prestigio político de buen gobierno, el Presidente de la República y sus asesores en materia de salud acceden a crear la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

### 3.2.1.3 Legales.

La Ley de Profesiones, en el Artículo 61, habla de que los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de su profesión, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal.

Y el Código Civil para el Distrito Federal, en el Artículo 2615, al responsabilizar a los que prestan servicios profesionales por su impericia, negligencia o dolo, lo hace sin perjuicio de las penas que merezcan en caso de delito.

Los delitos, al decir del Código Penal para el Distrito Federal, en los Artículos 7º, 8º y 9º, son los actos u omisiones que sancionan las leyes penales; pueden ser intencionales o imprudenciales; obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley; y obra imprudencialmente el que, realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le impongan; todo esto como se ha mencionado anteriormente.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el Artículo 10, hace que la responsabilidad penal no pase de la persona y bienes del delincuente; pero en el Artículo 13, responsabiliza de los delitos a:

- a) Los que acuerdan o preparan su realización;
- b) Los que lo realizan por sí;
- c) Los que lo realizan conjuntamente;
- d) Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro;
- e) Los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo;
- f) Los que intencionalmente prestan ayuda o auxilian a otro para su comisión;
- g) Los que con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente,

en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

h) Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

Sin embargo, el Código Penal para el Distrito Federal, en el Artículo 15 fracción X, tiene la circunstancia excluyente de responsabilidad penal, de causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

El médico puede, desde luego, cometer delitos dolosa e intencionalmente, como en el caso de un aborto; pero lo común es que los realice a través de la culpa, de la imprudencia, por negligencia o impericia.

Según la Jurisprudencia 133, de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, página 273, bajo el rubro: imprudencia, delitos por. Prueba de la responsabilidad:

“La responsabilidad penal derivada de la culpa o imprudencia debe probarse plenamente, pues por cuanto a ella la ley no consigna ninguna presunción juris tantum, como sucede tratándose de delitos intencionales”.

Esa prueba, idónea, tanto para las responsabilidades civiles como para las penales, es la de dictámenes de peritos.

Porque la prueba pericial es la que debe rendirse para determinar precisamente la calidad del servicio prestado y entonces la responsabilidad o irresponsabilidad del prestatario, tiene que asegurarse su calidad y probidad, sobre todo en los juicios penales en los que se imponen penas de prisión y de suspensión del ejercicio profesional y se obliga a la reparación del daño causado.

Por estas razones y, por un caso que causó revuelo en el ámbito judicial y médico a raíz de la detención de unos residentes en el Centro Médico La Raza del IMSS, el Lic. Ignacio Morales Lechuga, Procurador General de Justicia del Distrito Federal; y el Lic. Enrique Alvarez del Castillo, Procurador General de la República, en dos documentos, uno del 7 de abril de 1989 y otro del 2 de mayo de 1990, titulados respectivamente:

“Bases de colaboración”, celebraron dos convenios con la Secretaría de Salud, representada en aquel entonces por su titular, el Doctor Jesús Kumate Rodríguez; y con la participación de la Academia Nacional de Medicina.

En ellos, se acordó, principalmente:

Que corresponde al Procurador, en su carácter de representante social, presidir la institución del Ministerio Público y como tal, entre otras atribuciones, tiene la de aportar las pruebas pertinentes y promover en el proceso las diligencias conducentes al debido esclarecimiento de los hechos, a la comprobación del delito, de la responsabilidad de quienes hayan intervenido, de la existencia del daño y a la fijación del monto de su reparación.

Que la Procuraduría tiene interés en que la Secretaría de Salud la auxilie emitiendo una opinión técnica cuando aquella se lo solicite, en los casos relativos a delitos de profesionales o técnicos relacionados con las disciplinas de la salud.

Que para el cumplimiento de las “Bases”, la Procuraduría deberá:

Solicitar a la Secretaría de Salud la opinión, proporcionando toda la información que se requiera para que los profesionales que se designen estén en aptitud de emitirla; y proporcionar todo el apoyo a los profesionales designados, para el cumplimiento de su función.

Y la Secretaría de Salud, a su vez, deberá designar a los profesionales que se requieran para que emitan la opinión técnica solicitada o pedirá apoyo a la Academia Nacional de Medicina, para que proporcione a la Secretaría de Salud los nombres, domicilios, profesiones y demás datos que se requieran.

En todo caso, la Academia puede pedir opiniones técnicas a sus miembros y las turnará a la Secretaría de Salud, para que ésta las haga llegar a la Procuraduría.

## ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

Esas "Bases" se publicaron en el Diario Oficial de la Federación bajo el rubro de: Acuerdos por los cuales se dispone recabar opinión de la Secretaría de Salud en las averiguaciones previas que se inicien con motivo de las denuncias de hechos relacionados con el ejercicio de las profesiones, actividades técnicas y especialidades en materia de salud.

En tales Acuerdos, se delineó el procedimiento a seguir en los casos de responsabilidades penales médicas, pues se acordó:

Que en toda denuncia de hechos relacionada con el ejercicio de las profesiones, actividades técnicas y especialidades en materia de salud que puedan constituir ilícitos penales, la averiguación previa contendrá una opinión de la Secretaría de Salud, la cual determinará la institución pública, privada o social que la emita.

Que el Agente del Ministerio Público instructor de la averiguación correspondiente, una vez ratificada la denuncia o querrela, en su caso, requerirá la opinión.

Que para que proceda la consulta de la Secretaría de Salud se requerirá que concurren, particularmente, los siguientes elementos:

Que los ilícitos se encuentren relacionados con el ejercicio de las profesiones, actividades técnicas o especialidades en materia de salud que los profesionistas, técnicos y sus auxiliares resulten directamente señalados en los hechos, motivo de la denuncia formulada.

Así como estos acuerdos mencionados el Código Penal para el Distrito Federal, en su Artículo 228, fracciones I y II, permite que a los profesionales, además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplique suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia y se les condene al pago de la reparación del

daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren con las instrucciones de aquellos.

También, la Ley General de Salud, en los Artículos 455 al 469; así como su reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, en los Artículos 51, 52, 55, 85, 247, 248 y 255 entre otros, describen diferentes conductas que castiga con cárcel y que cometen los que:

a) Sin autorización o contraviniendo la que se hubiese dado, realizan actos con agentes patógenos o sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; utilizan fuentes de radiación o pretendan sacar o saquen del territorio nacional, sangre humana o sus derivados, órganos o tejidos.

b) Ilícitamente, obtengan, conserven, utilicen, preparen, suministren o comercien órganos, tejidos, cadáveres o fetos humanos.

c) Sin sujetarse a lo previsto por la Ley, realizan actos de investigación clínica en seres humanos.

d) Sin consentimiento de una mujer, la insemina artificialmente.

e) Induzcan o propicien a los menores o incapaces a que consuman psicotrópicos.

f) Sin causa justificada se niegan a prestar asistencia a una persona en caso de urgencia, poniendo en peligro su vida.

g) Retengan a un usuario o cadáver para garantizar el pago de los servicios médicos prestados.

h) Realicen intervenciones sin autorización que pongan en peligro la vida o la integridad física del paciente.

i) Proporcione información sobre un paciente de enfermedades mentales cuando no sea para fines científicos o terapéuticos.

Por otro lado la Ley de Profesiones establece:

**Art. 34.-** Cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convinieren las partes.

Este artículo, también refiere que los peritos deberán tomar en consideración para emitir su dictamen, las circunstancias siguientes:

I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnicas aplicables al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;

II. Si él mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se preste el servicio;

III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para tener buen éxito;

IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido; y

V. Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

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

**Art. 35.-** Si el laudo arbitral o la resolución judicial en su caso, fueren adversos al profesionista, no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberá, además, indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufre. En caso contrario, el cliente pagará los honorarios correspondientes, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los

daños que en su prestigio profesional hubiere causado al profesionista. Estos últimos serán valuados en la propia sentencia o laudo arbitral.

Asimismo dicha Ley en su Artículo 50 menciona los propósitos de los Colegios Médicos y su importante participación en los peritajes como lo dicen los siguientes incisos:

- f) Servir de árbitro en los conflictos entre profesionales o entre éstos y sus clientes, cuando acuerden someterse los mismos a dicho arbitraje;
- h) Prestar la más amplia colaboración al Poder Público como cuerpos consultores; y
- o) Formar listas de peritos profesionales, por especialidades, que serán las únicas que sirvan oficialmente.

Como puede observarse, existen normas con sus respectivas sanciones así como procedimientos para dirimir controversias respecto de conflictos surgidos por la prestación de servicios de atención médica, y como se ha manifestado se encuentran en los Códigos Civil y Penal, en la Ley General de Salud y su Reglamento, y en la Ley de Profesiones; ahora todos estos se han conjugado para dar paso a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y así tener un órgano especializado para atender esta demanda social.

### 3.2.2 Decreto de creación.

Art. 1º.- Se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones y laudos.

Art. 2º.- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico tendrá por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

**Art. 3°.-** En términos del Título Tercero de la Ley General de Salud, se consideran prestadores de servicios médicos, las instituciones de salud de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica. Los usuarios de un servicio médico son las personas que solicitan, requieren y obtienen dicho servicio de los prestadores de servicios médicos para proteger, promover y restaurar su salud física o mental.

**Art. 4°.-** La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

I. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones;

II. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el Artículo 3° de este Decreto;

III. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso, requerir aquellas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan;

IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:

- a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;
- b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y
- c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo;

V. Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje;

VI. Emitir opiniones sobre las quejas que se conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia;

VII. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones;

VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de un ilícito;

IX. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia;

X. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones;

XI. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional;

XII. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y

XIII. Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.

Art. 5º.- Para el cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional contará con:

- I. Un Consejo;
- II. Un Comisionado;
- III. Dos Subcomisionados, y
- IV. Las Unidades Administrativas que determine su Reglamento Interno.

Art. 6º.- El Consejo se integrará por diez Consejeros y por el Comisionado, quien lo presidirá.

Los Consejeros serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal. La designación recaerá en distinguidas personalidades de la sociedad civil de reconocida trayectoria profesional. Los presidentes en turno de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía serán invitados a participar como Consejeros.

El cargo de Consejero será honorífico y durará cuatro años, a excepción de los presidentes de las academias mencionadas, quienes estarán sujetos al tiempo que duren en el encargo. Los demás Consejeros no podrán ser confirmados para el periodo siguiente.

Art. 7º.- El Consejo sesionará por lo menos una vez cada tres meses; las decisiones se tomarán por mayoría de votos y, en caso de empate, el Comisionado tendrá voto de calidad.

Art. 8º.- Corresponde al Consejo:

- I. Establecer las políticas generales a que deba sujetarse el órgano;
- II. Aprobar y expedir el Reglamento Interno y las demás disposiciones que regulen a la Comisión Nacional;
- III. Aprobar y expedir el reglamento de procedimientos para la atención de las quejas, observando las disposiciones jurídicas aplicables a los mismos;
- IV. Conocer de los asuntos que someta a su consideración el Comisionado;

V. Nombrar y, en su caso, remover a propuesta del Comisionado, a los Subcomisionados;

VI. Analizar y, en su caso, aprobar el informe que el Comisionado presentará anualmente al Titular del Ejecutivo Federal;

VII. Evaluar periódicamente el funcionamiento de la Comisión Nacional y formular las recomendaciones correspondientes al desempeño y resultados que obtenga, y

VIII. Las demás que le confieran otras disposiciones aplicables.

Art. 9º.- El Comisionado será nombrado por el Presidente de la República.

Art. 10.- Para ser nombrado se requiere:

I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;

II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, y

III. Haberse distinguido por su probidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de las actividades que se vinculen a las atribuciones de la Comisión Nacional.

Los subcomisionados deberán cumplir los requisitos establecidos en las fracciones anteriores y tendrán las funciones que les otorgue el Reglamento Interno.

Art. 11.- Son facultades y obligaciones del Comisionado:

I. Ejercer la representación de la Comisión Nacional;

II. Someter a consideración del Consejo las designaciones de los Subcomisionados, así como nombrar y remover al demás personal de la Comisión Nacional;

III. Conducir el funcionamiento del órgano, vigilando el cumplimiento de sus objetivos y programas;

IV. Establecer de conformidad con el Reglamento Interno las unidades de servicio técnicas, de apoyo y asesoría necesarias para el desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional;

V. Celebrar toda clase de actos jurídicos que permitan el cumplimiento del objeto de la Comisión Nacional;

VI. Ejecutar los acuerdos emitidos por el Consejo;

VII. Informar anualmente al Titular del Ejecutivo Federal sobre las actividades de la Comisión Nacional, procurando que este informe sea difundido ampliamente entre la sociedad;

VIII. Someter a la aprobación del Consejo el Reglamento Interno, el reglamento de procedimientos y demás disposiciones internas que regulen a la Comisión Nacional;

IX. Solicitar todo tipo de información a los usuarios y prestadores de servicios médicos y realizar las investigaciones pertinentes, a efecto de cumplir cabalmente con las atribuciones del órgano;

X. Llevar a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 4° de este Decreto y de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Consejo;

XI. Emitir los acuerdos, laudos y opiniones en asuntos de la competencia de la Comisión;

XII. Vigilar el cumplimiento de las resoluciones, así como de los convenios que se deriven de los procedimientos de conciliación y arbitraje respectivos;

XIII. Establecer los mecanismos de difusión que permitan a los usuarios y prestadores de servicios médicos y a la sociedad en su conjunto, conocer sus derechos y obligaciones en materia de salud así como de las funciones de la Comisión Nacional, y

XIV. Las demás que establezcan otras disposiciones aplicables.

**Art. 12.-** La vigilancia de la Comisión Nacional estará a cargo del Delegado designado a la Secretaría de Salud, por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, quien ejercerá las funciones que establecen las leyes aplicables. El control interno de la Comisión Nacional estará a cargo de una Contraloría Interna que tendrá las facultades que establezca el Reglamento Interno, sin perjuicio de las que en los términos de las disposiciones legales aplicables le competen a la Contraloría Interna de la Secretaría de Salud.

**Art. 13.-** La formulación de quejas así como los procedimientos que se sigan ante la Comisión Nacional no afectarán el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispongan los usuarios o prestadores de servicios médicos conforme a la ley.

**Art. 14.-** La Comisión Nacional remitirá a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la documentación y los informes que le solicite esta última, a fin de que atienda las quejas de su competencia.

### 3.2.3 Competencia.

La competencia de la Comisión es la de recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, y así contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

Para tal efecto la Comisión brindará asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones; y requerirá de ellos la información y aquéllas pruebas que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan.

También, interviene en amigable composición para conciliar conflictos entre las partes mencionadas; en caso necesario, fungirá como árbitro y pronunciará laudos cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje. Intervendrá de oficio en cualquiera otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia. Por último, orientará a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional.

### 3.2.4 Procedimiento.

Según el Art. 8 del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), las quejas deberán presentarse de manera personal por el quejoso ya sea en forma verbal o escrita debiendo contener:

- I. Nombre, domicilio y, en su caso el número telefónico del quejoso y del prestador del servicio médico contra el cual se inconforme;
- II. Una breve descripción de los hechos motivo de la queja;
- III. Número de afiliación o registro del usuario, cuando la queja sea interpuesta en contra de instituciones públicas;
- IV. Pretensiones que deduzca del prestador del servicio;
- V. Si actúa a nombre de un tercero, la documentación probatoria de su representación, sea en razón de parentesco o por otra causa, y
- VI. Firma o huella digital del quejoso.

La CONAMED debe hacer del conocimiento del prestador de servicio médico dentro de un plazo de diez días hábiles a partir de su admisión:

- I. El nombre del quejoso, y

## II. Un resumen del motivo de la queja.

En la misma diligencia se requerirá al prestador para que presente un informe en relación con el servicio prestado.

A efecto de promover la avenencia de las partes CONAMED procederá en un término que no exceda de quince días hábiles a fijar el día y hora para la audiencia de conciliación, notificándose los por escrito, con un mínimo de cinco días anteriores a la misma.

Al llevarse a cabo la etapa conciliatoria, el conciliador manifiesta a las partes sus derechos, así como un resumen sucinto de la queja y del informe presentado, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y los exhorta para que se conduzcan con verdad y lleguen a un arreglo.

Si se realiza satisfactoriamente la instancia conciliatoria, se dejará constancia legal y se procederá al archivo de las actuaciones como un asunto definitivamente concluido.

Agotada la fase conciliatoria, y de no lograrse el arreglo de las partes, el conciliador los exhorta a que designen como árbitro a la CONAMED para solucionar la controversia.

(por que los de CONAMED piden que se arreglen con \$) Si las partes así lo deciden, dentro de los tres días siguientes se turnará el expediente a la Dirección General de Arbitraje para la continuación del procedimiento arbitral y, en un plazo no mayor de treinta días se lleve a efecto la audiencia para firmar el compromiso arbitral.

Aún y cuando las partes hayan firmado el compromiso arbitral CONAMED estará facultada para intentar la avenencia de las partes en todo tiempo, antes de dictar el laudo definitivo y, cualesquiera que fueren los términos del compromiso arbitral, se entenderá invariablemente que CONAMED siempre estará facultada para actuar a título de amigable

componedor. Sin embargo, en la práctica se ha mal interpretado éste principio, debido a que en el transcurso del procedimiento insistentemente se le presiona al prestador de servicio para que pague al usuario cantidad alguna y éste se desista de su acción; lo que ha provocado mucho desagrado por parte de los médicos, porque en lugar de hacer valer los fundamentos científicos de estos actos se le da una solución con tintes políticos - sociales.

Entonces la CONAMED con fundamento en los Artículos 1,2,4 fracciones III,V y Artículo 11 fracciones IX,X y XI, así como el Artículo 13 del Decreto de su creación, hace saber a las partes las reglas del procedimiento arbitral a que se sujetarán, como son:

PRIMERA.- El arbitraje que derive de este compromiso, se regirá por las disposiciones del decreto de creación, se aplicará el capítulo de arbitraje del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con excepción del Artículo 617, y procesalmente se aplicarán las disposiciones contenidas en los Artículos del 957 al 961 y 968 del citado código.

SEGUNDA.- El escrito de queja del usuario y los informes del prestador del servicio serán tomados como demanda y contestación respectivamente, sin perjuicio de que los amplíen o modifiquen.

TERCERA.- A partir de la firma de este documento la parte actora tendrá un plazo de cinco días hábiles para ampliar o modificar su escrito de demanda, del cual dará traslado al demandado, para que dé contestación al mismo en un plazo de cinco días hábiles.

Las pruebas documentales deberán acompañarlas o anunciarlas las partes en estos escritos.

Las pruebas fundamentales en este procedimiento serán las documentales y las periciales que las partes ofrezcan o que la CONAMED decida allegarse.

CUARTA.- Una vez contestada la ampliación de la demanda o transcurrido el plazo sin que se haya hecho, se abrirá el procedimiento a prueba por diez días hábiles. Todas las

actuaciones que se hayan llevado a cabo en la etapa conciliatoria ante la CONAMED se tomarán en cuenta como pruebas en el arbitraje.

El desahogo de las pruebas que así lo requieran, se realizarán en una audiencia, la cual se celebrará dentro de los quince días hábiles siguientes al periodo de ofrecimiento de pruebas.

QUINTA.- La CONAMED a solicitud de cualquiera de las partes o de oficio, obtendrá a través de la Dirección General de Arbitraje todos los elementos de juicio que considere necesarios y podrá decretar o ampliar cualquier diligencia probatoria que vaya dirigida al mejor conocimiento de los hechos controvertidos.

SEXTA.- Se fija un término improrrogable de cinco días hábiles para que las partes aleguen lo que a su derecho convenga, término que empezará a correr a partir de la conclusión del desahogo de pruebas.

SÉPTIMA.- Las partes renuncian al recurso de apelación en contra del laudo definitivo y a cualquier otro recurso dentro del procedimiento, sin embargo, la CONAMED podrá regularizar el procedimiento cuando así proceda.

OCTAVA.- La CONAMED procederá a dictar el laudo que sea pertinente tomando en cuenta las constancias de autos. Las partes autorizan expresamente a la CONAMED para dictar el laudo en amigable composición, es decir, en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada. La CONAMED tendrá un plazo para dictar el laudo de cuarenta días hábiles, a partir de que venza el término otorgado a las partes para alegatos y se cierre la instrucción correspondiente.

El laudo que se dicte será obligatorio y tendrá fuerza de cosa juzgada y únicamente se ocupará de las cuestiones contenidas en el compromiso arbitral y en la demanda y en la contestación.

NOVENA.- Aceptan las partes acatar todas las notificaciones que realice esta Comisión Nacional, aclarando que el término de dichas notificaciones empezará a contarse a partir de su publicación o en su caso, a partir del siguiente día hábil al de la notificación personal.

DÉCIMA.- Aceptan las partes que el laudo pronunciado por la CONAMED no admitirá recurso alguno.

Los laudos son emitidos por el Comisionado Nacional o por los Presidentes de las Salas de Arbitraje en las que se desahogue el juicio arbitral.

Cabe resaltar que el Artículo 94 del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas de la CONAMED menciona que “ no se podrá, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido fijadas en el compromiso arbitral”

Sin embargo, nuevamente se observan irregularidades al no cumplir estas reglas que ellos mismos han establecido, no respetando los términos mencionados en el presente reglamento, teniendo así, quejas que son resueltas en diez u once meses según testimonios de usuarios que han asistido a este lugar para la atención de sus inconformidades y según consta en expedientes que se tienen a la mano.

Esto ocasiona molestia y, en consecuencia dudas sobre la eficacia de acudir a esta instancia a resolver sus pretensiones, agregando el hecho de que se encuentran entre gente de la misma profesión de su demandado, lo que pudiera interpretarse que la balanza se inclinará hacia el lado del prestador de servicios médicos.

También, es importante mencionar el hecho de que en el compromiso arbitral, se especifica por medio de cláusula que se renuncia al derecho de impugnar por medio alguno

la resolución o laudo que la CONAMED emita, situación que provoca nuevamente incertidumbre sobre la imparcialidad del procedimiento.

En la Sección Tercera del Juicio Arbitral del Reglamento en cuestión se menciona que "las pruebas aportadas, especialmente las periciales y la documentación médica en que conste la atención brindada, serán valoradas bajo las reglas de la sana crítica; hecho que se cuestiona nuevamente, debido a que los peritajes u opiniones técnicas carecen en muchos casos de la ética profesional que deberían tener, ya que se emiten opiniones ambiguas o muy generales, sin resolver el fondo del asunto con la única finalidad de que en ninguno de los profesionistas o instituciones involucradas quede responsabilidad alguna, cuando en muchos casos ésta si existe.

Todo lo anteriormente mencionado provoca que el usuario de los servicios médicos se vea frustrado en su pretensión de recibir solución al problema que enfrenta, luego entonces, acude a una instancia Penal o Civil en demanda de respuesta, prolongando así el periodo de molestia y angustia para ambas partes.

## CAPÍTULO 4. PROCESO PENAL.

Existen diversas definiciones que intentan aclarar lo que es el procedimiento penal en México, una de ellas es la que da Juan José González Bustamante, quien dice que "el Procedimiento Penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal".

De dicha definición se sostiene que en primer lugar se señala que el procedimiento penal es conjunto de actividades; en segundo, que éstas se encuentran regidas por el Derecho Procesal Penal; en tercer lugar, que el procedimiento se inicia desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y, por último, señala que concluye con la determinación de las relaciones del Derecho Penal.

Así, el estudio del procedimiento penal se inicia con las actividades realizadas para aplicar a la postre la ley al caso concreto, o sea, cuando la autoridad investigadora tiene conocimiento de un delito y va a determinar cuando cesan esas actividades en virtud de que se aplicó el Derecho al caso concreto.

El procedimiento penal mexicano se constituye de diversos periodos que a través de su desenvolvimiento permiten un mejor estudio del mismo, a saber:

- a) Periodo de preparación de la acción procesal
- b) Periodo de preparación del proceso.
- c) Periodo del proceso.

La división presentada difiere en dos puntos de la que hacen los tratadistas extranjeros y mexicanos e incluso la ley positiva mexicana. Estos dos puntos son los siguientes:

Primero: Los tratadistas y la ley misma estiman que en el procedimiento también debe ir involucrado el momento de ejecución de la sentencia, o sea, el de hacer efectiva la ley declara aplicable al caso. Sin embargo, en México, estas actividades están entregadas a Poderes diferentes y no hay razón para que el aplicar la ley y el ejecutarla, sean vistos como actividades esencialmente análogas. Así, lo relacionado con la aplicación de la ley se separa técnicamente (realizándolo otro Poder), de lo determinado en la sentencia.

Por otro lado, si el procedimiento penal tiene como finalidad la aplicación de la ley, lógico es que aquél termine con la sentencia y no abarque la ejecución de la misma, que se presenta después de la creación de la norma individual. Por lo que, el procedimiento debe recoger todo lo encaminado a la aplicación de la ley al caso concreto, incluso los actos parajurisdiccionales (los del periodo de preparación de la acción penal), que si bien son realizados por órganos que no pertenecen al Poder Judicial, la íntima conexión de ellos con el quehacer jurisdiccional, permite que queden, por su esencia teleológica, dentro del procedimiento.

En resumen, no se incluye la ejecución de sentencia en el procedimiento, porque, independientemente de los órganos que intervienen, si la finalidad que anima al procedimiento penal, misma que le da su esencia, es la aplicación de la ley material al caso concreto, lo que se separa de dicha finalidad no puede quedar en el ámbito procesal.

Segundo: Los tratadistas mexicanos, incluso el Código Federal de Procedimientos Penales, hacen una división de los periodos del procedimiento diversa a la que se acaba de dar. Esta división la realizan tomando como pauta instituciones extranjeras que no tienen acomodo en México y que, por ende, es imposible que aludan a periodos con esencia y finalidad propios, fijados por los legisladores. Por ejemplo, al periodo que va del

auto de radicación al auto de formal prisión o sujeción a proceso, no le dan autonomía, a pesar de su contenido y finalidad específica que le separa propiamente del proceso.

Para comprender con mayor claridad la división de los periodos se debe de pensar que el procedimiento penal mexicano tiene una estructura lógica basada en: Una vez que se tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictivo, lo primero que procede es que la autoridad investigadora averigüe y reúna los elementos que son necesarios para poder acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de aplicación de la ley al asunto en concreto. El órgano jurisdiccional a quien le han sido consignados los hechos, busca si en el caso de su atención, puede haber elementos que justifiquen el proceso, es decir, si puede comprobarse la existencia de un delito y si hay datos que hagan posible la responsabilidad de un sujeto. Sin estos elementos, el órgano jurisdiccional no tiene por qué continuar ocupándose del asunto, ya que no hay base para que realice actividades y sin dicha base sería ocioso el desarrollo de sus funciones. Si el órgano jurisdiccional encuentra que hay base para el proceso, inicia éste y después de que las partes aportan los medios probatorios que estimen pertinentes para la ilustración del órgano jurisdiccional, y fijan su parecer tomando en consideración dichas pruebas, se aplica el derecho.

En el panóptico presentado, claramente se deslindan los tres momentos en que se ha dividido el procedimiento: el primero, en que la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional; el segundo, en el que la autoridad judicial, antes de abrir un proceso, busca la base del mismo, mediante la comprobación del cuerpo del delito y la posible responsabilidad y el tercero, en el que habiendo base para un proceso, se abre éste y las partes aportan los medios probatorios fijando sus posiciones tomando en consideración esos medios probatorios y el juez resuelve.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no hace una división de los periodos del procedimiento, pero el examen global lleva a la conclusión de que en el mismo se distinguen.

1° El periodo de diligencias de policía judicial que propiamente termina con la consignación.

2° El periodo de instrucción, que principia cuando el detenido queda a disposición de la autoridad judicial y termina con la resolución dictada en el plazo de setenta y dos horas.

3° El periodo de juicio, que va desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta que se dicte sentencia.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su Artículo 1° manifiesta: "El presente Código comprende los siguientes procedimientos: I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal; II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de ésta conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculgado o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar; III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculgado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad de éste; IV. El de primera instancia, durante la cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva; V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos; VI. El de

ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas; VII. Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos”.

#### **4.1 Denuncia de hechos.**

Como ya se ha dicho, el periodo de preparación de la acción penal, principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación. La finalidad de dicho periodo es aclarar la existencia o no de un delito y, si es el caso, notificar al órgano judicial del hecho delictuoso.

La autoridad facultada para conocer sobre la comisión de un hecho delictuoso es el Ministerio Público, a través de la denuncia o de la querrela.

La denuncia jurídico- procesal, es la relación de actos delictuosos hecha ante la autoridad investigadora (Ministerio Público), por lo que la relación de actos delictuosos hecha ante cualquier autoridad que no sea la investigadora, constituirá una denuncia sin carácter procesal.

En este momento inicia la participación del paciente o el familiar afectado por la mala o supuesta mala atención médica; esto es, cuando se dirige a las diferentes instancias a inconformarse, instancias que ya se han estudiado y como se observó, en la mayoría de los casos no obtiene el resultado esperado; lo que da pauta a presentar su denuncia en una agencia del Ministerio Público.

Estas pueden ser tan variadas como las mismas especialidades médicas y, tan apegadas a la realidad como distantes, exageradas y fantasiosas. Aquí se conjugan multitud de emociones y sentimientos, debido a la pérdida o al daño recibido; por lo que se vuelve en algunos casos apasionante. También, se presentan agentes externos a motivar la denuncia como lo son los propios familiares, servidores públicos, políticos oportunistas, medios de información amarillistas, que sin importarles en lo más mínimo las personas andan en busca de una buena noticia que vender explotando el morbo de la gente, abogados faltos de ética que, prometiendo al paciente obtener una buena cantidad de dinero como indemnización, presentan sus escritos y argumentos de manera tal que los calificativos de “maquiavélico” y “novelesco” no encuentran cabida en la escena; pero lo último y más desconcertante es ver de tras de todo esto a mismos médicos especialistas o no, que andan tras la caza de sus propios colegas y, todo por envidias profesionales. Así vemos, que en medio de tantas voces, el paciente o su familiar se ven motivados a presentar su denuncia; ejemplos llanos de los cuales son los siguientes:

1. Me dijeron que mi dilatación no era la indicada, que fuera a caminar y tuve a mi hijo en mi casa.
2. Mi papá entró caminando y ya no salió; murió por culpa de los médicos que lo dejaron solo en la sala de urgencias.
3. Le aplicaron un medicamento para que se muriera porque ya no le querían tener en el hospital, porque les estaba costando mucho y querían la cama para otro paciente que tuviera más posibilidad de recuperarse.
4. Llegamos al hospital privado y no lo quisieron atender porque vieron que no íbamos a poder pagar.

5. Nos dijeron que la pielografía era un estudio muy sencillo e inmediatamente nos informaron que mi hermano estaba muy grave y que debían trasladarlo de urgencia a un hospital más grande; estuvo en terapia intensiva durante quince días hasta que murió.

En resumen, la denuncia es la forma en que se hace del conocimiento al órgano investigador (Ministerio Público), de un acto presuntamente delictivo. Con este conocimiento, el Ministerio Público debe practicar todas las averiguaciones necesarias (las fijadas en la ley y las que la propia averiguación solicita), para convencerse de la existencia de un “delito real”, y la responsabilidad de un sujeto, con lo que está preparado el ejercicio de la acción penal: el Ministerio Público ya tiene en sus manos todo lo necesario para poder excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto; acción con la que se extingue el periodo de preparación de la acción procesal. El dato límite es la consignación, con la cual termina el periodo de preparación de la acción.

#### **4.2 Averiguación previa.**

En términos generales, los efectos de la denuncia, son: obligar al órgano investigador a que inicie su labor investigadora, también llamada averiguación previa. Labor regida por la ley y en la que se presentan tres acciones a seguir:

- a) Práctica de investigaciones fijadas en la ley para todos los delitos en general;
- b) Práctica de investigaciones que fija la ley, y
- c) Práctica de investigaciones que la misma averiguación exige y que no están precisadas en la ley.

En síntesis las investigaciones señaladas en la ley son:

1. Recoger los vestigios o pruebas de la perpetración del delito.
2. Describir detalladamente el estado y las circunstancias conexas de las personas o cosas que se encuentren relacionadas con el delito.
3. Nombrar peritos en los casos que sea necesario.
4. Reconocer el lugar donde se cometió el delito y hacer la descripción del mismo.
5. Recoger las armas, instrumentos u objetos que pudieren tener relación con el delito.
6. Cuando fuere necesario nombrar peritos para apreciar mejor la relación de los lugares, armas, instrumentos u objetos, con el delito.
7. Cuando fuere conveniente para la averiguación, levantar plano del lugar del delito y tomar fotografías del mismo.
8. Cuando no queden huellas o vestigios del delito, deberá hacerse constar, oyendo el juicio de peritos.
9. Si se tratare de delito que fuere de los que por su propia naturaleza no dejan huellas de su comisión, se deberán tomar las declaraciones de testigos por medio de las cuales se acredita la perpetración del evento delictivo.
10. Practicar las diligencias especiales que requiera un delito en particular.

Así la actividad investigadora, con la cual se llena el periodo de preparación de la acción procesal, forma parte, de la función persecutoria encargada al Ministerio Público, quien puede ser asistido por la Policía Judicial.

El punto referente a los peritos se convierte en un parte aguas en esta investigación, debido a que por ser un acto médico difiere en gran manera de la comisión de un delito, aunque se tipifica como tal. En este punto se debe realizar un peritaje o dictamen especializado por parte de un perito calificado y certificado en la especialidad de que se trate. Existe un convenio firmado por la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Secretaría de Salud, que dice:

“En toda denuncia de los hechos relacionados con el ejercicio de las profesiones, actividades técnicas o especialidades en materia de salud que puedan constituir delitos penales, la averiguación previa contendrá una opinión de la Secretaría de Salud, la cual determinará la Institución pública, privada o social que la emita”.

Esto a dado paso a que las Academias de Medicina, los Consejos de Especialidad, los Colegios Médicos y Médicos Especialistas se certifiquen como peritos y, participen en este tipo de investigaciones. Esto constituye una seguridad y parcialidad en dicha investigación, porque alguien que ejerce la misma especialidad diariamente tiene más conocimientos y experiencia, a fin de dar un dictamen más acertado.

También se solicita la participación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en la emisión de estos peritajes; sin embargo, como ya se ha mencionado, los peritajes que aquí se realizan son inconsistentes y fácilmente debatibles.

Finalmente el peritaje es factor fundamental para el Ministerio Público, a fin de determinar si existen o no elementos suficientes para suponer la probable

responsabilidad del médico y, así darle paso a la consignación o en su caso no realizarla por falta de elementos y, dictar el auto correspondiente.

El primer periodo coincide en todas sus partes con el que se denominó anteriormente "preparación de la acción procesal penal", y en él se afirma que el contenido comprende un conjunto de actividades "para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal".

La etapa comprendida en el inciso II es corolario del primero y lógicamente queda inmerso en el primer periodo pues si se investiga es para resolver.

El que se ha llamado periodo de "preparación de la acción procesal", propiamente está comprendido en el inciso III denominándole impropriamente instrucción, como se aclarará posteriormente.

Por último, lo que se ha titulado proceso, comprende parte del inciso III y en su totalidad el IV.

Así, se puede decir que los fines inmediatos del procedimiento penal se pueden resumir en una sola frase: crear la norma jurídica individual ciñéndose a reglas especiales. Además se encuentran ciertos medios para alcanzar esos fines y que no son otros que la investigación, reunión o comprobación de los datos cuya existencia es indispensable acreditar para aplicar las consecuencias que la ley prevé.

De las investigaciones practicadas por el Ministerio Público se puede llegar a cualquiera de las siguientes situaciones:

Resultado de la  
Investigación de la  
Policía Judicial

- No hay elementos para ejercitar la acción penal

Práctica de nuevas diligencias.  
Reserva  
Archivo

- No hay elementos que comprueban la comisión de un delito que merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no se encuentre detenido.

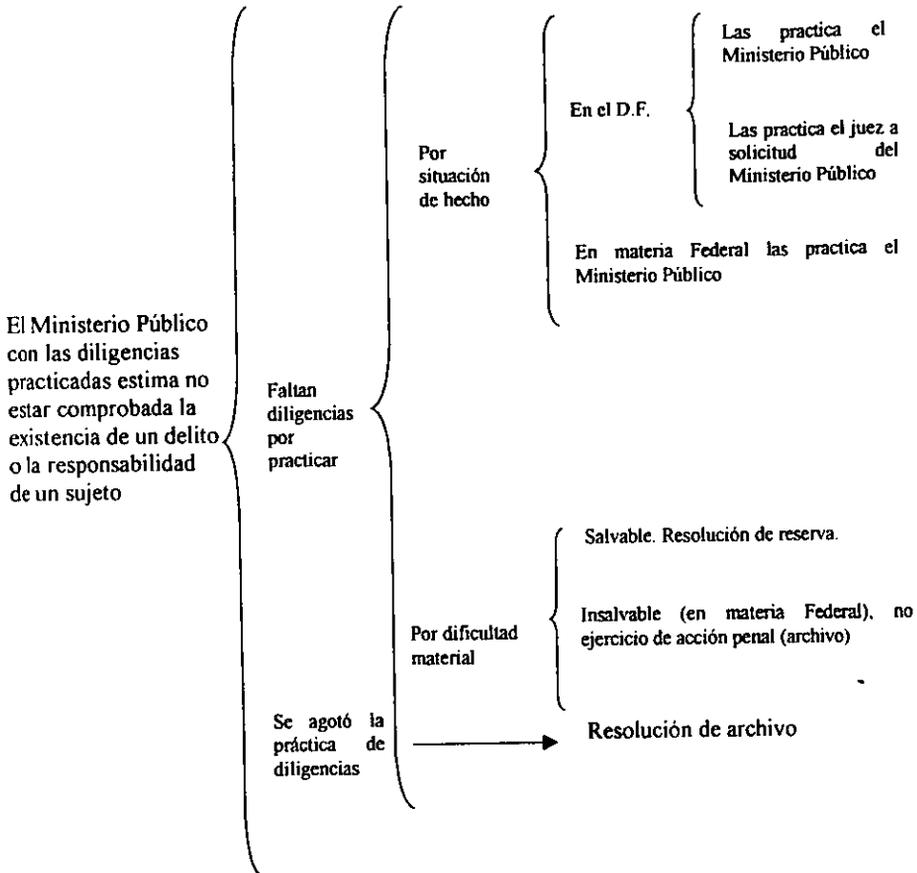
Se solicita orden de aprehensión

- Hay elementos que comprueban la comisión de delito que no merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no está detenido.

Se ejercita la acción penal para los efectos de que si el juez estima comprobados los elementos que dan base al proceso, se sujete al inculcado a éste (sin prisión preventiva)

- Hay elementos que comprueban la comisión de delito que merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentre detenido.

Se ejercita la acción penal para que si el juez comprueba los elementos que dan base al proceso inicie éste (Con prisión preventiva)



### 4.3 Primera instancia.

*Primer periodo. De preparación de la acción procesal penal.* Este primer periodo se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación. En otros términos: principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso, mediante la denuncia, y termina con el acto en que el

Ministerio Público solicita la intervención del órgano encargado de aplicar la ley. El fin de este periodo reside en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público pueda excitar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función. El contenido de la preparación de la acción procesal, es llenado por un conjunto de actividades realizadas por y ante un órgano especial que es el Ministerio Público y la Policía Judicial y debidamente reglamentadas en capítulo propio.

*Segundo periodo. De preparación del proceso.* Este periodo principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión. Se inicia con la primera actividad que ejecuta el órgano jurisdiccional una vez que tiene conocimiento de la consignación y termina con la resolución que sirve de base al proceso. La finalidad perseguida en este periodo es reunir los datos que van a servir de base al proceso, o sea, comprobar la comisión de un delito y la posible responsabilidad de un delincuente. Sin la comprobación de la comisión de un delito sería inútil seguir un proceso y sin acreditar, cuando menos, datos de los que se puede inferir la responsabilidad de un sujeto, sería también ineficaz la iniciación del proceso. Para que se siga un proceso el legislador exige se tenga base para ello y la finalidad del periodo en estudio, es precisamente construir esa base. El contenido de este periodo está integrado por un conjunto de actividades legalmente reguladas y dirigidas por el órgano jurisdiccional.

*Tercer periodo. El proceso.* Los autores lo dividen en las siguientes partes, instrucción, discusión, fallo y cumplimiento de lo juzgado. Se puede manifestar, que el cumplimiento de lo juzgado queda fuera, tanto del proceso, como del procedimiento, por lo que no se tratará.

Dando una división general de las tres partes en que se divide el proceso, se tiene: la instrucción, es la aportación de los elementos para poder decir el Derecho; la

discusión, es la apreciación hecha por las partes, de esos elementos, y el fallo, la concreción de la norma abstracta hecha por el órgano jurisdiccional.

Es válida, en términos generales, la división hecha por los tratadistas, pero para efectos didácticos es preferible hacer otra división en los términos siguientes: I. Instrucción; II. Periodo preparatorio del juicio; III. Discusión o audiencia; y IV. Fallo, juicio o sentencia. Glosado por separado cada uno de los periodos que comprende el proceso y siguiendo la pauta establecida para los otros, se tiene:

I. La instrucción principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. El fin que se persigue con la instrucción es "averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiaridades del inculpado así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste".

En otras palabras, se aportan al juez los medios para que pueda cumplir su cometido, o mejor dicho, darle a conocer lo necesario para que posteriormente le sea factible realizar la obligación que tiene de dictar sentencia. Con acierto los tratadistas señalan la instrucción como el periodo en que aportan los datos que el juez necesita conocer para llevar a cabo el acto de voluntad mediante el cual decide.

El contenido de este periodo es un conjunto de actividades realizadas por o ante los tribunales; es la aportación de las pruebas que van a servir para la decisión.

Al periodo instructorio lo divide el llamado auto que declara "agotada la averiguación", y se dicta cuando el juez estimando que ya no hay diligencias por practicar, hace un llamado a las partes para que promuevan las pruebas que estimen se deben desahogar. Así, el auto que declara agotada la averiguación no cierra la instrucción, pues todavía viene la última etapa en lo que las partes ofrecen pruebas que puedan desahogarse

en el término de quince días. En materia del Orden Común, no registra el Código el auto que declara agotada la averiguación.

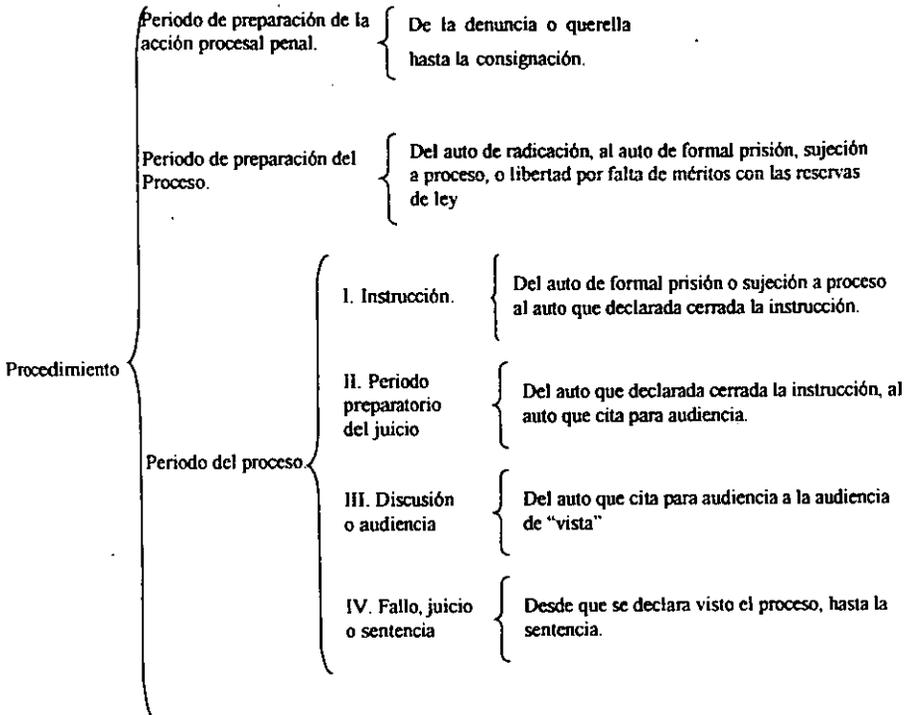
II. El periodo preparatorio a juicio, principia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia. Este periodo tiene como finalidad el que las partes precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, el Ministerio Público precise su acusación y el procesado su defensa. El contenido de este periodo se encuentra en la formulación de las llamadas "conclusiones"; los escritos en que cada una de las partes determina su postura.

III. El periodo de audiencia abarca, como su nombre lo indica, la audiencia. Tiene como finalidad que las partes rindan las pruebas permitidas por la ley y se hagan oír del órgano jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el periodo preparatorio a juicio. El contenido de este periodo es un conjunto de actividades realizadas por las partes ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional.

IV. Por último, el fallo abarca desde el momento en que se declara "visto" el proceso, hasta que se pronuncia sentencia. Su finalidad es la que el órgano jurisdiccional declare el Derecho en el caso concreto, valorando las pruebas que existen. Su contenido es la llamada sentencia, o sea, según el lenguaje de Kelsen, la creación de la norma individual.

La división presentada de los periodos del proceso a que se ha aludido en renglones anteriores, es propiamente para el procedimiento ordinario registrado tanto en el Código Federal como en el del Distrito Federal, y recogido por los Códigos de Procedimientos Penales de algunas Entidades Federativas.

Todo lo anterior se puede enmarcar con un cuadro sinóptico, a saber:



#### 4.4 Segunda instancia.

La segunda instancia o también llamada apelación, se inicia a petición de parte mediante un escrito llamado "apelación", el cual tiene como fin que un órgano judicial superior al que dictó la sentencia o fallo con el que se concluyó la primera instancia cambie parcial o totalmente dicha resolución, por considerar que no ha sido emitida correctamente.

La presentación del recurso de apelación lo puede hacer el inculpado y/o su defensor, el Ministerio Público. Para los casos en que exista una sentencia condenatoria y la

posibilidad de una reparación del daño causado por el condenado la apelación puede ser presentada por la víctima del delito en forma coadyuvante con el Ministerio Público, pero sin ir más allá de la solicitud de la reparación del daño.

Dicho recurso procesal, se admite en efecto devolutivo o en ambos efectos, dependiendo del caso concreto de que se trate. Así, se tiene la intervención de dos autoridades distintas: la de primera instancia (también llamada a quo o juez de primera instancia), quien ha dictado la sentencia que se impugna y además, recibe la presentación del recurso en comento; la autoridad de segunda instancia, ad quem o magistrados, se encargará de la tramitación de la apelación, finalizando con una sentencia revocatoria, confirmatoria o modificatoria de la resolución definitiva dictada en primera instancia.

Una vez presentado el recurso de apelación el a quo procede a admitirlo, tomando en consideración los siguientes aspectos:

1. Que se haya interpuesto dentro del término previsto por la ley.
2. Que quien lo haya interpuesto esté autorizado por la ley para hacerlo.
3. Que la resolución impugnada se encuentre en los supuestos marcados por la ley para utilizar este recurso.

Una vez admitido el recurso el a quo envía copias de todo lo actuado durante el procedimiento de primera instancia (testimonio de apelación) al ad quem. Al recibir el testimonio de apelación el ad quem radicará el asunto y fijará fecha y hora para realizar la audiencia de vista, dentro de los 25 días siguientes. A partir de notificada la radicación del recurso se cuentan con tres días para impugnar dicho recurso, y para el caso de que se admita dicha impugnación el ad quem deberá resolverla dentro de los tres días siguientes. También, a partir de la citada notificación el sentenciado o su defensa, cuentan con tres días para ofrecer pruebas distintas a las que ofreció y desahogó en primera instancia. El derecho

de presentar pruebas es exclusivo del sentenciado y su defensa, es decir, el Ministerio Público no puede pretender ofrecer más pruebas de las que ofreció en primera instancia.

Después de que se hayan desahogado todas las pruebas presentadas y llegada la fecha para la audiencia de vista el ad quem recibirá los agravios del impugnante, mismos que pueden ser presentados desde la interposición del recurso o en el transcurso de toda la instancia hasta antes de esta audiencia.

Terminados todos los periodos comprendidos en este procedimiento de segunda instancia el órgano colegiado deberá dictar la resolución que modifique, revoque o confirme, total o parcialmente, la sentencia emitida por el juez de primera instancia.

#### **4.5 Juicio de amparo.**

El juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad y la legalidad que se ejerce por un gobernado por la vía de acción ante los tribunales federales en los casos a que hace referencia el Artículo 103 Constitucional, con el objeto de que la Justicia de la Unión ampare y proteja al gobernado en la garantía individual que se le viola.

Este medio de defensa puede ser utilizado en forma preventiva, es decir, “antes de...”, que el sujeto que pudiese ver afectado alguno de sus derechos constitucionales; o, también, de manera restitutiva, “después de...”, para el caso de que sus derechos ya hubiesen sido violentados por alguna autoridad y requiera le sean restituidos.

Para el tema de este trabajo y dado el desarrollo del mismo, sólo se revisará la restitución que se puede lograr a través del juicio de amparo.

El juicio de amparo se inicia después de haber agotado todas las instancias anteriores mediante las cuales se procuró la correcta aplicación de la ley y no se obtuvo tal resultado, por lo que es necesario buscar la protección de los tribunales y leyes federales.

Es requisito indispensable que la parte agraviada o quejoso, presente por escrito su solicitud de amparo mediante la llamada "demanda de amparo", para que los tribunales federales puedan iniciar con el juicio constitucional. La demanda de amparo contra una sentencia definitiva, deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable que la emitió. Esta tendrá la obligación de hacer constar al pie del escrito de la misma, la fecha en que fue notificada al quejoso la resolución reclamada y la de presentación del escrito, así como los días inhábiles que mediaron entre ambas fechas. La demanda deberá contener:

I.- El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueva en su nombre;

II.- El nombre y domicilio del tercero perjudicado;

III.- La autoridad o autoridades responsables;

IV.- La sentencia definitiva que hubiere puesto fin al juicio, constitutivo del acto o de los actos reclamados; y si se reclamaren violaciones a las leyes del procedimiento, se precisará cuál es la parte de este en la que se cometió la violación y el motivo por el cual se dejó sin defensa al agraviado.

V.- La fecha en que se haya notificado la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio, o la fecha en que haya tenido conocimiento el quejoso de la resolución recurrida;

VI.- Los preceptos constitucionales cuya violación se reclame y el concepto o conceptos de la misma violación;

VII.- La ley que en concepto del quejoso se haya aplicado inexactamente o la que dejó de aplicarse, cuando las violaciones reclamadas se hagan consistir en inexacta

aplicación de las leyes de fondo. Lo mismo se observará cuando la sentencia se funde en los principios generales de derecho.

Cuando se trate de inexacta aplicación de varias leyes de fondo, deberá cumplirse con esta prescripción en párrafos separados y numerados.

Además, con la demanda de amparo deberá exhibirse una copia para el expediente de la autoridad responsable y una para cada una de las partes en el juicio constitucional; copias que la autoridad responsable entregara a aquellas, emplazándolas para que, dentro de un término máximo de diez días, comparezcan ante el órgano judicial competente (Tribunal Colegiado de Circuito o Suprema Corte de Justicia) a defender sus derechos.

Cuando se trate de sentencias definitivas dictadas en juicios del orden penal, al proveer la autoridad responsable, conforme a los párrafos primero y segundo del Artículo 168 de esta ley, mandará suspender de plano la ejecución de la sentencia reclamada. Para el caso de que la sentencia reclamada imponga pena privativa de la libertad, la suspensión de la misma surtirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del tribunal colegiado de circuito competente, por mediación de la autoridad que haya suspendido su ejecución, la cual podrá ponerlo en libertad caucional si procediere.

En el caso de que existiese un tercero perjudicado, y además el agente del Ministerio Público que hayan intervenido en el proceso en asuntos del orden penal, podrán presentar sus alegaciones por escrito directamente ante el tribunal colegiado de circuito, dentro del término de diez días contados desde el día siguiente al del emplazamiento a que se hizo referencia anteriormente.

Para la resolución de los asuntos en materia de amparo directo, los tribunales colegiados de circuito observarán las siguientes reglas:

I.- El presidente turnará el expediente dentro del término de cinco días al magistrado relator que corresponda, a efecto de que formule por escrito, el proyecto de resolución redactado en forma de sentencia, y

II.- El auto por virtud de el cual se turne el expediente al magistrado relator tendrá efectos de citación para sentencia, la que se pronunciará, sin discusión pública, dentro de los quince días siguientes, por unanimidad o mayoría de votos.

Toda ejecutoria que pronuncien las salas deberá ser firmada por el ministro presidente y por el ponente, con el secretario que dará fe, dentro de los cinco días siguientes a la aprobación del proyecto correspondiente, siempre que se hubiese aprobado sin adiciones, ni reformas.

Si no fuere aprobado el proyecto, pero el ministro ponente aceptare las adiciones o reformas propuestas en la sesión, procederá a redactar la sentencia con base en los términos de la discusión. En este caso, así como cuando deba designarse a un ministro de la mayoría para que redacte la sentencia de acuerdo con el sentido de la votación y con base en los hechos probados y los fundamentos legales que se hayan tomado en consideración, la ejecutoria deberá ser firmada por todos los ministros que hubiesen estado presentes en la votación, dentro del término de quince días.

Al observar el proceso penal , el médico alude a su característica humanitaria haciendo principal mención a que toda su preparación ha sido encaminada a restituir la salud o preservar la vida de cada ser humano que se acerque a él a solicitar auxilio para luchar en contra de su padecimiento. Que en ningún momento busca el perjuicio para su paciente; que cada oportunidad que tiene asiste a Cursos y Congresos para mejorar su conocimiento, experiencia y calidad al momento de prestar servicio y, se pregunta ¿ Por

qué yo? ¿ Por qué se me trata como a un delincuente? Y, dice "la Medicina no es exacta" "no soy Dios" " yo no decido quién vive y quién no" ¿ Por qué he de pagar dinero por realizar mi mejor esfuerzo?

Por su parte el paciente dice ¿ Y ahora que voy a hacer? ¿ Quién va a pagar por esto que me pasó? ¿ Quién va a sostener a mi familia? ¿Qué voy a hacer, ahora que ya no puedo trabajar?

En todos estos casos, cabe hacer mención importante de dos situaciones:

1. Se hace necesario que todos los prestadores de servicios médicos cuenten con un Seguro de Responsabilidad Profesional, para poder enfrentar demandas, quejas o denuncias penales por parte del paciente. Esto debido a que si encuentra ante la situación de tener que indemnizar conforme a lo establecido por la legislación vigente; la que establece que ha de hacerse de acuerdo a las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, y
2. Igualmente necesario es, contar con un fideicomiso o fondo gubernamental a favor de los pacientes, para estar en posición de responder en los casos en donde no se encuentra responsable al prestador de servicios médicos, pero en donde también se pueda indemnizar al paciente y no quede desprotegido.

#### **4.6. Casos prácticos.**

##### **4.6.1 Queja y denuncia por pérdida de la matriz.**

El veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y seis, los señores Elías Espejo González y Araceli Valdez Maisson, esta última por su propio derecho, presentaron queja

en contra del Dr. Sergio Solórzano Covarrubias y otros, solicitando a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se investigue a fondo los hechos, se castigue a quien o a quienes resulten responsables y se determine el daño a reparar, manifestando, entre otros hechos, los siguientes:

1. Que la Sra. Araceli Valdez Maisson, a raíz de su embarazo, acudió a atención médica particular con el Dr. Sergio Solórzano Cobarrubias; que conforme avanzó su embarazo el Dr. Solórzano, la Sra. Valdez y su esposo el Sr. Elías Espejo, acordaron que se realizara el parto en el Hospital Médica Prado, determinándose que el pago de los servicios profesionales sería de \$12,000.00 (doce mil pesos 00/100 M.N.)
2. Que el día seis de mayo de mil novecientos noventa y seis, se le practicó operación cesárea a la Sra. Valdez, en el Hospital Médica Prado, obteniendo ella un producto único vivo de sexo masculino, con peso de 3250 gramos, talla 54 centímetros, apgar 8-9, a las 17:00 Hrs., según constancia de nacimiento; que el día 8 de mayo de 1996, se dio de alta a la Sra. Valdez.
3. Que el día 15 de mayo del citado año, la Sra. Valdez, presentó dolores fuertes tanto en el vientre como de cabeza y escalofríos por lo que se le llamó al Dr. Solórzano, quien le recetó ampicilina de 250 mg., pero tales dolencias continuaron tres días después, por lo que se le llamó nuevamente al Dr. Solórzano; que el 31 de mayo del mismo año, se le presentó a la Sra. Valdez una hemorragia abundante, por lo que se le llamó nuevamente al Dr. Solórzano, quien le indicó tomara medicamento, pero dada la abundancia del sangrado y el dolor que manifestaba, en calidad de urgencia se le trasladó al Hospital General de Zona No. 53 del IMSS, en los Reyes La Paz, Estado de México.
4. Que el 1 de junio de 1996, en el Hospital del IMSS, le practicaron un legrado a la Sra. Valdez, por presentar restos de placenta y que le extirparon la matriz y el ovario

derecho, siendo informada de esto por el Dr. Pedro Valencia, quien realizó la intervención en comento; y que por lo tanto no podría volver a tener hijos.

5. Que el día 7 de junio del mismo año, fue dada de alta con la nota médica de "Rotura de puntos por infección, extirpación de matriz y ovario derecho".
6. Que por lo anterior el Sr. Espejo González, esposo de la Sra. Valdez, acudió ante el Dr. Solórzano, solicitándole una explicación de lo ocurrido, obteniendo una explicación en términos médicos y la manifestación del Dr. Solórzano de no tener ninguna responsabilidad y haber actuado profesionalmente; y que posteriormente el Dr. Solórzano, le llamó a su domicilio diciéndole que no sabía a que obedecía tal complicación, ofreciendo reintegrarle la cantidad que le habían pagado. Agregando los quejosos que existe temor de que el Dr. Solórzano en su carácter de Director de una Clínica del IMSS, haya podido con influencias cambiar o modificar el contenido del expediente clínico de la Sra. Valdez.

El día 24 de julio de 1996 la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, admitió la queja y mediante oficio del 26 del mismo mes y año, corrió traslado al Dr. Sergio Solórzano, requiriéndole un informe relacionado con la queja, así como el expediente clínico respectivo y, citándolo a una audiencia de conciliación prevista para el 6 de agosto de 1996.

En la audiencia de conciliación se acreditan las partes y, se procede a escucharles; ratificando la actora en todas y cada una de sus partes su queja presentada ante esta Comisión, agregando que es su pretensión ser indemnizada económicamente con \$120,000.00 (ciento veinte mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de reparación del daño causado.

El Dr. Sergio Solórzano, mediante escrito presentado a la Comisión, procedió a responder la queja, en los términos siguientes;

1. Que efectivamente la Sra. Araceli Valdez, acudió a su consultorio en el mes de noviembre de 1995, para el diagnóstico de embarazo, siendo portadora de dispositivo intrauterino el cual se retiró el mismo día, volviendo a acudir a control prenatal hasta el 9 y 23 de abril de 1996, en la última fecha cursaba con un embarazo de 37 semanas de gestación con cesárea previa y periodo intergenésico corto, por lo que se le sugirió tratamiento quirúrgico (cesárea), haciéndole un presupuesto de paquete de \$6,000.00 (seis mil pesos 00/100 M.N.); que el 4 de mayo de 1996, fue la última consulta prenatal en la que se acordó operar a la paciente de cesárea y ella solicitó oclusión tubaria bilateral por tener la experiencia de que el dispositivo intrauterino le había fallado provocándole éste último embarazo; que la Sra. Valdez y su esposo aceptaron que la atención se llevara en el Sanatorio "Médica Prado", y que el pago del paquete de los honorarios y Hospital sería la cantidad de \$6,000.00 (seis mil pesos 00/100 M.N.), de los cuales los quejosos sólo cubrieron un monto de \$1,200.00 (mil doscientos pesos 00/100 M.N.) que corresponde al gasto del Sanatorio.
2. Que efectivamente el día 6 de mayo de 1996, se efectuó la operación a la Sra. Valdez, extrayéndose producto único vivo del sexo masculino, procediéndose a realizar salpingoclasia bilateral, concluyendo sin ningún incidente ni accidente, siendo dada de alta la Sra. Valdez, por mejoría el día 8 de mayo de 1996, con indicaciones de urgencia, así como receta por antibióticos y analgésicos, con cita para el día 14 de mayo, a la consulta para revisión postoperatoria y retiro de puntos, acudiendo la paciente ese día.
3. Que es falso, que el día 15 de mayo, se le haya llamado, ya que el día anterior le había indicado a la paciente continuar con el tratamiento a base de antibióticos por

tres días más, así como acudir en caso de presentar alguna alteración, aclarando que si la paciente se encontraba en mal estado y con complicaciones, debió haber acudido personalmente a revisión a su consultorio o en su defecto con algún otro médico privado o alguna institución del Sector Salud en el lapso del dieciocho al treinta y uno de mayo.

4. Que el 31 de mayo recibió una llamada telefónica del Sr. Elías Espejo, notificándole que su esposa había presentado sangrado transvaginal, por lo que le sugirió que acudiera al sanatorio particular para revisión integral de la paciente y le otorgaran el tratamiento que fuera necesario.
5. Que la paciente presentó como complicación transoperatoria Hipotonía Uterina por lo que fue necesario realizar una revisión exhaustiva de la cavidad uterina a cielo abierto, así como masaje directo y aplicación de oxitocicos; agregando no estar en posibilidad de emitir un juicio de los estudios realizados en el Hospital del IMSS por desconocer los resultados de los mismos, así como del estado, evolución, tratamiento y complicaciones que la paciente presentó en dicho nosocomio.
6. Que desconoce las causas y motivos por las que a la Sra. Valdez se le efectuó la Histerectomía y, en lo que se refiere a la imposibilidad de la Sra. Valdez de tener hijos, aclaró que la paciente desde el 4 de mayo de 1996 solicitó voluntariamente control definitivo de la fertilidad motivo por el cual se le efectuó salpingoclasia transcesárea, por lo que ya desde ese momento no había posibilidad de futuros embarazos.
7. Que es falso que el Sr. Elías Espejo acudió a su consultorio y que posteriormente el Dr. Solórzano se haya comunicado telefónicamente con él para decirle que no sabía a qué se había debido la complicación, así como para ofrecerle el reintegro de la

cantidad que se le había pagado, agregando que el Sr. Espejo no había cubierto la totalidad de sus honorarios. Por otra parte, señaló que efectivamente es Director del Hospital de Gineco- Obstetricia con Medicina Familiar No. 60 del IMSS; sin embargo, que su nivel jerárquico no tiene influencia en la ética profesional, decisión y conducta de la Dirección de otra unidad y menos aún, del personal médico y paramédico que intervienen en el diagnóstico y tratamiento de cualquier paciente.

Por todo lo anterior, el prestador de servicio médico manifestó que no acepta la responsabilidad que se le imputa, ni efectuar el pago de dicha indemnización; acordando ambas partes someterse al arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Posteriormente la Dirección General de Conciliación, remitió el expediente a la Dirección General de Arbitraje, para la práctica de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y proceder conforme a derecho; enviando una serie de preguntas a las partes para hacer su valoración del caso con elementos aportados por éstas, sin haber solicitado el expediente clínico del médico, basándose únicamente en su cuestionario para "resolver conforme a derecho".

Las preguntas para la quejosa fueron las siguientes:

1. ¿Cuál fue la razón por la que se le practicó la primer cesárea y la fecha en que se hizo?
2. ¿Autorizaron usted o su esposo al Dr. Solórzano practicar oclusión tubaria bilateral durante la segunda cesárea?
3. ¿Acudió a consulta de revisión después de la operación, el 14 de mayo de 1996, y se le solicitó al Dr. Solórzano copia de receta y recibo de honorarios?

Las preguntas al médico fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles fueron las indicaciones de la primera y de la segunda operación cesárea?

2. ¿Dio oportunidad de trabajo de parto antes de la operación cesárea del 6 de mayo de 1996? ¿Durante cuanto tiempo?
3. ¿Qué instrucciones precisas dio usted a la paciente y a su esposo en las consultas telefónicas de los días 15, 18 y 31 de mayo de 1996 y cuál fue el su diagnóstico presuncional y sus decisiones respecto a estas consultas?
4. ¿En qué términos literales se refirió a la actuación de sus colegas del Hospital No. 53 del IMSS?

El siguiente paso fue dar apertura al período de ofrecimiento y desahogo de pruebas, así como los alegatos de las partes, y después de once meses se cita a los interesados para dar entrega del laudo; el cual a la letra dice:

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico considera que la indicación de cesárea iterativa por período intergenésico corto es generalmente reconocida; que el procedimiento quirúrgico descrito por el médico tratante es el habitual para la operación cesárea. Es posible que la presencia de várices segmentarias hayan requerido de la aplicación de puntos de sutura adicionales, lo que eventualmente puede ser un factor predisponente de infección, resultante del traumatismo tisular; que el cuadro clínico iniciado por la paciente nueve días después de la cesárea, corresponde más al de un estado infeccioso que al de retención de restos placentarios. Adicionalmente, en el resultado histopatológico del útero extirpado no se menciona la presencia de tales restos; que el manejo conservador con antibioticoterapia es el indicado en sospecha de endometriitis inicial, y así se efectuó según el informe del médico tratante; que la endometriitis post-cesárea es una de las complicaciones más frecuentes de esta intervención, pero prácticamente

es imprevisible, salvo ante la presencia de factores obvios, como anemia, desnutrición, etc., ausentes en este caso; que ante la dehiscencia total por infección de una histerorrafia, el único tratamiento es la cirugía radical, como se efectuó en el Hospital del IMSS, que de los datos que se desprenden de la revisión documental no existen evidencias de procedimientos médicos incorrectos o negligencia en el manejo de este caso.

Por lo expuesto, fundado y motivado anteriormente es procedente resolver y se resuelve:

Esta Comisión considera improcedente la reclamación de los quejosos en contra del prestador del servicio médico por no haberse configurado responsabilidad profesional de su actuación, así también se considera improcedente la reclamación en el sentido de que se determine el daño a reparar, ya que la imposibilidad de la Sra. Valdez, para procrear hijos, es consecuencia directa de la salpingoclasia bilateral realizada el día 6 de mayo de 1996, cuando se realizó la operación cesárea y no de la histerectomía practicada en el Hospital del IMSS, en donde al extraer el útero se preservó la vida de la paciente.

Así lo resolvió y firma el C. Comisionado Nacional de Arbitraje Médico,

**DR. Héctor Fernández Varela Mejía**

En todo este caso, se observa que el expediente clínico, tanto del médico particular como el del Hospital del IMSS, no fue analizado correctamente, debido a que no se menciona en ningún momento si hubo o no autorización de los quejosos para la realización de la salpingoclasia bilateral durante la cesárea practicada el día 6 de mayo de 1996, como lo establece el párrafo segundo del Artículo 67 de la Ley General de Salud y el Artículo 119 del Reglamento de la Ley General de Salud en

Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica Por otro lado, en el expediente del Hospital del IMSS, se observa que en una nota el Dr. Pedro Valencia realiza una exploración vaginal a la paciente con unas pinzas cosa contraria a los procedimientos indicados, ya que si deseaba saber el estado de la histerorrafia, éste lo tendría que hacer mediante tacto con sus manos, por lo que puede pensarse que la deshincencia se realizó por este procedimiento incorrecto, además que en sus notas establece que la cesárea fue hecha con una técnica muy mala y que por eso se puso en peligro la vida de la paciente. También es importante hacer notar que al ingresar la paciente al Hospital mencionado no presentaba ningún síntoma de infección como fiebre o loquios fétidos lo que pone en duda la causa por la cual fue ingresada la paciente, y por ende la resolución de la CONAMED.

Esto originó que los quejosos acudieran a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para una investigación más seria y más completa; asistiendo a la Dirección General de Investigación de Delitos contra el Honor, Responsabilidad Profesional y Relacionados con Servidores Públicos, en noviembre de 1996 dándose el número de Averiguación Previa SC/15144/96-11, en contra del Dr. Sergio Solórzano; averiguación que duró un año y medio, en donde la Procuraduría se apoyó en el dictamen de la CONAMED, por lo que se dictó un auto de no sujeción a proceso por falta de elementos para procesar.

Posteriormente, al año siguiente, los quejosos acudieron a la Procuraduría General de Justicia del Estado de México en Netzahualcóyotl, denunciando nuevamente al Dr. Solórzano para solicitar que le sea suspendida su cédula profesional, por incurrir en responsabilidad profesional, así como una pena privativa de libertad por la supuesta comisión del delito de lesiones en contra de la Sra.

Valdez; en esta ocasión la Averiguación Previa duró menos tiempo, 9 meses, terminando con el mismo auto antes mencionado, debido a que nuevamente se recurrió al apoyo de la CONAMED en cuanto a la opinión técnica y, la respuesta fue la misma.

#### **4.6.2 Queja y denuncia por pérdida del producto en el parto.**

El día 12 de mayo de 1999, la Sra. Ana Lilia Hernández Herrera se presentó a la Unidad Médico Familiar (UMF) No. 49 del I.M.S.S. a revisión pues se encontraba en los últimos días de su embarazo.

Se trata de paciente primigesta, reportando como fecha de última regla el día 5 de agosto de 1999, 28 años de edad, 102 kg. de peso, sin hemorragia, sin dolor sin contracciones, con frecuencia cardíaca fetal de 140, con tono uterino normal, con membranas íntegras; observando un control prenatal inusual; teniendo como motivo de la consulta, la no actividad uterina y la no percepción de movimientos fetales. Con éstas características se presenta y es atendida, después de lo cual se le indican algunos medicamentos; se le informan las características de una alarma obstétrica, dejando cita abierta para acudir en caso de presentar alguno de ellas.

Posteriormente se presenta el día 17 del mismo mes y año a una segunda revisión, en donde se perciben movimientos fetales, sin actividad uterina, con frecuencia cardíaca fetal de 140, cérvix cerrado, Tainier negativo y pelvis útil. Condiciones generales normales. Nuevamente se indican datos de alarma obstétrica, y se da cita

abierta, firmando en esta ocasión la paciente de que se explicaron claramente estos datos, y que los entendió, quedando constancia de ello en el expediente clínico.

Dos días después se presenta al servicio de urgencias, ahora en el Hospital General de Zona No. 4 del mismo Instituto, adjunto a la clínica antes mencionada; refiriendo la paciente haber dejado de sentir movimientos fetales aproximadamente 30 horas antes de asistir a este servicio. El médico de urgencias le diagnostica hipomotilidad y bradicardia fetal y se indica cesárea urgente.

En sala de quirófano bajo bloqueo epidural se realiza Histerotomía cortante arciforme, y se extrae a las 16:10, producto sexo masculino de 3,700 Kg. Apgar 0=6, cubierto por completo de meconio, y sin tono muscular. Se realiza aseo profiláctico de cavidad uterina con compresa, se extrae gran cantidad de desidua verdosa y necrótica. Accidentes no aparentes.

Se ingresa al bebé a la sala de terapia intensiva pediátrica, presentando grave estado de salud con pocas probabilidades de seguir con vida; en las siguientes dos horas presenta un paro cardiorrespiratorio del cual logran sacarlos adelante y estabilizarlo, continuando en estado grave; aproximadamente una hora y media después presenta otro paro del cual no logra reponerse y fallece.

Todo esto origina que la paciente y su esposo interpongan una queja ante las autoridades de dicho Hospital, procediendo éstas a realizar una investigación de lo sucedido. Siguiendo el procedimiento interno para tal Institución, se citan a los médicos involucrados para una audiencia de ley y que éstos puedan contestar a las acusaciones que se les imputan, teniendo como argumentos las notas escritas en el expediente de dicha paciente. Después de ciertos meses de investigación y en donde se realizó un dictamen técnico pericial sobre el manejo de la paciente siendo éste

desfavorable para los especialistas, resultando en una suspensión temporal de trabajo en el mencionado Hospital; no trayendo para los afectados indemnización alguna, y tampoco la satisfacción por la resolución emitida; por lo que finalmente, "en medio de tantas voces", dice un diario local, Pablo R. Virgen Salazar se decidió y realizó la denuncia penal en contra de los médicos que atendieron a su esposa e hijo, solicitando a la autoridad que se prive de la libertad a tales profesionistas, se les suspenda su cédula profesional definitivamente, y se les indemnice con \$100,000.00 (Cien mil pesos) por la muerte de su bebé; todo esto por actuar con Negligencia, al no darle la atención adecuada retardando sin justificación el día del parto poniendo en peligro la vida de la paciente y del producto.

Se integró la Averiguación Previa 3046/ 2000.

## CONCLUSIONES.

1. La iatrogenia en su definición todavía es algo poco conocida, tanto por los profesionales de la medicina como por los encargados de la impartición de la Justicia en nuestro país, aún cuando existen tratados al respecto. La iatrogenia comienza a ser conocida por la sociedad debido a la difusión tan grande que de ella se da en los medios de información al conocerse de una queja o demanda presentada por un paciente por una supuesta mala atención médica. Muchas quejas y demandas son infundadas, mal intencionadas o por ignorancia, por lo que se deberían tomar medidas más eficientes para informar a los usuarios lo que es una iatrogenia; que todo diagnóstico, tratamiento, procedimiento, estudio e intervención conllevan un riesgo, que en el peor de los casos puede llegar a manifestarse durante su manejo por parte del médico.

2. La formación profesional a la que se encuentra sometido el estudiante de medicina, como se ha observado presenta carencias en el control, seguimiento, adiestramiento y en la supervisión de todas sus tareas y actividades dentro del Hospital- Escuela. En muchas y diversas ocasiones en el transcurso de su carrera se encuentra solo para poder atender padecimientos para los cuales no se encuentra preparado, se le abandona en el servicio o piso, se le deja como la fuerza de los Hospitales en los horarios más complejos, como lo son el vespertino, nocturno y los fines de semana y días festivos. Las autoridades educativas correspondientes, los Colegios Médicos y la Secretaría de Salud, deberían aplicar procedimientos por medio de los cuales se mantuviera en vigilancia a todas las

instituciones en las que los estudiantes realicen sus prácticas, para que los médicos adscriptos realicen su trabajo y supervisen el realizado por los estudiantes. El descansar la responsabilidad de estos establecimientos de salud en la experiencia de los estudiantes origina deficiencia en la atención a los usuarios, provocando así un mayor número en la realización de iatrogenias lo que se traduce en denuncias penales.

3. Desafortunadamente la situación económica que predomina en nuestro país desde hace ya muchos años, constituye un factor importante y determinante para que se presenten iatrogenias con relativa frecuencia; esto es, porque no hay medicamentos suficientes que cubran las necesidades de tantos enfermos; no se puede pagar un número suficiente de profesionales y personal adecuado e idóneo para cada área de los Hospitales; la capacidad en el número de camas y cuartos es extremadamente insuficiente, tanto así que las cirugías deben diferirse o debe enviarse a los enfermos a su casa por falta de lugar. Al presentarse un daño ocasionado por alguno de estos factores a las Instituciones de Salud debería obligárseles a aceptar y enfrentar su responsabilidad por dicha situación y, no permitir más lo que ahora sucede, cuando al enfrentar una demanda o denuncia literalmente se hace a un lado dejando que la autoridad judicial busque en el profesional de la salud al culpable del daño ocasionado.

4. La comisión de una iatrogenia deja al prestador de servicios médicos en igualdad de circunstancias que cualquier criminal sin importar que el acto que se realizó nunca estuvo encaminado a cometer una conducta contraria a derecho, como si lo es el caso del que voluntariamente delinque. Debe hacerse patente de manera más específica que se trata de un acto completamente encaminado a hacer el bien y que por circunstancias propias de la medicina previsibles o no previsibles pueden llegar a presentarse.

5. La iatrogenia reviste y cumple con los elementos positivos del delito, como es el caso de que la conducta o hecho la cual puede llevarse a cabo por una acción; encuadrándose el médico en el tipo del delito cuando al llevar a cabo una intervención ocasiona un daño en algún órgano o miembro o ataca la integridad de una función y; por omisión cuando éste no realiza aquellos procedimientos a los cuales estaba obligado por el tipo de que el enfermo presentaba. En ambos casos se incurre en el peor de los casos, en un daño, en donde aunque no hay voluntad de cometerlo, si se presenta el daño y, alguien debe responder por el mismo.

6. Aún y cuando no se encuentra voluntad para causar un daño, el acto que se ha realizado ha generado ese daño, lo que constituye una conducta que va en contra del derecho y por lo mismo se encuentra sancionada y, en este caso el prestador de servicios médicos tendrá que responder ante ella. Se considera que deben quedar claramente establecidos y diferenciados en la legislación vigente aquellos actos por los cuales el profesional de la salud podrá ser llamado a responder. Esto podría traducirse en la creación de una legislación o capítulos específicos en materia de salud y de prestación de servicios médicos.

7. Con las sanciones establecidas para tales actos como lo son la reparación del daño, fijada en base a las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo; la suspensión del ejercicio profesional hasta por diez años y la pena privativa de libertad; se busca, que en lo futuro no se realicen estas conductas; sin embargo, se observa que lejos de tener respeto por estas sanciones, se tiene temor, lo que llega a convertirse en factor de riesgo por trabajar con la preocupación de llegar a equivocarse y tener que enfrentar un proceso de esta naturaleza. Las sanciones deberían estar encaminadas a provocar un sentido de

responsabilidad mayor del que hasta ahora se tiene, sin provocar el miedo al que ahora se enfrentan dichos profesionales.

8. Al llegar a presentarse uno o varios de los riesgos a que se encuentra sujeto el paciente por el padecimiento, estudio, tratamiento o intervención; no quiere decir que se actuó con dolo, culpa o en alguna de sus modalidades como son la negligencia, la impericia o el exceso de confianza; si llegó a afectarse algunos de sus miembros u órganos habrá sido con la finalidad de salvar un daño mayor, aceptando en daño considerablemente menor y, con ello lograr la recuperación del paciente.

9. Se pone de manifiesto que al encontrarse la instituciones de salud en el país en un estado de carencias y deficiencias, éstas tendrán a su disposición instancias u órganos facultados para resolver las controversias que se les presentan por esas mismas carencias, sin embargo, esas instancias tendrán como misión salvar el buen nombre e imagen que la Institución tiene con sus beneficiarios; cosa que deja en estado de indefensión a los profesionales que para ella laboran. Las instancias administrativas que se han analizado deberían cambiar sus procesos internos a fin de tener una mejor integración con sus profesionistas y, eliminar el problema desde la raíz y, no dar soluciones al vapor que sólo consienten más el problema real y, finalmente no se resuelve nada.

10. Como se manifestó en el punto anterior; siempre que se creen instancias al vapor, por presiones de todo tipo como las políticas y las sociales sin un fundamento verdadero y sin el objetivo de cumplir cabalmente con el propósito por el cual fue creado, los problemas en lugar de eliminarse se motivan más; este es el caso de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuyo procedimiento y resoluciones crean más desconcierto y perjuicio, que el beneficio y certidumbre que pretenden dar.

11. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico debería apoyarse en verdaderos juristas que entiendan la profesión médica, peritos calificados en las diferentes especialidades para poder emitir fallos más certeros y con mayor credibilidad. Debe allegarse de personal médico que tenga la experiencia suficiente en cada una de las especialidades y, no de personal que toda su vida se la ha pasado en escritorios, faltos de criterio, sin conocimientos actualizados y, con orgullo profesional que no les permite ver la realidad de la problemática que sus colegas están enfrentando en estos momentos. Debe especificar más claramente las etapas y términos en los que se desarrolla su proceso de Conciliación y Arbitraje; así como, respetar esas mismas reglas que ella establece.

12. Las autoridades judiciales igualmente deben contar con profesionales calificados que les ayuden a desarrollar los procesos apegados lo más posible a los principios del Derecho a fin de no actuar incorrectamente y sancionar a un inocente ni dejar ir libre a un culpable. Es importante que en sus filas cuente con personal médico que ejerza diariamente alguna especialidad, para que llegado el momento de emitir un peritaje cuente con los conocimientos más actualizados y que él mismo los esté practicando.

13. Es preponderante que todos los prestadores de servicios médicos cuenten con un Seguro de Responsabilidad Profesional para el momento en que se presente una demanda que enfrentar y, de ser necesario contar con una cantidad disponible para poder indemnizar al paciente o a sus familiares. Ya que este y los otros quedarían desprotegidos al presentarse un problema de esta naturaleza.

**BIBLIOGRAFIA.**

ACHAVAL, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. 2ª ed., Argentina, Ed. Abeledo-Perrot S.A. e I., 1992.

\_\_\_\_\_ Manual de Medicina Legal. 3ª ed., Argentina, Ed., Abeledo- Perrot S.A. e I., 1988.

ALTAVILLA, Enrico. La Culpa ( El Delito Culposo, sus Repercusiones Civiles, su Análisis Psicológico). 4ª ed., Columbia, Ed. Themis, 1987.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 36ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1999.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado. 15ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1990.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal Mexicano. Parte General. 14ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1982

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 27ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1989.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 23ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1990.

HENDLER, Edmundo S. El Derecho Penal en los Estados Unidos. México, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. 7ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1994.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. México, Ed. Trillas, 1992.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. México, Ed. Porrúa S.A., 1994.

MADRAZO, Carlos A. La Reforma Penal. México, Ed. Porrúa S.A., 1989.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito. México, Ed. Porrúa S.A., 1994

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. México, Ed. Porrúa S.A., 1981.

\_\_\_\_\_ Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal. 5ª ed., México, Ed. Trillas, 1988.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. 9ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1990.

SECRETARÍA DE SALUD. El Ejercicio Profesional del Médico Ante la Apertura Comercial. México, Foro Trinacional, México- Estados Unidos- Canadá.

VILLALOBOS, Ignacio. Medicina Legal y sus Lineamientos. Parte General, 4ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1991.

### LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 4ª ed., México, Ed. SISTA, 1995.

Código Penal para el Distrito Federal. 4ª ed., México, Ed. SISTA, 1995.

Código Federal de Procedimientos Penales. 4ª ed., México, Ed. SISTA, 1995.

Ley Federal del Trabajo. México, Ed. PAC, 1995.

Ley General de Salud. México, Ed. Delma, 1994.

Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal. México, Secretaría de Educación Pública, 1991.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. México, Ed. Delma, 1994.