

00721
75 A



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

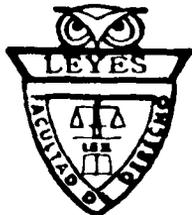
"RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LOS DELITOS DE OMISION IMPROPIA, EN LA RELACION MEDICO-PACIENTE"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :

LUIS FRANCISCO LAZAOLA CALDERON

ASESOR: DR. ALFONSO PEREZ DAZA



CIUDAD UNIVERSITARIA

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

B



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/18/SP/01/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno AZAOLA CALDERON LUIS FRANCISCO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. ALFONSO PEREZ DAZA, la tesis profesional intitulada "RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LOS DELITOS DE OMISION IMPROPIA, EN LA RELACION MEDICO-PACIENTE", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. ALFONSO PEREZ DAZA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LOS DELITOS DE OMISION IMPROPIA, EN LA RELACION MEDICO-PACIENTE" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno AZAOLA CALDERON LUIS FRANCISCO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 23 de enero 2003

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipg.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C

A Patricio Azaola Espinosa, mi padre, mi amigo, mi ejemplo, por todo lo que me ha dado y por el enorme amor que le tengo.

A María Cristina Calderón Mitchell, mi madre, por haberme dado la vida, y enseñarme que hay que disfrutarla cada instante.

A Rebeca y Marta, por ser mis amigas, por compartir nuestras vidas tan unidos, a Mariana por su dulzura, a Guillermo y Alejandro por apoyarme siempre, a ustedes por ser mis hermanos.

A toda mi familia, porque han hecho mi vida muy feliz y siempre están presentes.

A todos aquellos que me dieron la oportunidad de conocerlos y han dejado huella en mi propia existencia, gracias.

A Wicho, Toño y Rodolfo, por darme la oportunidad de aprender junto a ellos, y la enorme paciencia que me han tenido, gracias.

Al Dr. Alfonso Pérez Daza, por su ejemplo, sus atinados consejos, pero sobre todo por su amistad.

A la Universidad, porque no excluye, integra y forma.

A Fabiola, porque no esta incluida en las dedicatorias.

INDICE

CAPITULO I

LA OMISIÓN..... 1

Concepto de Omisión 1

Omisión Simple 4

Omisión Impropia 10

Diferencias entre Omisión Propia o Impropia 20

El Delito Imprudente de Comisión por Omisión 21

Tipicidad de Delitos de Omisión Impropia 23

Calidad de Garante 24

Fuentes de la Calidad de Garante 27

Omisión Impropia Dolosa 32

CONCEPTO DE DOLO 34

Clases de Dolo 35

CAPITULO II

LA CULPA 38

Concepto de Culpa 38

Elementos Constitutivos de la Culpa 44

1. Violación del Deber de cuidado 44

2. La Previsibilidad 47

Teoría Psicológica 51

Teoría Normativa 54

CAPITULO III

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	57
Reforma Constitucional de 1983	57
Concepto de Salud	60
Análisis de los Elementos que conforman el Derecho a la Protección de la Salud	61
Concepto de Médico	64
Antecedentes históricos del Médico	65
RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE	67
LATROGENIAS	
Concepto	69
Clasificación	70
1. Por su Origen	71
1.1. Latrogenia Clínica	71
1.2. Latrogenia Social	71
2. Latrogenias Negativas. Médico-Legal	72
2.1. La Negligencia	72
2.2. La imprudencia	73
2.3. La impericia	73
OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE SURGEN EN VIRTUD DE LA RELACIÓN MÉDICO- PACIENTE	74
Obligaciones del Médico	75
Obligaciones del Paciente	85
La Posición de Garante en el Médico	88

f

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD PENAL 91

Concepto de Responsabilidad 91

Responsabilidad Penal 93

Relación entre la Responsabilidad Civil y Penal 100

Responsabilidad Penal Solidaria 103

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas 106

Dogmática de la Criminalidad de Empresa 111

Omisión Impropia en la Criminalidad de Empresa 113

Omisión Impropia en el Derecho Penal Alemán de Empresa 115

Formas de Reparación del Daño 119

EL DAÑO MORAL 125

CONCLUSIONES 129

Bibliografía

INTRODUCCION.

El presente trabajo tiene como origen la inquietud que han causado los temas que actualmente están muy de moda, como es el primero de ellos, la responsabilidad profesional del médico, ya que no sólo es frecuente escuchar sobre éste en congresos y conferencias, sino que se hace señalamiento en los diarios que han hecho de los caos de malpraxis médica una nota cotidiana. A mi parecer, lo relevante se presenta ante la tendencia regulatoria a la que está dando origen, los derechos y obligaciones para los prestadores del servicio y los usuarios de los servicios de atención médica.

Y por otra parte, el análisis de los delitos de omisión impropia también han adquirido una connotación muy relevante en los últimos tiempos, también es muy común encontrar en fechas recientes conferencias al respecto, en donde encontramos opiniones diversas y observamos las diferentes posturas adquiridas por quién de ellos opinan.

El objeto del presente trabajo es realizar un estudio del delito de omisión, dándole un mayor énfasis a la omisión impropia y a los elementos que la componen, así mismo explico las diferencias que existen entre la omisión simple y la omisión impropia, señalo en la misma forma, cual es la calidad de garante, sus requisitos y las fuentes que le dan origen a dicha calidad de garante, vemos en que consiste la omisión impropia dolosa y el concepto general de dolo.

Posteriormente revisaremos en el capítulo segundo, cual es el concepto de Culpa, la cual, consiste esencialmente en un juicio de valoración de hacer responsable al sujeto que comete el hecho considerado como ilícito. Del mismo modo, analizaremos los elementos que constituyen la culpa, y determinaremos en que consiste la violación del deber objetivo de cuidado y que es la previsibilidad,

siendo estos dos, requisitos indispensables para que se configure la culpa como tal, así como las teorías que al respecto existen, siendo la psicológica y la normativa, las que se señalan.

En el capítulo tercero entraremos al análisis de el derecho a la protección a la salud, como un derecho inherente a la persona misma, y obligación por consiguiente el propio Estado por otorgarla, teniendo a la salud como un bien necesario, sino como un factor indispensable para un correcto desarrollo económico y social. Dando con esto un repaso con los diferentes niveles de atención que existen, y las formas de atención sanitaria. En este mismo apartado, incluiremos, el concepto de médico, sus antecedentes históricos y la importancia del mismo en el desarrollo de la humanidad, por consiguiente, la muy estrecha relación que existe entre éste y el paciente, y las consecuencias que surgen de dicha relación.

Es necesario conocer el concepto de iatrogenia, como lo producido por el médico o los medicamentos, y que produce una alteración del estado físico del paciente, y la clasificación que de ésta se origina. En este punto es por consecuencia obligada, revisaremos los conceptos de Negligencia, Imprudencia e Impericia, ya que es aquí donde nacen en gran medida, las obligaciones que surgen de la relación entre el médico y el paciente, tanto para uno como para otro. Y un punto que para el estudio del presente trabajo es fundamental, es la posición de garante del médico con respecto del paciente, para de ahí partir hacia una responsabilidad derivada de dicha relación.

Por último, en el capítulo cuarto determinaremos el concepto de responsabilidad penal de las personas morales, entrando en primer término con el concepto mismo de responsabilidad penal, que se puede entender como el cumplimiento de una obligación, para enfrentar las conductas más lesivas, es del mismo modo como se advierte la diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, para posteriormente analizar la responsabilidad penal

I

solidaria, como un origen de la responsabilidad de las personas jurídicas. Derivado de lo anterior la dogmática criminal de empresa, teoría alemana, que habla de los delitos que son cometidos en el marco de una empresa, o unidad organizada con fines económicos.

Como parte fundamental, se analiza el concepto de omisión impropia en la criminalidad de empresa, la obligación de garante que surge en una empresa respecto de los subordinados que en ella se encuentran, y de los actos que cualquier persona comete y que son considerados como omisiones impropias en virtud de una calidad específica dentro del marco de una empresa. Esto, aplicado a la regulación de una institución de salud, y de la actuación de los médicos y demás personal que en ella labora, y de la comisión de los delitos de omisión impropia. Por último, tenemos a la reparación del daño, como un elemento para resarcir los daños causados como consecuencia de dichas omisiones.

Capítulo I.

LA OMISIÓN.

El objetivo de este capítulo es poder dar una explicación lo más clara posible sobre los aspectos teóricos de los delitos de omisión, y en donde se encuentran las características más relevantes de éstos, su conformación y la explicación de cada uno de los elementos que los integran. Desde mi particular punto de vista, los estudios respecto de este tema en concreto, nos llevan a muchas opiniones técnicas muy interesantes, en donde se señalan extensas consideraciones sobre aspectos muchas veces repetitivos, encontrando por consiguiente, una gran variedad de opiniones, ya que al respecto mucho se ha escrito.

Concepto de Omisión.

La descripción típica de un genuino tipo de omisión queda determinado con base en un verbo significativo de omitir, de un determinado comportamiento de abstención. Esto se traduce en un no hacer, un comportamiento corporal que denota la falta de actividad física del sujeto, en el momento que debió de haber realizado una acción determinada.

En la opinión de Raúl Plascencia Villanueva, la omisión puede ser considerada como la antítesis de la acción, "o como la manifestación de la voluntad en forma negativa", pero en todos los casos trae aparejadas consecuencias de derecho, y aclara que la omisión no es sólo el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, implica que no sólo es la simple falta de movimiento corporal, sino que es la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico determinado. Esto quiere decir, que las personas que pueden o están obligadas a realizar una determinada actividad, al no llevarla a cabo y tener

facultades de producirla caen en una omisión, esto se traduce, en que, de no impedir un resultado estando obligado a hacerlo, equivale a ocasionarlo, como se dice en la obra de Plascencia Villanueva¹.

Respecto del mismo tema, tenemos la opinión de Maggiore Giuseppe, el cual señala que "la omisión se contraponen con la acción, en cierto sentido, como el obrar al no obrar". Y manifiesta que la acción puede ser positiva o negativa, puede consistir en una acción propiamente dicha, o, como se dice en lenguaje técnico, en una comisión; y también puede consistir en una inacción, u omisión. la inacción y la omisión señala, no son un no ser de la acción o una carencia de valor, y opina que dicha no acción si tiene un valor².

Maggiore se opone a los que señalan que la omisión es la antítesis de la acción, ya que el pone a la omisión dentro de la propia acción, ya que dice que quién pone a la omisión fuera de la acción se hallan en la imposibilidad de entender su propio valor, y de darle algún sitio dentro del derecho. Es por esto, que dicho autor propone que la omisión sea reincorporada al concepto propio de acción, en el sentido amplio, o como el dice, al menos de comportamiento.

En esta tesitura, encontramos la opinión de Eduardo Novoa Monreal, quién a mi gusto simplifica mucho el tema, y dice que "cuando una persona no obedece una norma jurídica de mandato, su comportamiento real se manifiesta en un no hacer aquello que le imponía su deber jurídico, y cuyo objeto de cumplir con dicha norma era la colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida". El sujeto se ha negado a obrar de la manera determinada que le estaba impuesta jurídicamente, lo que constituye una conducta contraria al derecho. Esa abstención implicará el no cumplimiento de un deber jurídico

¹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Teoría del Delito", Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1a Edición, 1998, p. 58.

² MAGGIORE Giuseppe, "Derecho Penal", Volumen 1, reimpresión de la 2a Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1985. p. 345.

concreto por parte del sujeto omitente, pese a que tal incumplimiento no va a ser mencionado, ordinariamente, dentro del tipo³.

En la opinión de Gustavo Malo Camacho, el delito de omisión consiste en una figura jurídica que existe como concepto "en referencia", dice, que "no existe la omisión en sí, sino que siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción". Y continúa diciendo, que la omisión existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera y, dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido normativo, haciéndola exigible⁴.

Encontramos una contradicción entre la opinión de Plasencia Villanueva y la de Malo Camacho, ya que el primero de ellos, dice que es dejar de hacer algo previsto por la ley, es la voluntad de no realizar un acto, mientras que el segundo advierte que es una figura jurídica que existe como concepto, que no existe en sí, es un concepto de referencia a una cierta acción fijándole un contenido negativo. De lo que determinamos que no hay un concepto claro de la omisión como tal.

En todo caso, un delito de omisión, cualquiera que sea su clase, no puede ser identificado necesariamente a una inactividad o pasividad totales por parte del sujeto. El no hacer absolutamente nada (lo que implicaría que ni un solo músculo del cuerpo se contrajera), a demás de ser difícil de corroborar en la práctica, podrá ser solo una de las formas de incurrir en la omisión, pero con mayor frecuencia se incurrirá en este delito cuando se realice cualquier otra acción que no sea, precisamente, aquella determinada que impone el deber jurídico y que se encuentra incluida en el tipo penal correspondiente. Por lo que debe de aclararse

³ NOVOA MONREAL, Eduardo, "Fundamentos de los Delitos de Omisión, Ediciones Dépalma, Buenos Aires, Argentina, 1984. p. 45.

⁴ MALO CAMACHO, Gustavo. "Derecho Penal Mexicano", 2ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1998. p. 451.

que el delito de omisión consiste en no hacer algo que estaba determinado por una norma previa.

Dicho lo anterior, el concepto que se maneja de la valoración social que se realiza como consecuencia de la omisión producida por el sujeto, es muy importante, ya que es ahí en donde se determina la omisión misma, se percibe la abstención, la falta de acción, o incluso la acción contraria, y de cómo está influyó en un resultado diferente del que se esperaba, y de cómo se produjeron consecuencias de derecho como resultado de dicha acción o abstención. El propio Gustavo Malo Camacho, señala que el delito de omisión presupone la presencia de un sistema de relación social para que pueda ser exigible a alguien la realización de una acción, y continúa diciendo que, "mientras los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de la descripción, los tipos omisivos en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y, por consiguiente, la prohibición de realizar cualquier otra conducta que sea diferente a la expresamente ordenada"⁵.

Omisión Simple.

Por lo que hace a este apartado, debemos entender a la omisión simple y sencilla, como la de un movimiento corporal, una abstención voluntaria, que en términos de la descripción típica no exige un resultado material, y se constituye por una norma de mandato. El tratadista Luis Jiménez de Asúa, dice que "propia de la omisión corresponde a una norma imperativa, que es el no hacer un movimiento corporal esperado, el cual debía producir un cambio en el mundo exterior, y que por inacción quedó inerte", y que el mismo llama la omisión simple, y que llamaron "Omisión Propia" con exactitud los penalistas alemanes⁶.

⁵ MALO CAMACHO, Gustavo. op. cit. p. 455.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1963. p. 389.

Y sigue diciendo, que para poder observar a la omisión hay que vislumbrar su trascendencia social, lo que no contradice su índole natural, sin perjuicio de reconocer que al incluirla dentro de la normatividad ya lleva una determinada valoración. Y toma en consideración la situación en la que se encuentra el sujeto activo, es decir, se omite el comportamiento determinado con conciencia y estando en posibilidades físicas de realizarlo, por lo que desde un plano finalista, la omisión es un no hacer lo que se debía hacer, en virtud de un ordenamiento jurídico.

Muchos tratadistas señalan que la omisión simple es la omisión de un movimiento corporal que se resuelve en no impedir voluntariamente un resultado que se manifiesta en el mundo exterior (esto es, fuera de la psique del sujeto) como consecuencia del efecto de un determinado comportamiento voluntario. Bajo estas condiciones, observamos que existe la voluntad del sujeto de que no se realice un resultado previsto.

A esta definición de omisión también se le conoce como omisión propia, y a este respecto, muchos estudiosos de la materia coinciden en señalar que en los delitos propios de omisión se infringe una norma perceptiva mediante un acto omisivo, por lo que la omisión es una acción o una abstención que puede ser causal respecto de un determinado resultado, el concepto de causalidad en la omisión es normativo y no naturalístico dado que el no hacer materialmente no causa nada, o bien la división entre la omisión pura y la sencilla sin tener en cuenta el resultado y la omisión de un movimiento corporal que se traduce en un no impedir voluntariamente un resultado.

En este mismo sentido, encontramos la definición dada por Fernando Castellanos Tena, quién señala que la omisión es abstenerse de obrar, es, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción, y continúa diciendo, que "la omisión simple el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno", lo que nos

indica que para que se pueda configurar esta figura, no es necesario una manifestación material del resultado, sino que basta la simple abstención física por parte del sujeto activo⁷.

Dicho lo anterior, a consideración del autor en comento, este señala que los elementos que constituyen la omisión simple son, en primer término una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, y por consecuencia, una inactividad, esta última, esta íntimamente ligada a otro elemento, el psicológico, lo que nos indica que estamos en presencia de un elemento subjetivo, ya que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

De los delitos omisivos propios, podemos determinar que este tipo de omisión consiste en no realizar una acción para salvaguardar el bien jurídico, ya sea teniendo la posibilidad de hacer esta acción, o bien, teniendo el deber de efectuarla, no siendo simple y sencillamente una inactividad o falta de movimiento corporal, ya que incluso dentro de la propia omisión puede presentarse la actividad corporal.

La opinión que Giuseppe Maggiore externa, afirma que en cierto modo concurre siempre con la omisión una acción positiva, porque el culpable, al omitir alguna cosa, hace necesariamente algo; luego la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positiva paralela a la propia omisión. Esta es la teoría llamada del *-atiud actum-* (del otro hecho). Otros autores, según señala Maggiore, sostiene que el que omite algo se ha puesto antes, mediante una acción positiva, en la situación de no impedir el resultado, y esta propia acción precedente sería la causa del resultado mismo. Si la acción precedente no basta para producir el resultado, sino que es necesaria también la omisión, esta será la causa verdadera, y la actividad precedente no podrá entonces tener valor de causa, sino de una condición necesaria.

⁷ CASTELLANOS, Fernando, "Lineamientos Elementales de derecho Penal", Parte General, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1975, México. p. 153.

Fernando Castellanos dice, que "el olvido sólo integra delito si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello tales delitos se les considera siempre como culposos e indudablemente no está ausente el factor volitivo". En este sentido, estamos en presencia de una omisión simple, toda vez, que cualquier sujeto lo puede realizar, ya que como veremos más adelante, no se requiere de una calidad específica por parte del sujeto activo⁸.

El propio Maggiore, agrega que la teoría de Rohiand es muy importante, ya que adhiere los conceptos de fin y deber jurídico, los cuales son determinantes para la concepción de la omisión misma. Y según esta teoría, la omisión será causal siempre el que omite, tenía no sólo la posibilidad, sino el deber jurídico, de intervenir en el desarrollo de los acontecimientos del mundo externo con el fin de impedir una consecuencia antijurídica.

Y de la misma forma, debemos tomar en consideración la teoría negativa que plantea el jurista Franz von Liszt, quien considera la omisión como una forma autónoma de actividad criminal, punible sin tener en cuenta el nexo de causalidad con el resultado y sólo en virtud de su antijuridicidad.

Pero la teoría que más votos tiene es la llamada normativa, y según esta, la omisión, por lo demás privada en sí y por sí de todo valor causal, consistiría en no realizar una "acción esperada" y se dice "esperada", por ser mandada por una norma obligatoria. En la desobediencia a esta norma consistiría el motivo de la acriminación del acto omisivo. Concepción en la que coincide, ya que es a partir de esta norma "esperada", y de la no realización de la misma, que nos encontramos en presencia de la figura típica de omisión.

Cabe señalar, que esta teoría es la que más adeptos tiene, ya que parten del principio de la norma jurídica que causa obligatoriedad en su cumplimiento,

⁸ CASTELLANOS, Fernando, *op. cit.* p. 154.

para que de ahí salga el propio incumplimiento del acto omisivo, para que exista la causalidad necesaria entre el acto omisivo y la norma jurídica de carácter obligatorio. La fórmula "no impedir un resultado, que hay obligación de impedir, equivale a ocasionarlo", no deja lugar a duda que el legislador ha querido señalar la falta de cumplimiento de una acción que se debía y se podía realizar.

De lo expuesto se deduce que los delitos propios de omisión están constituidos por pura inactividad, en el sentido de que se agotan en la simple no ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario añadir para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna en la figura omisiva, debiendo incluir un resultado externo a modo de calificación objetiva del hecho. El tipo de omisión estará casi siempre integrado por requisitos semejantes a los que se observan en los tipos de acción, con la diferencia que el incumplimiento del deber que implica los delitos propios de omisión se presenta como una pura desobediencia al mandato jurídico de obrar, que no deja huellas materiales.

Por su parte el jurista Eugenio R. Zaffaroni, señala que el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible, lo que se funda en el principio general del derecho que impide que éste ordene algo imposible. Por otra parte, dice que, el tipo objetivo omisivo, la conducta distinta de la debida no causa el resultado típico, y vuelve a citar el mismo ejemplo que utilizan varios autores. "La madre que en lugar de alimentar al niño teje calcetines, no causa la muerte del niño en sentido físico: la conducta de tejer calcetines "causa" los calcetines, pero no la muerte del niño. La muerte del niño es causada por inanición, el cual se desarrolla de forma independiente a la omisión de la madre", con este ejemplo, diversos autores pretenden demostrar que las circunstancias de la resolución son ajenas al acto de omisión del sujeto activo, este mismo ejemplo se usará en el caso de la omisión impropia debido a las características particulares del caso⁹.

⁹ ZAFFARONI RAUL, Eugenio, "Manual de Derecho Penal", Parte General, 6a Edición, Editorial Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1988. p. 453.

Y dice este mismo autor, que el tipo omisivo no se requiere nexo de causación entre la conducta prohibida (diferente a la debida) y el resultado, sino que sería un "nexo de evitación", es decir, la probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado, por lo que debemos entender que el resultado se pudo haber evitado, pero también existe la posibilidad de que no se hubiera evitado, esta es una condición muy difícil de comprobar en la realidad.

El propio Zaffaroni manifiesta, que el autor de la omisión tiene una gran importancia dentro de los tipos omisivos, ya que en el caso de la omisión propia, el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica. Esto es, que cualquier persona que se encuentre en una situación cuyas condiciones de resolución pueden y deben ser evitadas (porque la normatividad así lo indica), lo debe de realizar, de lo contrario cometerá una omisión, con independencia del resultado.

Dicho lo anterior, podemos por tanto, definir a la omisión como la define Hans Welzel "...el no ejercicio de una actividad final posible", esto significa, que la no producción de la finalidad potencial posible de un hombre en relación a una determinada acción. Cabe recordar, que los delitos omisivos propios se manifiestan de dos posibles formas, las omisiones en las que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, y el ejemplo que citan muchos autores es el de prestar socorro y por último, aquellos en los que se castiga la omisión relacionándola con un determinado resultado, por la no realización de una norma de mandato previa.

Para el efecto de poder comprobar la tipicidad de una respecto de la omisión propia, se requiere que se acrediten los tres elementos necesarios para su correcta comprobación:

- 1.- Una situación típica generadora del deber de mandato.
- 2.- La no realización de la acción esperada.
- 3.- La capacidad Física de poder realizar el hecho para ejecutar la acción esperada.

Es necesario que en los casos de la omisión propia se acredite dicha omisión al tipo penal correspondiente, y que como ya se dijo anteriormente, los mismos pueden ser realizados por cualquier persona, únicamente que se coloque en el supuesto que el tipo penal prevé, sin que requiera la calidad de sujeto activo. Aunque cabe recordar, que es necesario del mismo modo, que se analice el resultado final de la acción, para poder determinar si existió la omisión y si se sitúa en el supuesto jurídico.

Omisión Impropia.

De forma general, se puede decir que este tipo de omisiones conducen a la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos, y que fueron inicialmente designadas con el nombre de delitos de comisión por omisión, que de igual manera consisten en una abstención de movimientos corporales que impiden la producción de un resultado injusto, siendo de lo más característico de estas omisiones, que el sujeto no impidió la lesión de un bien jurídico que pudo ser evitada por éste.

La omisión impropia se presenta en un tipo penal que prevé el deber jurídico de guardar un bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro a causa de la imprudencia del sujeto activo, esto es, que el sujeto viola un mandato de acción, junto con la prohibición de comisión, o sea, no hace lo que debe de hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado.

Es la postura tomada por Armin Kaufmann, citado por Raúl Plascencia, la que considera que los delitos impropios de omisión no forman una variedad aparte dentro de los delitos de comisión (acción), sino que "forman parte de la concepción de la omisión pura, esto quiere decir, que tiene una serie de características particulares que les da una carácter de autonomía"¹⁰.

Cabe hacer mención, que a diferencia de los delitos de omisión propia, estos no aparecen generalmente tipificados en la ley, pero no por esto quiere decir que los de omisión propia sí están claramente señalados dentro de una normatividad. En este tipo de delitos, generalmente lo que se busca es evitar la realización de un resultado material, aunque en los casos de omisión propia también se contempla el resultado producido.

Es Olga Islas de González Mariscal, la que señala que antes de la reforma al Código Penal de 1994, "este carecía de las reglas fundamentadoras de la comisión por omisión. Sin embargo, los iuspenalistas mexicanos teorizaban sobre su estructura y funcionamiento, y es, con la reforma de 1994 que se introduce un segundo párrafo al artículo 7º, contemplando como fuentes a la ley, el contrato y el actuar precedente, a pesar que la doctrina aconseja que los fundamentos que debe de recoger la ley son los fácticos", es decir, las situaciones concretas que se dan en la vida diaria, no así los fundamentos (formales) normativos que han sido tan cuestionados y casi descartados por los juristas alemanes, ya que la ley y el contrato estaban considerados en el pasado por su formalismo inflexible¹¹.

Y como señala la propia Olga Islas que encontramos que existe el señalamiento a dichos tipos omisivos en el artículo 7º párrafo segundo del Código Penal Federal, con base en la reforma a dicho ordenamiento de 1994, así como en el Código Penal para el Distrito Federal, el cual cito textual:

¹⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. op. cit. p. 63.

¹¹ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Reflexiones Sobre la Omisión" (Homenaje a Sergio García Ramírez) Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México 2001, p.1247.

*Artículo 7º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que **omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo**. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo **tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.**"

Observamos claramente que se está considerando la omisión impropia o comisión por omisión en nuestra legislación vigente, describiendo de un modo general los delitos de omisión impropia, aunque no se hace un señalamiento expreso a la cláusula de equivalencia, que se refiere a que la inactividad de una omisión impropia es equivalente a la actividad prohibitiva en el tipo, por lo que se puede considerar incompleta. En la mayoría de las legislaciones locales consultadas no tratan el delito de comisión por omisión de forma clara, con excepción de los Códigos de los Estados de Durango, México, Querétaro y el del Distrito Federal.

Frente a este fenómeno, la doctrina ha manifestado la exigencia de una identidad o equivalencia estructural entre el comportamiento activo y omisivo, de lo cual la existencia del delito omisivo impropio dependería de la concurrencia de esta equivalencia estructural, la cual, resulta necesaria desde el punto de vista normativo.

Y es en esta misma tesitura, que encontramos en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de julio del presente año, pero aún no entra en vigor, si considera en el artículo 16 del citado nuevo Código, una mayor relevancia a la omisión impropia, tomando en cuenta la equivalencia entre la inactividad y su eficacia con la actividad

prohibida, además de explicar la calidad de garante, artículo que cito a continuación:

"Artículo 16.- (Omisión impropia o comisión por omisión) En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

I.- Es garante del bien jurídico;

II.- De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III.- Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a) Aceptó efectivamente su custodia;

b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo."

Como se ha señalado, por el momento el legislador mexicano no refiere ni en el Código Penal local, ni en el Federal que la omisión deba equivaler a la acción según el sentido del texto de la ley, tal y como sucede por ejemplo en

España con el Código Penal Español de 1995, que lo refiere en su artículo 11, lo que constituye un desacierto, ya que no puede dejarse a una mera interpretación, lo que daría la pauta para una inseguridad jurídica, siendo obligación del legislador agregarla. Y cito el artículo referido de forma textual:

"Artículo 11.- Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:..."

Este tipo de omisiones están, en general, concebidos para captar la realización de conductas activas y, en muchos casos, requieren de una determinada relación de causalidad entre la conducta y el resultado, mismo que como hemos visto se le ha negado a la omisión simple.

En la opinión de Enrique Bacigalupo, uno de los tratadistas más importantes en lo que a omisión se refiere, manifiesta que "la teoría de la omisión impropia busca resolver la cuestión relativa a los presupuestos bajo los cuales una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo penal de comisión, o bien bajo su propia escala penal". Y es el mismo, el que señala que el delito de omisión impropia es la lesión de una norma prohibitiva, la cual al lado de la producción activa del resultado prevé de una manera secundaria un mandato de acción que se dirige a determinadas personas y cuya infracción es presupuesto de la punibilidad¹².

Y por otro lado dice, que la omisión impropia constituye un tipo penal autónomo regido íntegramente por los principios dogmáticos de la omisión propia, quedando su punibilidad y el bien jurídico protegido como únicos elementos

¹² BACIGALUPO, Enrique. "Delitos Impropios de Omisión", 4a Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1983. p. 109.

comunes con los delitos de comisión. En esta tesitura, Fernando Castellanos nos dice, que "en la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva", ya que estamos en presencia de un no hacer, voluntario o culposo, violando con esto, una norma preceptiva, y por otra parte, se viola una norma prohibitiva, al transgredir una norma que impone una no realización de un acto material¹³.

Estos delitos de omisión impropia se relacionan directamente con un resultado que se encuentra prohibido por la ley, pero dentro del tipo legal de la "comisión", y no se señala expresamente la cuestión que se refiere al tipo de la omisión, lo que representa un problema por lo que se refiere a la interpretación que de ésta se deba de hacer, pretendiendo entender cuando la forma de la omisión puede ser equiparada a la de la acción, cuando el no evitar el resultado puede ser equivalente a la producción activa del mismo, y se puede volver a citar el ejemplo de la madre que deja morir a su hijo de hambre.

En la opinión de Luis Jiménez de Asúa, los delitos de comisión por omisión existen cuando se logra una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera del agente. Y continúa diciendo, que en los delitos de comisión por omisión, aunque a veces aparecen taxativamente formulados en los Códigos, no suelen definirse como tales, lo que acontece es que la gran mayoría de los tipos concebidos como de hacer, pueden perpetrarse no haciendo, y que incluso se dan con mucho más frecuencia que los otros.

El propio Jiménez de Asúa, cita la definición dada por Mezger como una de las más claras "En esos casos (los de comisión por omisión) el autor no hace lo que debe hacer, y produce por ello un resultado que no debe producir- infringe y menosprecia al mismo tiempo una norma preceptiva y una norma prohibitiva". Y continúa explicando, que en esta clase de delitos se violan estos dos tipos de

¹³ CASTELLANOS, Fernando. op. cit. p. 153.

normas, las preceptivas y las prohibitivas, ya que señala, el sujeto activo no hace lo que debe de hacer y produce por ello un resultado que no debe de producir, es decir, incumple un mandato de acción que le impone el ordenamiento jurídico y además viola una prohibición de realizar un resultado no deseado¹⁴.

Aquí podemos demostrar que el no hacer algo consiste en la falta de evitación de un resultado determinado, y cuya producción se hubiera impedido si el autor hubiera intervenido haciendo lo que la norma imponía.

El propio Mezger advierte que, la decisión de un delito debe de estimarse de naturaleza directamente omisiva o de si es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (ánimicos) del agente que lo comete, ya que citando como ejemplo a uno dado por Von Liszt, dice que también la mayoría de los demás autores suelen decir que el caso de la madre que da muerte a su hijo no amamantándole, es un delito de comisión por omisión "equiparable" a la acción, ya que ésta tenía la calidad de garante del bien jurídico con respecto de su menor hijo.

La equiparación de la omisión, que no se señala expresamente en el tipo penal, con respecto a la comisión, se debe de realizar con mucha cautela, ya que de lo contrario, se puede causar una lesión al principio de legalidad y al principio de intervención mínima, que impiden equiparar con la misma sanción, a dos comportamientos con características muy diferentes.

Es necesario señalar, que anteriormente al delito de comisión por omisión se le consideraba como una variedad de los delitos de comisión, ya que lesiona una prohibición de llevar a cabo un resultado determinado, pero esta prohibición es lesionada en tanto y porque no se ha cumplido un mandato de evitar el resultado esperado.

¹⁴ Ibid. p. 406.

En estos delitos la norma violada es de carácter negativo, como en el caso de los delitos propios de omisión, pero el medio empleado consiste en la omisión de un deber actuar que es jurídicamente exigible, en virtud del señalamiento que hace una norma positiva. Es importante decir, que esta plenamente reconocida dentro de la doctrina que este tipo de delitos pertenecen a una especie dentro de los delitos de omisión.

Para Eugenio Zaffaroni, define a la omisión impropia, como aquellos en los que el autor sólo puede ser quién se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la del tipo activo. Dice que la posición en la que debe de hallarse el autor se denomina "posición de garante"¹⁵.

Dentro de los delitos impropios de omisión debe de existir necesariamente "la calidad de garante" por parte del sujeto que omite el hecho, esto significa, que obligadamente debe de haber una estrecha relación de la persona con el bien jurídico que se le ha encomendado proteger.

Como ya se dijo, el autor del ilícito tiene una gran relevancia dentro de este tipo de delitos, a diferencia de los tipos omisivos propios en los que puede participar cualquier persona que se coloque en el supuesto; además señala que si bien el tipo omisivo propio no tiene un tipo activo como equivalente, la omisión impropia si lo va a tener, ya que de él depende en cuanto a su existencia.

Los delitos de omisión impropia se forman a partir de una conversión del enunciado de una norma prohibitiva (no matarás) en una preceptiva (respetarás la vida de tu prójimo), lo cual no puede hacerse libremente, porque la norma enunciada prohibitivamente tiene un alcance mucho menor del que tiene y surge del enunciado preceptivo, por lo que la doctrina tuvo que encontrar una limitación para determinar con la generalidad que se creaba al realizar dicha conversión.

¹⁵ ZAFFARONI RAUL, Eugenio. op. cit. p. 454.

Kauffman dice que resulta ineficaz la distinción entre las omisiones propias e impropias sobre la base de la calidad de garante, ya que manifiesta que dentro de la legislación alemana existen casos de omisiones propias que también se basan en una posición del sujeto con el bien jurídico tutelado, pero la mayoría de los autores coinciden en señalar que si bien en los dos tipos de delitos es relevante la posición del sujeto, la posición del simple omitente no es tan estrecha como la del propio garante, el cual tiene un especial deber de protección del bien jurídico, y se pone el ejemplo, que se hace la comparación de quién por ser ajeno a la familia de un niño, al que se omite ayudar cuando se está ahogando, que el propio padre del menor que realiza esta misma omisión, y la importancia que tiene por ser él el responsable de su cuidado.

Para que sobrevenga una conducta omisiva capaz de vulnerar una norma jurídica de prohibición, será necesario que nos hallemos ante un tipo penal de resultado y que este tipo no sea refractario a una realización de él por vía omisiva.

Por lo que podríamos determinar cuales son los elementos constitutivos de la omisión impropia:

- 1.- Un tipo penal que contemple un resultado lesivo o de puesta en peligro de un bien jurídico;
- 2.- Capacidad física de hacer la acción esperada.
- 3.- Un omitente obligado a proteger activamente ese determinado bien jurídico; esto es la calidad de garante.
- 4.- El resultado material.
- 5.- La no realización por ese omitente de movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

6.- La capacidad de evitar el resultado.

Lo cual significa que los tipos penales de comisión, destinados a conceder reforzada protección penal a bienes jurídicos amparados mediante normas de prohibición, podrían ser realizados no sólo mediante una acción positiva, sino también mediante una abstención, por parte de un sujeto cualificado, de acciones que habrían podido evitar la lesión de dichos bienes. Y por consiguiente, equiparables la lesión a un bien jurídico por medio de una acción y la no evitación de esa lesión por parte del sujeto encargado de su protección.

Los delitos impropios de omisión son tipos de mera interpretación, ya que el mandato de evitar el resultado y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido no se encuentran expresadas en el ordenamiento jurídico.

Esta situación que sucedió, buscó la conversión al señalarse que dicha limitación debía de provenir del círculo de autores, es decir, que sólo podían cometer el ilícito aquellos sujetos que se encontraran en una posición tal respecto del sujeto pasivo (sobre quién recae el delito), que los obligara a garantizar especialmente la conservación y reparación del bien jurídico penalmente tutelado; por lo que se creó la teoría de la posición de garante que entraña una especial relación entre los sujetos y también una especial garantía respecto de dicha obligación.

En el caso que no ocupa, encontramos que entre el médico y su paciente existe dicha "estrecha relación", el médico es garante de la salud o incluso de la vida de su paciente, lo que lo hace situarse en el supuesto jurídico, y lo obliga a realizar los medios necesarios para salvaguardar dicho bien jurídico, y en caso de no cumplir con ellos, estará cometiendo una omisión impropia.

Diferencias entre Omisión propia o Impropia.

Es necesario poder determinar cuales son las características de los diferentes tipos de omisiones, y complementar las comparaciones efectuadas, para tal efecto citaremos a Eduardo Novoa Monreal, le cual aclara éstas diferencias de la siguiente forma¹⁶:

1.- La omisión propia siempre esta tipificada en forma expresa, mientras que la omisión impropia puede estarlo o no.

2.- La omisión propia no tiene un tipo comisivo equivalente, mientras que la omisión impropia sí lo tiene, y de éste deriva su existencia.

3.- En los delitos omisivos propios se viola una norma imperativa o de mandato, mientras que en los impropios se viola una norma imperativa y otra prohibitiva.

4.- Los delitos omisivos propios pueden ser realizados por cualquier persona que se coloque en el supuesto establecido en el tipo, mientras que en los omisivos impropios sólo lo pueden realizar los sujetos que tengan la calidad de garantes del bien jurídico.

5.- La tipicidad en la omisión propia se actualiza ya sea por la no realización de la conducta ordenada o por no evitar el resultado en ciertos casos, mientras que en la omisión impropia se requiere siempre la realización de un resultado concreto.

¹⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit. p. 211.

6.- El delito propio de omisión no exige un resultado, pues casi siempre se consume con la pura inactividad del sujeto; en cambio, el delito impropio de omisión requiere, ineludiblemente, de un resultado material.

El Delito Imprudente de Comisión por Omisión.

Desde el punto de vista de la concatenación objetivo entre el comportamiento activo y el resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de los siguientes dos grupos.

En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo desde el principio ilícito, y hasta entonces inexistente, y que produce el resultado. A modo de ejemplo.- el sujeto que con la pistola de su padre, apunta a su amigo para darle un susto pensando que está descargada y lo mata, porque en la recámara del arma había una bala.

Por otro lado, tenemos en el grueso de los delitos imprudentes de acción, que pertenecen al segundo grupo, el cual se caracteriza por un comportamiento activo que se crea un foco de peligro desde un inicio lícito, pero es un riesgo permitido, que no obstante y como consecuencia de la acción que rebasa el riesgo permitido se vuelve ilícito, desembocando entonces en el foco de peligro, causando el resultado típico, como serían los accidentes de tráfico.

En este sentido, es el jurista Enrique Gimbernat, quién señala que "en este segundo grupo muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por que ello es un foco de peligro, que a pesar de no estar prohibido, puede producir resultados típicos", en el caso médico que nos ocupa podríamos citar como ejemplo: la aplicación de anestésicos, transfusiones de sangre u operaciones quirúrgicas

ejecutadas conforme a los procedimientos normales, aclarando que todos estos focos de peligro permitidos pueden, desembocar en resultados de muerte o lesiones¹⁷.

Cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos encontramos con dificultades insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al seguimiento permitido o al no permitido de ese foco de peligro.

En el caso del delito imprudente de acción, lo que fundamenta la responsabilidad del autor por la lesión típica, es que su acción imprudente ha incidido en el foco de peligro no permitido causante del resultado, por ello ahí el único problema de causalidad que puede plantearse y, con ello, la única posibilidad de que el autor imprudente no responda por el resultado, es que surja la duda de si ese foco de peligro que ha rebasado lo permitido es o no el que efectivamente ha causado la lesión.

Dicho lo anterior, podemos determinar que para que se presente la omisión imprudente es necesario que se cuente con el concepto de riesgo permitido, y una acción imprudente que produzca la desestabilización del foco de peligro, lo que traerá un resultado típico y antijurídico.

Como ya lo he tratado en este mismo apartado, en el caso de los médicos encontramos que por su situación particular están constantemente en contacto con el riesgo permitido dentro del foco de peligro, derivado de las cuestiones propias de su profesión, lo que implica que cualquier acción imprudente que produzca la desestabilización del foco de peligro, producirá el consecuente

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia", (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Fascículo III, Madrid septiembre- diciembre 1994. p.31.

resultado del delito imprudente de comisión por omisión, a mi parecer, esta circunstancia es muchas veces inevitable, en razón de los muchos factores que determinan la práctica médica cotidiana, aunque no excluye por esto, la responsabilidad derivada de su actuar precedente.

Tipicidad de Delitos de Omisión Impropia.

Para poder determinar cuales son los elementos que componen la figura típica de los delitos de omisión impropia, es necesario fragmentar cada una de éstas, a efecto de poder definir las en su conformación, dividiéndola en tres partes fundamentales, según el criterio utilizado por Enrique Bacigalupo, el cual señala:

1.- Situación típica generadora del deber.- Esta consiste en la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico determinado, lo que se traduce en la producción del resultado cuya causación se encuentra descrita en el tipo penal correspondiente dentro de los delitos de comisión.

2.- La no realización de una acción con tendencia a evitar el resultado material.- Para esta parte la propia tipicidad requiere la comprobación de la no realización de la acción que hubiera podido salvar el bien jurídico. Esto se comprueba mediante la comparación de que la acción realizada no es la requerida para salvar el bien jurídico de que se trate, por lo que es necesario determinar con antelación que acción hubiera salvado el bien jurídico.

El tipo de los delitos de omisión impropia tiene la finalidad de permitir comprobar la acción realmente realizada no es la acción mandada, la tipicidad se comprueba demostrando que la acción realizada no se

subsume bajo la descripción de la acción que hubiera evitado el resultado.

3.- La capacidad para evitar el resultado.- Para esta parte es necesario que se ubique cual es el lugar que ocupa el sujeto activo dentro del tipo penal. La posición de garante depende de diversos presupuestos, sin los cuales queda excluida, la capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto, y a la vez como límite de la posición de garante, sólo cuando se ésta en posibilidad de evitar el resultado, y que a su vez sea garante del bien jurídico.

Dicho lo anterior, podemos corroborar y comprobar cuales son los elementos que componen la figura típica de los delitos de omisión impropia, y si no se llega a presentar alguno de estos elementos antes citados, no se acredita de ninguna forma que se esté en presencia de una omisión impropia.

Calidad de Garante.

En los delitos impropios de omisión se requiere una determinada clase de autor que se encuentra en estrecha relación con el bien jurídico tutelado, cabe señalar, que dentro de la ley no se encuentran determinadas las pautas que caracterizan al autor, por lo que el tipo penal requiere de una complementación, por lo que la autoridad que conozca del caso concreto deberá de establecer la posición de garante que determine quién es el autor, por lo que esta situación pasa a ser un elemento dentro de la definición del autor.

El sujeto que realiza la omisión impropia tiene una característica especial al resto de las personas que intervienen en otro tipo de omisiones, es decir, en este caso, este sujeto activo se encuentra como garante para la no producción del resultado esperado; dicha equivalencia dependerá de una especial relación del autor con el bien jurídico, en la que éste se ve obligado a impedir el resultado

típico. La prohibición alcanza conjuntamente la no defensa, el mandato de acción está secundariamente contenido en la prohibición y se refiere en concreto a los sujetos de derecho que tienen jurídicamente a su cargo una tarea de protección del bien jurídico.

Quién asume la posición cae garante, pesa sobre él la necesidad de intervenir activamente y de poner de su parte todo lo que sea posible para impedir el resultado prohibido, y queda convertido en protector activo, cuya obligación no satisface con un mínimo, sino que debe de llegar al extremo de sus posibilidades.

Esta posición de garante puede ser impuesta directamente por la ley, o bien estar conectada a determinados hechos sociales, como sería el caso de un padre con respecto de sus hijos, o cualquier persona que tenga una obligación con respecto de otra en razón de un vínculo familiar, o por otro lado, la aceptación de un negocio jurídico de una determinada función de garantía.

En la opinión de Gustavo Malo Camacho, la calidad de garante no implica solamente el cumplimiento de una determinada obligación, sino que genera un especial deber de garantía, y dice, "que es aquí, donde surge el problema colateral de definir cuales pueden ser las fuentes de esa posición de garante, ya que no siempre aparece claramente definida en la ley, creando con esto serios riesgos de interpretación a la luz del principio de legalidad y constitucionalidad", pero es más adelante donde pretenderé dar una definición de las citadas fuentes de la calidad de garante¹⁸.

La posición de garante es en opinión de Hans Welzel, "una especial y estrecha relación vital, unida íntimamente con el bien jurídico lesionado". Esta definición comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al que omite evitar un resultado típico, en un autor de omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión.

La definición que nos da Eduardo Novoa Monreal, señala que la posición de garante está constituida, esencialmente, por "un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por una norma prohibitiva"¹⁸.

No puede imputarse el resultado a toda persona que no realice una acción tendiente a la evitación del mismo, pues se produciría una excesiva ampliación de los tipos de omisión impropia que entrarían en contradicción con los de omisión propia, es por esta razón que se exige la presencia de especiales deberes de protección del bien jurídico tutelado.

Aunque cabe señalar, que la posición de garante no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos de omisión impropia, ya que también en los delitos tipificados, en los que se exige evitar un resultado, el omitente es también garante, pero en el caso que nos ocupa, la calidad de garante a que se alude dentro de la estructura de los delitos impropios de omisión es una especial vinculación del autor con el bien jurídico, y que no se encuentra descrita dentro del tipo penal, lo que produce que se remita en las fuentes para complementación y entendimiento del tipo penal correspondiente,

Los delitos de comisión por omisión son delitos especiales, ya que no puede imputarse el resultado a toda persona que no realice una acción tendiente a la evitación de un resultado, debiendo exigirse la concurrencia de aquellos que se encuentren en el supuesto de garantizar la protección específica de los bienes jurídicos, cuya defensa ha sido encomendada.

¹⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. *op. cit.* p. 457.

Fuentes de la Calidad de Garante.

Para poder entender de donde viene el concepto que hemos venido manejando de calidad de garante, es necesario comprender cual es el origen del mismo, y de acuerdo con este apartado, podemos determinar que las fuentes de la calidad de garante han sido clasificadas por la doctrina en dos formas diferentes, uno desde el punto de vista formal y el otro desde el punto de vista material.

Dentro de la doctrina clásica se sigue el punto de vista formal, el cual hace una clara diferenciación en tres rubros diferentes: el primero que surge de un precepto legal, otro de una fundamentación contractual, y el tercero con un origen en el hacer precedente peligroso.

La actual dogmática prefiere la segunda postura, esta es la del punto de vista material, que de igual manera se divide en dos rubros: la primera es la posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarle y, la segunda es la posición de garante emanada de un deber de vigilancia de una fuente de peligro.

Dentro de la doctrina clásica y atendiendo a las fuentes formales, realizaremos en primer término el estudio del origen de la posición de garante reconocida expresamente por un precepto legal.

1.- Calidad de garante reconocida expresamente en la ley.- Este surge en virtud de una ley, entendiendo la palabra ley como una norma jurídica en sentido amplio, no precisamente norma de carácter penal, desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material, las ordenes equiparadas a la ley, la orden del superior jerárquico y el derecho basado en la costumbre, excluyendo

¹⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit. p. 136.

evidentemente las normas de contenido moral. Cabe mencionar que dentro de este grupo se encuentran todas las instituciones jurídicas del derecho de familia, como sería el caso del matrimonio, la patria potestad, la paternidad, etc.

Los deberes antes señalados expresamente en la ley son sólo parte de un círculo de deberes más amplios que está detrás de ellos. Así por ejemplo, el deber de garante del padre con respecto de su hijo no debe identificarse únicamente con el deber civil de dar alimentos.

En este apartado, el subgrupo más importante lo constituye el deber de protección y asistencia entre parientes cercanos, caso en que el contenido del deber varía de acuerdo a la relación de parentesco. Su mayor amplitud la adquiere en relación a los padres legítimos, en donde no sólo cuida de la vida e integridad corporal, sino también del patrimonio y la buena conducta y evitar que ocasionen daños. Por el contrario, el deber de garante entre parientes cercanos se limita a evitar un peligro para la vida e integridad corporal.

Por lo que hace a los cónyuges, se observa el deber de salvación de la vida e integridad corporal, ampliándose en circunstancias especiales por ejemplo en enfermedad mental de uno de los cónyuges.

2.- Calidad de garante con base en origen contractual.- Este tipo aparece en virtud de una especial aceptación, entendiéndolo en términos del artículo 1792 del Código Civil Federal, como el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; a modo de ejemplo, diremos que surge de los contratos de prestación de servicios, como sería el caso de los relativos a los cuidados de los menores, enfermos e incapaces, o en el caso que nos ocupa el médico que acepta llevar el tratamiento de un paciente.

Por otra parte, y en el mismo sentido, la calidad de garante puede surgir de una acción fáctica de asunción, tal es el caso de la prestación de servicios

médicos de urgencia, una gestión de negocios sin encargo previo, o una relación de favor sin que medie contrato alguno, pero que en sí constituyen la calidad de garante, como sería también ayudar a un inválido, etc.

Pero en este sentido, independientemente de la relación surgida en un contrato, lo trascendente será la asunción fáctica de la posición del deber, ya que la posición de garante surge sólo sobre esta base, y sólo cuando comienza la situación de peligro, de cuya responsabilidad ha asumido el garante. Por lo que cabe la posibilidad de un abandono de la posición de garante, ciertamente violatorio al contrato, pero eficaz desde el punto de vista penal.

3.- Calidad de garante por un actuar precedente peligroso o la Injerencia como también se le conoce.- Este tipo nace en virtud de un actuar precedente riesgoso, lo que significa, que son su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar a un peligro inminente de un resultado típico, y tiene que impedir el resultado material. A modo de ejemplo, citaremos el deber de garante del dueño de una posada de impedir la conducción de un vehículo por parte de un parroquiano ebrio, la responsabilidad en la que incurre el posadero si deja salir a dicho parroquiano en el estado en el que se encuentra.

Por lo que hace a la teoría moderna y las fuentes materiales, es importante decir que esta tendencia valorativa tiene su principio en la dificultad de la dogmática penal que sostiene que no es importante de donde proviene, sino la mayor o menor estrechez en que el autor se encuentre con el bien jurídico. De cualquier manera, continúa siendo criticable la determinación del deber jurídico de actuar fundado en este tipo de fuentes de las que por principio de legalidad no se les puede apartar, de ahí que al menos, con Cerezo Mir se acepte deba de privar un criterio de asunción fáctica del garante para la protección del bien jurídico, y sostiene, sin embargo, un concepto mixto formal- material de la posición de garante al exigir además de la concurrencia del deber jurídico específico de evitar

el resultado, la asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico, o de control de una fuente de peligro.

Armin Kaufmann, citado por Enrique Gimbernat, fue el primero que dividió las posiciones de garante que consistieran en las que el garante está encargado de la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado; y aquellas otras en las que el garante debe vigilar una determinada fuente de peligro.

En este mismo sentido, es el propio Kaufmann el que crea la llamada teoría de las funciones, a la que se suele identificar como la moderna doctrina y para la cual, la posición de garante ha de determinarse con criterios meramente materiales entre el sujeto y el bien jurídico, y reduce la situación de garantía conforme a criterios materiales a dos posiciones fundamentales²⁰.

a) Deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados, que suele llamarse por igual deberes que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico.

b) Responsabilidad por causas determinadas de peligros o función de control de una fuente de peligro.

Las clasificaciones doctrinarias respecto de los criterios materiales fundamentadoras de la posición de garante son diversas, aunque coincidentes. Con el desarrollo de la teoría funcional de las fuentes del deber, ocurre que se han ido incrementando los criterios materiales a considerar para la fundamentación de la calidad de garantía lo que implica una notoria expansión de la propia posición de garante. Ello conduce a que cada vez más, sobre una constatación que parece ser menos jurídica de la posición de garante (pues los criterios son extrajurídicos), se amplíe el ámbito de punibilidad de conductas activas. Esta expansión de las

²⁰ FELIX CARDENAS, Rodolfo "Delitos de Comisión por Omisión impropia dolosos en el Código Penal Español y en el Código Penal Federal Mexicano. Una Reflexión Comparada". Trabajo inédito. 2002. p. 20.

fuentes de la posición de garante, no solo se debe a la relajación de lo que hay que entender por deber de evitar el resultado derivado de la ley o del contrato, sino por el nacimiento de nuevos criterios que se añaden a los tradicionales.

1.- Posición de garante sobre la base de la defensa de determinados bienes jurídicos.- Es importante manifestar que siempre existe en el trasfondo de esta relación, una vinculación con el propio titular del bien jurídico, lo que significa, que lo que determinará el deber de cuidado, será el grado de intimidad del sujeto con el bien jurídico, lo que tendrá que realizar ante cualquier amenaza de lesión.

Con base en lo antes dicho, y a modo de ejemplo, podemos citar la posición que se crea en virtud de la relación familiar de cuidado. Este vínculo lo encontramos en una vinculación de estrecha unión como la que se da entre padres e hijos, entre cónyuges, parientes en línea recta, etc. El obligado por estos preceptos tiene la posición de garante respecto de la vida, la integridad física y la salud de sus familiares.

También podemos citar en este sentido la posición de garante por comunidad de vida y de peligro. Tal es el caso de aquellas personas que aún sin pertenecer a la misma familia, habitan una casa común, y aquellos que comparten deberes de auxilio en deportes colectivos, como sería el alpinismo, y demás acciones que requiere ayuda mutua.

De igual manera tenemos la posición de garante en razón de una aceptación voluntaria de una determinada función de protección, y cabe también en la señalada anteriormente en razón de un "contrato", esta aceptación puede ser tácita o expresa y es de asunción consentida, y se puede presentar entre médico-paciente, o de cualquier persona que se compromete al cuidado de otro.

2.- Posición de garante en virtud de vigilancia de fuentes de peligro.- En este caso ya no es importante la relación existente entre el omitente con el bien

jurídico, su posesión de garante se basa en la defensa de cualquier bien jurídico frente al peligro de lesiones que puedan derivarse de una determinada fuente. Es decir, tiene un contenido de dirección y encauzamiento de algo que produce, lo que representa un peligro para bienes jurídicos en la vida social.

En este caso podríamos citar a modo de ejemplo, los casos de dueños de animales peligrosos, o personas que utilizan sustancias nocivas, dueños de construcciones e industrias, lo que da lugar a un delito de comisión por omisión imprudente, de la que anteriormente habíamos hablado.

Omisión Impropia Dolosa.

Este ha sido un tema muy discutido por muchos autores dentro de la dogmática moderna, ya que encontramos los casos como los de Welzel, el cual no negaba el dolo en los delitos de omisión impropia, tan es así que decía "la omisión no es ni casualidad ni finalidad (actual), propiamente. Por lo tanto, faltará una voluntad de realización dirigida a la omisión y con ello el dolo del hecho en el sentido de los delitos de comisión". Deducía su existencia de la naturaleza final de la omisión que, consciente del fin al que se dirige, es un factor configurador que alcanza con su dominio del hecho, lo que ello deja de producir²¹.

Y continúa señalando Bacigalupo en su obra, que en el caso de Armin Kaufmann, este autor parte de dos circunstancias, la primera la finalidad de la sobre determinación del nexo causal; luego si falta la causalidad, no puede haber finalidad; segundo, la afirmación de la voluntariedad de la acción, implica en todo caso la representación de la acción omitida, lo que no es esencial en la forma más grave de omisión por oposición a la culpa.

Y ha modo de conclusión Bacigalupo señala, que la teoría del dolo, entendida como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar

²¹ WELZEL, citado por BACIGALUPO, Enrique. op. cit. p. 92.

directamente a los delitos de omisión, y, lo que se llama omisión querida, no es más que una omisión consciente, acompañada de conocimiento del poder final del hecho del autor.

De esta forma, la opinión de Armin Kaufmann y Welzel se determina con las siguientes posturas a forma de consideración, en el que la estructura final de la acción consiste en la disposición de la voluntad como factor dirigente de un proceso causal, en la medida en que ese proceso no está el autor, no puede hablarse de una finalidad. Al faltar en la omisión una voluntad de realización, faltaría el elemento voluntario del dolo en el sentido de los delitos de comisión. La finalidad implica dirección de la causalidad hacia un fin prefijado por el propio autor, y la sola observación, y, aún la posibilidad de prever un proceso causal no es todavía dirección final.

Por lo tanto, se puede concluir, que en realidad lo que se ha llamado doloso en la doctrina clásica es sólo el conocimiento de la situación, la conciencia de la situación en que se debe de actuar. Y se continua con la postura de Claus Roxin igualmente citado por Bacigalupo, señalando que "exista o no causalidad, de cualquier forma resta un remanente psicológico en el autor, que es lo que constituye el dolo, siendo, el conocimiento de las circunstancias y la voluntad"²².

En este sentido es conveniente tratar de dar una breve explicación por lo que al concepto de dolo se refiere, ya que este es un elemento subjetivo muy importante dentro de la teoría del delito, ya que es aquí donde se determina la intención personal y psíquica del sujeto activo al momento de la comisión del acto ilícito.

²² ROXIN, citado por BACIGALUPO, op. cit. p. 97.

CONCEPTO DE DOLO.

Empezaremos por tomar la definición que maneja Eugenio Zaffaroni, el cual dice que "el dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto". Dicho más sintácticamente, el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado²³.

El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizada en un tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos de los que consiste, en primer término, el del conocimiento presupuesto al querer, y en segundo el querer mismo- esto da lugar a los dos aspectos o elementos que comprende el concepto de dolo.

- 1.- El aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo; y
- 2.-El aspecto del querer o aspecto conativo del dolo.

En relación al primero de los puntos antes señalados, es importante decir, que el conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero debe de cumplir con ciertos requisitos para que sea considerado.

El primero de éstos, que éste conocimiento debe de ser actual, es decir en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando, por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos, a modo de ejemplo, las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se ésta ejerciendo para causar el daño.

²³ ZAFFARONI RAUL, Eugenio, op. cit. p. 404.

El dolo requiere siempre que el conocimiento sea efectivo, esto es, que la sola posibilidad de conocimiento, llamada "conocimiento potencial" no pertenece al dolo, ya que "el querer matar a un hombre", no se integra con la posibilidad de conocer que se causa la muerte de un hombre, sino con el efectivo conocimiento de que se causa la muerte de un hombre.

En este mismo sentido, el conocimiento puede anularse con motivo del error, sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El otro de los elementos que comprende al dolo es el querer, en materia de voluntad, es importante recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que quiere dañar el patrimonio de otra persona y lo consigue.

La voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberado. El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas como vis absoluta, vis mayor y los actos reflejos.

Clases de Dolo.

Con base en la opinión que realiza el jurista Raúl Plascencia Villanueva, podemos adelantar que son tres las clases de dolo, las cuales engloban las diferentes especies que la teoría ha identificado, en tal virtud, por lo que consideramos suficiente para poder explicarlas hablar de, el dolo directo en primer grado, dolo directo en segundo grado y dolo eventual²⁴.

²⁴ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. op. cit. p. 115.

1.- Dolo directo en primer grado o intención.- Se refiere a que el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, denominado el factor de voluntad. La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal.

2.- Dolo directo de segundo grado.- Este constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico, en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere.

Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central.

3.- Dolo Eventual.- Éste tipo de dolo se entiende en la doctrina cuando el autor prevé como posible resultado típico y se conforma con él. En este tipo de dolo el sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual prevé como posible, siguiendo con su comportamiento y asumiendo el riesgo del resultado.

En este sentido, es importante señalar, que tanto el dolo como la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos que de algún modo constituyen el tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual en este momento es la dominante dentro de la teoría penal.

En relación a la teoría de la culpa que esta en contraposición con la teoría del dolo, cabe señalar que nos ocuparemos de la misma más adelante y de forma más extensa en el siguiente capítulo, ya que considero que este apartado requiere un estudio mucho más preciso, porque es aquí en donde se fundamenta parte del presente trabajo de investigación, ya que la culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible.

Capítulo II.

LA CULPA.

En este capítulo analizaremos el concepto de la culpa desde el punto de vista de la materia penal; como ya se vio anteriormente, la culpa es uno de los elementos indispensables de la responsabilidad civil, pero debemos olvidarnos de los conceptos aportados hasta este momento, para concretarnos a entender el concepto de culpa, única y exclusivamente desde el punto de vista del derecho penal, en donde encontramos características muy particulares, pero antes de eso convendría partir del concepto gramatical de la palabra culpa.

Concepto de Culpa.

Por culpa podemos entender según el diccionario, "falta más o menos grave, cometida a sabiendas o por negligencia inexcusable", me parecen interesantes, las últimas dos palabras que se refieren a "negligencia inexcusable"; por una parte son muy adecuadas al concepto de responsabilidad médica en que pretendemos encuadrar a la idea de culpa²⁵.

Pero por otra parte, quién determina esa característica de "negligencia inexcusable", es, a mi entender, que un tercero con determinada pericia, que tenga la capacidad técnica de argumentar que se obró con negligencia, esto es, que sabiendo como base lo que se debe hacer, no se hace, o por el contrario, sabiendo lo que no se debe de hacer, se hace; y que además fue un acto inexcusable, esto es, que no existe forma de emitir una excusa por lo sucedido, por lo que, quién determina esa negligencia inexcusable realiza un juicio de reproche en contra de quién tiene a su entender la culpa del acto cometido.

²⁵ Diccionario Hispánico Universal, Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Española, Tomo I, W. M. Jackson, Inc., Editores, México D.F. 1977. p. 422.

Uno de los principales autores que en materia de culpabilidad existen es Claus Roxin, el cual, señala que la culpabilidad designa, tras la antijuridicidad, un valor posterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, dentro de la estructura del delito. "Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto". Señala que los presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal, son entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa²⁶.

Dicho lo anterior, considero pertinente citar al maestro Giuseppe Maggiore, quién establece que culpable, "es la acción, en cuanto es vituperable, reprochable, es decir, contraria al deber. Así se llama precisamente la conducta diversa a la que se habría debido observar". Por lo que podemos decir, que en la culpabilidad hay, un deber que uno estaba obligado a cumplir, y que en cambio ha violado; y además, existe un reproche por esta violación²⁷.

La base de la culpabilidad es, pues, un juicio de valor, "que ha de ser formulado, según unos por el reo mismo; según otros, por la conciencia social media, y en su nombre, por los jueces; juicio equitativo, emitido bajo la guía de una norma moral, social o semejante"²⁸.

Podemos entender por culpa, tanto cualquier comportamiento ilícito y voluntario en general, como aquel comportamiento particular que consiste en causar daño a otro, sin intención, más por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de leyes y reglamentos. Los alemanes disponen, en este terreno, de mayor riqueza y precisión de lenguaje: para la culpa en sentido lato tienen la

²⁶ ROXIN, Claus, "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª Edición, Editorial Civitas, España. p. 791.

²⁷ MAGGIORE Giuseppe, op. cit. p. 455.

²⁸ Loc. cit.

palabra Schuld, y para la culpa en sentido estricto, el término Fahrlässigkeit (imprudencia, negligencia).

Por lo que, podemos determinar que culpable es el que, hallándose en las condiciones requeridas para obedecer la ley, la quebranta consciente voluntariamente, y en donde queda comprendida la acción y la antijuridicidad, así como la conciencia y conocimiento de la acción y por último la falta que se sabe se comete.

Dejamos en claro que la culpabilidad comprende en sí misma la acción y la antijuridicidad, más un agregado, que es el conocimiento o conciencia de estas dos cosas; por lo que uno resulta culpable, no solo por haber obrado mal, y haberse puesto en oposición a la ley, sino que además debe de existir la situación subjetiva de la conciencia o conocimiento previo de la acción, por consiguiente de la antijuridicidad.

Por otra parte, tenemos la definición que al respecto nos plantea el maestro Carlos Fontán Balestra, el cual señala que la culpa tradicional se define como "la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar". Pero esta fórmula no comprende la llamada culpa con previsión o representación, consistente en la representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar²⁹.

De la misma manera, este maestro aclara que la doctrina clásica señala que la culpa es un vicio o defecto de la voluntad, por el cual no se previó lo previsible, a consecuencia de tal vicio, se incurre en una omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho³⁰.

²⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Parte General, 2ª Edición, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina. p. 275.

³⁰ *Ibid.* p. 277.

Y también señala que la culpa constituye, en realidad, un vicio o defecto de la propia inteligencia, a consecuencia de la cual el individuo que la comete carece de capacidad de reflexión. Del mismo modo, el propio Fontán Balestra cita la definición dada por el maestro Carrara, para quién la culpa es, "la voluntad de hacer un acto que es contrario a la ley, sin tener conciencia de esta contrariedad, la cual, por lo demás, se habría podido adquirir usando diligencia mayor en reflexionar sobre las relaciones de la propia acción"³¹.

Fontán Balestra señala que el concepto de culpa necesita de tres requisitos, que son:

1.- Falta de precaución en la manifestación de la voluntad. (el autor no obra con el cuidado que el orden jurídico y las circunstancias de cada caso requieren).

2.- A esta primera causa deberá agregarse la falta de previsión. (se debe de estar en condiciones de prever el resultado).

3.- Y por último, el contenido material de la culpa, consistente en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto.

Ciertas condiciones físicas personales disminuyen la capacidad de previsión y con ello la capacidad de la culpa, a modo de ejemplo podríamos citar a los discapacitados visuales (ciegos, miopes, etc...), los sordos, poseen una incapacidad de previsión, así mismo podemos hablar de diversos estados, como serían la fatiga, el sueño y otros parecidos. Pero cuando las condiciones físicas son indispensables para desempeñar determinada actividad y los estados que las reducen resultan de la propia culpa del agente, su responsabilidad por los daños que a consecuencia de ellos ocasionen resultan evidentes. Esto en el caso de un

³¹ Loc. cit.

médico resulta mucho muy importante a la vez de determinante para corroborar si existe culpa o no en su desempeño frente al paciente.

En relación al concepto de culpa, encontramos interesante lo que Eugenio Raúl Zaffaroni señala en su obra, e indica que "la característica esencial del tipo culposo y a diferencia del doloso, es la forma de individualización de la conducta prohibida", ya que mientras el tipo doloso la conducta se ciñe, por lo general a una descripción, el tipo culposo permanece indeterminada en un inicio, y se determina hasta que se analiza cada caso en concreto³².

Asimismo señala, que la violación al deber objetivo de cuidado es esencial para el propio concepto de culpa. Este concepto no esta claramente definido, ya que si bien puede afirmarse que mientras "el negligente no hace algo que la prudencia aconseja hacer, el imprudente por otra parte, realiza algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer". Señala igualmente, que en el fondo cualquier imprudencia constituye una negligencia, porque es imprudente la realización de una acción sin hacer algo que la prudencia aconsejaba hacer (negligencia)³³.

Aclara que la impericia y la inobservancia de los reglamentos no pueden ser más que casos de negligencia o imprudencia, quedando a salvo la posibilidad de reducirlos todos a negligencia o todos a imprudencia, y retoma el término alemán de *Fahrlässigkeit* (que ya habíamos usado anteriormente) para indicar que la misma es traducida por algunos autores como "imprudencia" y por otros como "negligencia", pero que para que se configure la culpa como tal, es necesario que aparezca la violación de un deber de cuidado que sea determinante en el resultado. De no serlo, dice, se tratará de una acción antijurídica, pero atípica.

³² ZAFFARONI RAUL, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, México. p. 383.

³³ *Ibid.* p. 385.

Para Pannain (autor italiano), el cual es a su vez citado por el maestro Zaffaroni, la imprudencia sería culpa en la acción, mientras que la negligencia sería culpa en la omisión, lo que el propio Zaffaroni dice que no hay nada que apunte a Pannain, porque es siempre inevitable que en la culpa haya un momento omisivo.

Por otra parte, indica que el tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no es ese el modo en que se halla estructurado el concepto de culpa, pues la conducta culposa es tal en medida en que la programación de la causalidad dentro de la finalidad es defectuosa respecto del deber de cuidado exigido. Y en donde se aprecia que el defecto se encuentra en la programación.

Dicho lo anterior, y desde esta perspectiva resulta que la culpa es una "programación" de causalidad defectuosa por no responder al cuidado debido, y sólo determinable cuando se sabe cuál era la finalidad de dicha programación. Asimismo, el cuidado debido, a su vez, sólo se reconoce cuando se sabe para qué se programó, esto es, que debemos observar el resultado para determinar si hubo algún defecto en el cuidado exigido durante la programación del acto en cuestión.

Desde esta posición, el resultado integra el tipo en el injusto culposo, ya que en el resultado no sólo se decide la culpa, sino también el como de la misma, es decir si la conducta imprudente es un delito de lesiones o de homicidio culposo, nos determina las características de la culpa que se analiza. Si se excluyera dicho elemento, los elementos objetivos del tipo culposo quedarían muy limitados, en beneficio de los normativos y los subjetivos.

Elementos Constitutivos de la Culpa.

Empecemos por determinar cuales son estos elementos que constituyen el concepto de culpa antes descrito, debemos recordar que existen básicamente dos elementos que lo integran, la violación al deber de cuidado y el elemento subjetivo que es la previsibilidad, atendiendo a las características particulares de cada uno de estos elementos, realizaremos la siguiente descripción.

1. Violación del Deber de Cuidado.

La violación al deber de cuidado cobra trascendencia con la demostración de un proceso causal, y con la necesidad, precisamente, de que exista una acción final que muestre un resultado de dicho proceso, ya que sin éste, no podrá exigirse un cuidado determinado, ya que no estaríamos ni siquiera en posibilidad de hablar de un cuidado, ni exigirlo respecto de un simple proceso causal, sin una demostración del resultado final de dicho proceso. Esto quiere decir, que para poder determinar si existe o no una violación al deber de cuidado es necesario que se observe la acción final, ya que ahí se percibe el resultado del proceso causal, y de si existió una anomalía en dicho proceso, el cual debió ser previsible y por consiguiente evitado.

Esta realidad, y las particularidades del caso que nos ocupa de la actividad médica, son actividades con características eminentemente riesgosas, lo que crea cierta duda acerca de la naturaleza de las conductas que se encuentran amparadas por los riesgos permitidos propios de la actividad que se esta desarrollando, lo que ha creando incertidumbre que si de tales conductas son por su naturaleza atípicas del tipo culposo, típicamente culposas y justificadas, o a veces típicamente dolosas y justificadas.

La exigibilidad de determinados modos de obrar sólo puede resultar de que el orden jurídico imponga hacer o dejar de hacer algo. De ello resulta que un hecho objetivamente típico solo puede reprocharse como culpable a quién obró no previendo un resultado, que no solo pudo prever, sino que debió prever. "Tal elemento normativo de la culpa, determinado por la obligación impuesta a los componentes de un grupo social de ajustar su conducta a las exigencias de la vida en común"³⁴.

Aunque, cabe aclarar, que por muy reglamentada que una actividad esté en una ley, igualmente tampoco puede prever todos los supuestos y, frecuentemente, no tiene otra alternativa el poder reglamentario, que dejar la cuestión del deber de cuidado a las diversas pautas sociales de prudencia. Todo ello sin contar con que son incalculables las actividades que sin que la ley las reglamente, pueden afectar bienes jurídicos por la mera forma de su realización.

Con respecto a la individualización de los límites del deber de cuidado y de su violación, cumple una importantísima función para su correcta valoración la adecuación social de la conducta, para afirmar que una acción es socialmente adecuada, puede ser eventualmente útil referirse a la acción "de un hombre prudente y honrado", aunque cabe señalar, que estas referencias no son en general deseables y, en casos particulares, carecen de cualquier utilidad.

Estos deberes de cuidado se determinan conforme a la situación jurídica y social de cada individuo, aunque la individualización del deber de cuidado no debe de hacerse tomando en cuenta la capacidad individual. En otras palabras, cuando se valora el deber de cuidado debe de tomarse en cuenta las características particulares de la situación que se desarrolla o del nivel de profesionalización del individuo que la realiza, no únicamente en su calidad de "hombre prudente y honrado".

³⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 282.

Me parece por demás importante citar al jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, el cual al respecto señala que "la violación al deber de cuidado se genera por el incumplimiento de la obligación por parte del sujeto que está obligado a hacer, y la responsabilidad culposa cuando con ello se produce un resultado". Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber de cuidado, ya que la imprevisión o previsión que casualmente producen el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido³⁵.

Respecto al caso que nos ocupa podemos determinar que todo tratamiento o intervención curativa, aún realizado con el mayor cuidado, impiden en el caso concreto la certeza absoluta del resultado favorable y conlleva una buena cantidad de riesgo e inseguridad ineludible, ya que no se puede excluir el peligro de fracaso en ninguna intervención médica.

El concepto de deber objetivo de cuidado va directamente relacionado con el concepto de riesgo permitido, ambos conceptos dan la idea, de que se reconoce que existen comportamientos que resultan peligrosos y que no pueden ser prohibidos, ya que por el contrario resultan necesarios por las características propias del trabajo médico. Lo único que puede hacer el derecho en este aspecto es prohibir que los comportamientos médicos excedan los límites permitidos, es decir, que no se pongan por arriba de las expectativas deseadas.

Una de las exigencias que impone el deber de cuidado al médico es la de examinar su propia capacidad para realizar correctamente el tratamiento, y está depende enteramente de sus conocimientos, preparación y habilidad, ya que no

³⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1991, p. 412.

todos los médicos tienen la misma preparación, ni los conocimientos necesarios para atender las diferentes situaciones clínicas que se presentan.

Por otra parte tenemos la opinión que al respecto señala el maestro Zaffaroni, el cual indica que la violación a la norma de cuidado debe de estar conectada al resultado típico por una relación de determinación. La violación a la norma nunca puede ser causa del resultado porque la violación es un concepto abstracto y el resultado es siempre un fenómeno que corresponde al mundo físico. Se trata, dice Zaffaroni, de "dos niveles de realidad diferentes, que no pueden estar unidos por la causalidad"³⁶.

A modo de conclusión, "objetivamente el hecho culposo supone un riesgo evitable creado innecesariamente, y subjetivamente, el incumplimiento de un deber de diligencia o cuidado. A consecuencia del cual se causa el resultado típicamente antijurídico"³⁷.

En síntesis, sólo pueden ser atribuidos a título de culpa los resultados típicamente antijurídicos que el autor pudo y debió haber previsto, creando con su falta de diligencia un riesgo mayor que el que resulta del acontecer común y corriente de las cosas. Aclarando, que no todo tratamiento curativo o intervención no exitosa, implica necesariamente la concurrencia del tipo del delito culposo (en este caso de lesiones u homicidio), ya que es necesario que el resultado perjudicial haya de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

2. La Previsibilidad.

La participación de la voluntad en el hecho exterior constituye lo que tradicionalmente se designa con la expresión de "elemento subjetivo". Éste esta

³⁶ ZAFFARONI RAUL, Eugenio. op. cit. p. 405.

³⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos. op. cit. p. 283.

considerado incluso como el propio elemento subjetivo del tipo culposo, incluso varios autores argumentan que este es el elemento mas importante de la culpa. Para poder hablar de la presencia del tipo objetivo, el de la violación al deber de cuidado, es ineludible referirse a aspectos que corresponden evidentemente al tipo subjetivo, como serían la finalidad y sobretodo la previsibilidad del resultado de la acción.

Desde hace algunas décadas este elemento viene designándose en nuestra doctrina con el término de "culpabilidad". Esta designación dice Francesco Antolisei, deja algo que desear, ya que el término "culpabilidad" tiene una significación procesal, expresa la situación de quién ha realizado todo lo que la ley exige para que tenga todavía que soportar una pena. Por lo que el propio Antolisei sugiere, que se designe mejor la expresión de "voluntad culpable"³⁸.

Pero, retomando la idea principal de la previsibilidad dentro del aspecto subjetivo, encontramos que se encuentra basado en un aspecto meramente cognoscitivo, esto es, un conocimiento potencial, en donde no se requiere precisamente que dicho conocimiento sea efectivo, como sucedería en el caso del dolo. Es por esta razón que algunos autores prefieren evitar hacer mención a este elemento para no crear confusión con el tipo subjetivo del dolo.

Que el tipo subjetivo culposo es en su aspecto subjetivo distinto del tipo subjetivo doloso, es evidente, pero no por ello debe concluirse que no existe. "Llevarse esta subjetividad típica al deber de cuidado es confundir la posibilidad de previsión (o de conocimiento) con el deber de previsión (o de conocimiento) ". En la culpa inconsciente el individuo no se representa lo que debería representarse, pero para saber si debía representarse previamente debemos saber si podía representarse. Este "podía" pertenece al tipo subjetivo culposo, en tanto que el "debía" corresponde al deber de cuidado³⁹.

³⁸ ANTOLISEI, Francesco, "Manual de Derecho Penal", Parte General, 8ª Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1988. p. 224.

³⁹ ZAFFARONI RAUL, Eugenio. op. cit. p. 409.

"La posibilidad de prever el resultado, es decir, la posibilidad de previsión del resultado o de conocimiento de la situación de peligro para los bienes jurídicos, no debe apreciarse con el criterio de término medio, sino que debe ser la concreta posibilidad de conocimiento que el sujeto debía tener conforme a la condición en que actuaba y a la naturaleza de la conducta que realizaba. Aquí es menester tomar en consideración la especial capacitación del sujeto"⁴⁰.

Es incuestionable que quien tiene conocimiento técnico se encuentra en mejores condiciones para dominar y programar la causalidad, porque sabe más sobre ella, a comparación de quien no la tiene. Esta valoración no sólo se refiere al conocimiento técnico sino a cualquier medio que aumente la posibilidad de conocimiento y de evitación o previsión del resultado.

En el caso que nos ocupa, estas argumentaciones resultan determinantes en la manifestación del actuar del facultativo con respecto del paciente, ya que el papel que ocupa el médico es muy claro dentro de la teoría de la culpa que estamos manejando, éste debe de actuar con base en el conocimiento técnico que tiene, y aunado a su capacidad personal, estando en posibilidad de prever un resultado, con base en las condiciones particulares en las que se encuentre actuando y la naturaleza de la conducta que esté desarrollando.

En el tipo culposo encontramos un aspecto interno y otro externo. El tipo subjetivo culposo pertenece en su aspecto conativo, a la voluntad de realizar la conducta final de que se trate, mientras que en su aspecto intelectual o cognoscitivo, a la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos y de prever el resultado conforme a ese conocimiento.

⁴⁰ WELZEL, citado por ZAFFARONI RAUL, Eugenio. op. cit. p. 412.

Si no existe la posibilidad subjetiva de abarcar cognoscitivamente la situación de peligro y la posibilidad del resultado material, la conducta será atípica. La atipicidad subjetiva en la culpa puede obedecer a dos razones:

a) A que el resultado esté más allá de la capacidad de previsión (ignorancia invencible).

b) A que el sujeto esté en una situación de error de tipo invencible.

Me parece que en este caso resulta por demás importante poder citar un ejemplo a modo de explicación de lo anteriormente descrito, "un caso de error invencible de tipo en la atipicidad culposa sería cuando, un individuo que conduce en una carretera sinuosa de montaña, por la noche y guardando todas las precauciones debidas y observando las reglas de circulación, causa una lesión porque un bromista cambió los carteles que indican la dirección, lo que determinó que siguiera circulando en dirección prohibida". Esto nos indica que no puede ser atribuida la responsabilidad culposa a dicho sujeto, ya que el mismo observó las medidas necesarias y previó el resultado, pero dicho resultado sucedió de forma diferente por un error invencible a su persona, y por consiguiente, no atribuible al mismo⁴¹.

En cuanto a la naturaleza del contenido del aspecto intelectual del tipo culposo, éste puede ser efectivo, como sucede en la culpa consciente o con representación, en que el sujeto se representa la posibilidad del resultado, pero confía en que éste no acontecerá, dejándolo de este modo fuera de la voluntad realizadora.

Como ya se especificó, todo tipo culposo tiene una parte subjetiva que se manifiesta en dos formas: la culpa inconsciente o sin representación que se da

⁴¹ Ibid. 411.

cuando falta la consciencia del peligro en el actuar. Y la otra forma de la imprudencia que es la culpa consciente o con representación del peligro en el actuar, pero sin que se quiera ocasionar el resultado, en este caso la lesión.

La culpa sin representación del peligro consistente en desaprobar la acción realizada faltando al deber de cuidado, sin estar consciente de que así se obraba. Y en donde se considera que el hecho de obrar inconscientemente constituye una acción que por sí misma aumenta los riesgos permitidos, ya que se actúa de forma notoriamente imprudente. Como ejemplo podríamos citar el caso de un médico que prescribe un medicamento determinado sin verificar si el paciente no es alérgico a la sustancia química que contiene la medicina, esto con base en el historial clínico del paciente, actuó de forma imprudente.

Por otro lado la culpa con representación o culpa consciente se estructura sobre la base de que el sujeto está consciente que obra más allá del riesgo permitido, o que el autor sabe que se encuentra obrando de forma descuidada, y sabe que su actuar es riesgoso para el bien jurídico del cual es garante. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de un médico que se presente a una intervención quirúrgica en estado de ebriedad, a sabiendas de que no está en capacidad de intervenir al paciente.

Teoría Psicológica.

Esta teoría según lo define Maggiore refiere al aspecto de la culpabilidad consistente en una relación causal entre el autor y el hecho, entre la voluntad del sujeto y la acción, o el resultado, como parte de una realidad objetiva. Aclarando que no debe de tomarse en consideración la valoración de justicia o injusticia del acto que se realiza. Como el propio Maggiore lo ejemplifica, y en donde el juez le dice al delincuente: "Tú has causado el resultado, has querido la acción. Uno y

otra te pertenecen, hayas o no hayas tenido conciencia de la antijuridicidad de tu obrar. Luego te declaro culpable"⁴².

Esta doctrina es en la que se basan la mayoría de los tratadistas italianos, es sencilla y clara, pero le da relevancia a la imputabilidad, ya que al emitir un juicio sobre la acción, automáticamente se la atribuye al autor del mismo, pero tal imperativo no puede aplicarse en un caso concreto, sino en virtud de un juicio ético-jurídico sobre la injusticia del acto. Esta teoría se apodera del indiferentismo moral, restándole importancia a las características particulares de cada caso en concreto.

Como lo señala Antolisei, el elemento subjetivo del delito es un hecho de orden natural, y particularmente un fenómeno psicológico, ya que encuentra en la voluntad culpable, la postura antes señalada, toma en cuenta la actitud psicológica del sujeto que la realiza, la exteriorización de su psique en una serie de actos encaminados a lograr un objetivo determinado.

En la opinión del maestro Claus Roxin, el cual señala que "...hay que entender la culpabilidad como una actuación injusta pese a la existencia de una igualdad normativa". Lo que se pretende decir, es que, hay que afirmar la culpabilidad del sujeto cuando el mismo esta disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando le eran psíquicamente accesibles las posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma, cuando la posibilidad psicológica de control que existe en un adulto normal, en la mayoría de las situaciones exista en el caso concreto"⁴³.

Roxin manifiesta, que la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento, con los cuales se puede "constatar

⁴² MAGGIORE Giuseppe. op. cit. p. 453.

⁴³ ROXIN, Claus, op. cit. p. 807.

empíricamente" las restricciones de la capacidad de auto control y medir así su gravedad en el ámbito de aplicación de la norma. Cuando existe dicha igualdad normativa, partimos, dice Roxin, sin poder pretender probarlo en el sentido de libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles a él.

Dice asimismo, que la suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego cuyo valor social es independiente del problema del conocimiento. Y aclara que con la libertad no ocurre lo mismo que con el Derecho, ya que "cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley"⁴⁴.

Por otra parte, tenemos la opinión de Alfonso Pérez Daza, quién dice que "la culpabilidad supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico, por haberlo cometido cuando podría haber obrado de otro modo. La culpabilidad, por tanto, presupone la libertad de voluntad o libre albedrío, sin embargo, se insiste en que ésta suposición carece de base empírica y constituye sólo un postulado metafísico indemostrable"⁴⁵.

En relación con el punto anterior, coincido con esta opinión, ya que como se parte en primer término de un juicio de reprochabilidad, y por otro lado, del libre albedrío del sujeto activo, y de la posibilidad de actuar de una forma determinada o de otra con base en criterios personales, nos pone en presencia de elementos meramente subjetivos, los cuales no son posibles de valorar por una normatividad.

⁴⁴ Ibid. 808.

⁴⁵ PÉREZ DAZA, Alfonso, "Derecho Penal. Introducción". México D.F. 2002. p. 101.

Citando nuevamente a Alfonso Pérez Daza, señala que "el principio de culpabilidad salva dos arbitrariedades del poder punitivo del Estado, en primer término plasma el principio de personalidad de las penas que limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él, en segundo lugar, el rechazo a la responsabilidad objetiva, pues exige que el delito se cometa dolosa o culposamente"⁴⁶.

Esto resulta importante, ya que encontramos que es aquí donde surge la posibilidad de imputar directamente la comisión de un ilícito a una persona específica y determinada, así como la participación de más personas relacionadas con el hecho que se investiga, y por otra parte si la comisión del ilícito que se realizó, se hizo con la intención esto es, obró voluntad por parte del sujeto activo o no la hubo.

Teoría Normativa.

Por otra parte, esta otra teoría, que es la que prevalece dentro de la actual doctrina alemana, aunque tiene sus orígenes en el pensamiento criminalista italiano, han sido los alemanes, los que crearon el concepto de "culpa normativa" (Normative Schuld), pero en este caso citaremos lo que al respecto Maggiores señala, que para que pueda ser sometido a juicio el agente de un hecho, la conciencia humana exige tres condiciones⁴⁷:

- 1.- Que haya podido conocer la existencia de un deber;

- 2.- Que haya tenido conocimiento de que su hecho tenía por fin violar el deber;

⁴⁶ Ibid. p. 105.

⁴⁷ MAGGIORE Giuseppe. op. cit. p. 454.

3.- Que haya sido libre de cometer el hecho o de abstenerse de él.

Esto nos indica, que no hay delito sin que la acción pueda imputarse a título de demérito, de reproche, de reprobación, en otras palabras, para que pueda hablarse de delito es preciso que la simple imputabilidad se transforme en culpabilidad. Esta esencia de la culpabilidad, es una relación en donde existe una contradicción entre la voluntad del sujeto y una norma jurídica.

Muchos autores en esta teoría, sostienen que, el elemento subjetivo del delito no es más que un juicio de valor, y concretamente un juicio de desaprobación hacia un comportamiento distinto del que se debía. Especificando que no se esta tomando en consideración el aspecto síquico de la voluntad, que igualmente es importante, y no debe de ser relegado a un segundo plano.

Me parece importante citar al maestro Francesco Carrara, el cual considera que si la culpa se debiera considerar como mero vicio de la inteligencia, sería preciso dudar sobre su imputabilidad política, y buscar para ésta un espacio fuera de los principios previos establecidos de lo justo. "Pero como en la culpa se encuentra claramente el vicio de la voluntad, es inútil error insinuar que el fundamento e la imputabilidad política de la culpa sea la sospecha de dolo, ya que la justicia no puede operar por sospechas". Y esta fórmula conduciría a consecuencias absurdas cuando se tratara de graduar la imputación de los hechos culposos⁴⁸.

Los hechos culposos, y sigo citando al maestro Carrara, en cuanto provienen de un vicio de la voluntad, son moralmente imputables, porque las facultades intelectivas se mantuvieron inertes mediante un acto voluntario. El negligente, aunque no quería la lesión al derecho, quiso, sin embargo, el hecho en que se debía haber visto como posible o probable aquella lesión.

⁴⁸ CARRARA, Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Parte General, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1977. p. 105.

Por tanto, si acontece que los hechos imprudentes causan un mal jurídico, también debe de ser en la correspondiente proporción y medida, y por consiguiente jurídicamente imputables, porque también de ellos se deriva el resultado típico de la ofensa causada.

Es ahí donde radica la justificación que se da para atribuirle un resultado jurídico imputable a los hechos culposos, ya que como señala nuevamente Roxin, si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado material del hecho generado.

De esta misma base parte el principio de que, el mismo sólo fundamenta el deber jurídico penal de responder por la conducta social incorrecta, y desde el punto de vista de diversos autores, señalan que la culpabilidad es la "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él". Lo que determina que esta conducta social es jurídicamente reprobable desde el momento en que se manifiesta al exterior y afecta la esfera social de los demás⁴⁹.

⁴⁹ ROXIN, Claus, op. cit. p. 800.

Capítulo III.

DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD.

La salud esta considerada como uno de los bienes esenciales del hombre, considerado tanto en su individualidad como dentro del grupo social, de ahí que cada hombre tenga un verdadero derecho subjetivo a que se reconozca y garantice su tutela.

Reforma Constitucional de 1983.

Durante mucho tiempo nuestra Constitución no hizo referencia a la materia de salud; incluso, cabe destacar que en 1857 de conformidad con el texto constitucional la Federación no tenía facultad alguna al respecto ya que en términos del artículo 117 pertenecía ésta a los Estados. Fue hasta la reforma constitucional de 1908 que, mediante la adición de la fracción XXI al artículo 72, se otorgó a la Federación facultades en esta materia. Dicha adición se realizó como complemento de la reforma que buscaba restringir la entrada de inmigrados no deseables por motivos de salud.

No obstante dicha inmigración dejaba a los Estados la regulación de toda la salubridad pública diferente a la de costas y fronteras, cuando la Comisión de Puntos Constituyentes de la Cámara de Diputados rindió su dictamen alteró la misma sustituyendo la frase "salubridad pública de costas y fronteras" por la de "salubridad general de la República", con lo cual amplió el alcance de la facultad otorgada.

Después de la Segunda Guerra Mundial comenzó en el mundo un movimiento en defensa de los derechos del hombre; en 1948 se da la Declaración Universal de los Derechos del Humanos, documento que marca un giro en el trato de diversos derechos, entre ellos el de la protección de la salud. A partir de entonces empieza una ardua misión en este sentido, surgen numerosas declaraciones, convenios y tratados que buscan la tutela de dicho derecho, entre los cuales destaca el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y más específicamente la Declaración de Lisboa relativa a los derechos del paciente, adoptada en 1981 por la XXXIV Asamblea Médica Mundial en Lisboa.

Como consecuencia de los compromisos adquiridos por México internacionalmente y siguiendo para ello la tendencia de las legislaciones como la de Francia, Portugal, Italia y la de casi todos los países latinoamericanos, nuestra constitución se sumó a la universalización del derecho a la protección de la salud, la cual fue adicionada el día 3 de febrero de 1983, un penúltimo párrafo al artículo 4º Constitucional, mismo que a la letra dice:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."

Con dicha adición, no sólo se consagró el derecho a la protección a la salud como derecho universal *-erga omnes-*, sino que además, se le constituyó como una garantía individual, por lo que a través de él se protege la salud de todo ser humano por el mero hecho de serlo, sin necesidad de otro requisito.

A este derecho lo podemos ubicar dentro de los llamados derechos de la segunda generación, también conocidos como derechos sociales, que son aquellos que tienen un contenido económico, social o cultural. En este orden de ideas, cabe mencionar que en el año de 1984 se expidió, como respuesta a la necesidad de una disposición que hiciera efectiva esta garantía, un instrumento legislativo que dotó de vida plena y articulación estructural al contenido del derecho consignado en el artículo cuarto constitucional; instrumento en el cual se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de la salud y para la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad general, la Ley General de Salud.

Aunque, tomando en consideración lo que Ruth Roemer señala en 1989, la cual es citada por el maestro Fernando Cano Valle en su obra, y que a mí parecer refleja claramente la problemática nacional respecto a la salud, dice que "la función principal de las disposiciones constitucionales que establecen el derecho a la atención de la salud es simbólica, ya que denotan la intención del gobierno de proteger la salud de los ciudadanos, pero la mera declaración de una política nacional no basta por sí sola para garantizar el derecho a la atención de la salud, sino que este derecho debe de traducirse en leyes, programas y servicios específicos". Lo que demuestra que los argumentos políticos que toman como argumento el concepto de la salud social, única y exclusivamente sirve para campañas políticas demagógicas, en donde lo que se busca es obtener votos y no se preocupan por el problema real de la salud del pueblo⁵⁰.

Sin embargo, la mención del derecho a la atención de la salud en la Constitución sirve para dar a conocer al individuo que su protección forma parte de la política del gobierno y se refleja en las leyes fundamentales de la nación.

⁵⁰ CANO VALLE, Fernando, "Percepciones acerca de la Medicina y el Derecho", Facultad de Medicina, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, México 2001, p. 15.

Concepto de Salud.

Se debe de tomar en consideración que el alcance de este derecho a la protección a la salud presenta un problema ante el hecho de que la Constitución no da una definición del mismo, así como tampoco precisa el concepto de salud, lo que explica en atención de que la técnica constitucional de nuestro país no da cabida a definiciones dentro del propio texto. Para poder entender lo que significa salud, deberemos atender al concepto que maneja la Organización Mundial de Salud, la cual la define como "La salud no sólo es la ausencia de enfermedad, sino un estado de completo bienestar físico y mental, en un contexto ecológico-social propicio para su sustento y desarrollo". Cabe señalar que la Constitución señaló como expresión "derecho a la protección de la salud", implicando que lo que se pretende garantizar es la protección de la salud y no el goce de la misma, ya que no puede existir un posible obligado a otorgar la prestación de la salud como tal, sino a otorgar la protección a la misma⁵¹.

La seguridad social mexicana considera a la salud no sólo como un bien necesario sino también como un factor indispensable para un buen desarrollo económico y social. A esta consideración vale la pena agregar que la salud debe considerarse un medio y a la vez un fin en sí misma. Por lo que se debe sostener que la salud es uno de los valores fundamentales y consustanciales al individuo, pero también lo es a la colectividad, pues sin una comunidad sana es difícil programar el desarrollo social. Así la necesidad de proteger la salud individual y colectiva, y es uno de los indicadores que gradúan el desarrollo de una nación⁵².

⁵¹ MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo, "Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud", Cámara de Diputados LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2000., p. 5.

⁵² Ibid. p. 6.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Podemos determinar a partir del propio precepto constitucional, realizar un desglose de los elementos que conforman a la protección a la salud, tomando en consideración los puntos que consideramos relevantes, así como las características que lo distinguen.

Cuando este artículo se refiere al sujeto o sujetos que participan activamente en la relación que este derecho origina, abarca a todo individuo, sea mexicano o extranjero. Asimismo y según la tendencia internacional es el Estado el sujeto pasivo, es decir quién está obligado frente al sujeto activo, pero no en el sentido de ocuparse directamente de dicha prestación, sino concretándose únicamente a la creación de las condiciones necesarias para el ejercicio del mismo. Aunque, hay que aclarar que no quiere decir que no participe, al igual que otros sectores, en la prestación de servicios de atención médica, como más adelante señalaremos.

Aún cuando el propio artículo Constitucional no haga mención expresa de ello, el derecho a la protección a la salud comprende tanto a los servicios personales de salud (atención médica, curativa y de rehabilitación), como a los servicios no personales de salud (atención y preservación del ambiente). Lo anterior, se corrobora con la exposición de motivos de la reforma al artículo cuarto Constitucional, donde también se señala a la protección y el mejoramiento del medio ambiente como parte de la responsabilidad del Estado en materia de salud.

Para lograr el acceso de toda la población a los servicios de salud se constituyó, con base en el citado artículo constitucional, el Sistema Nacional de

Salud, mismo que puede ser considerado más que como un elemento, como una consecuencia inmediata de éste. Dicho sistema se divide en tres distintos niveles de atención⁵³:

a) **Primer Nivel de Atención.**- Este es la puerta de entrada a los servicios de salud y comprende acciones dirigidas al individuo, la familia, la comunidad y su medio ambiente. Los servicios están enfocados básicamente a preservar la salud, así como la detección temprana, tratamiento oportuno y rehabilitación, en su caso, de aquellos padecimientos que se presentan con mayor frecuencia.

b) **Segundo Nivel de Atención.**- Otorga servicios de consulta externa especializada y de hospitalización a pacientes enviados por el Primer Nivel, así como a los que se presentan con urgencias médicas graves que requieren de atención de personal médico especializado.

c) **Tercer Nivel de Atención.**- Otorga servicios curativos y de rehabilitación a usuarios enviados por los otros dos niveles que presentan padecimientos de alta complejidad y requieren de tratamientos especializados⁵⁴.

Además de que es la instancia encargada de armonizar los programas y servicios de salud que realizan las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado con el fin de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

⁵³ Para poder alcanzar a atender los problemas de salud de toda la población, se organizaron respecto a la prestación de estos servicios tres niveles de atención, en orden creciente de complejidad y respondiendo a la frecuencia del tipo de padecimiento.

⁵⁴ Guía Práctica de Servicios e Infraestructura para la Salud, Distrito Federal, Secretaría de Salud, 1985.

Las reformas del 14 de junio de 1991 pretendieron estar acordes con la transformación en la materia trazada en el Plan Nacional de desarrollo 1989 - 1994. Con ellas se buscó consolidar el Sistema Nacional de Salud, mejorar la calidad de los servicios, disminuir las desigualdades sociales, fomentar la cultura de la salud, lograr el acceso universal a los servicios con equidad y calidad, poner énfasis en la prevención y control de enfermedades y contribuir con la regulación del crecimiento demográfico.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 10 de la Ley General de Salud, se puede concluir que el sistema de Protección a la Salud se conforma por los sectores público, social y privado. El sector público proporciona sus servicios a la población no asegurada que, al no contar con una relación formal de trabajo, no tiene acceso a aquéllas de la seguridad social; el sector social, en el cual se prestan servicios de atención médica a quienes por contar con un empleo y cotizar por ley devienen sus derechohabientes; y por último, el sector privado donde diversos establecimientos e instalaciones de propiedad particular atienden a todo tipo de población, siempre que estos puedan cubrir los costos que se puedan generar en las propias instalaciones particulares⁵⁵.

La programación y planeación no sólo quedará en manos de los poderes federales sino que se distribuirá entre la Federación y los Estados, de acuerdo con la atribución de competencias que hace la Ley General de Salud en sus artículos 9 y 13.

⁵⁵ Sector que se encuentra conformado por diversas Instituciones de Seguridad Social, entre las cuales se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Asimismo cabe mencionar que de así convenir a los intereses estatales, también los municipios participarán dentro de los sistemas de salud locales, respecto de lo cual el artículo 9 de la citada ley señala:

"La Secretaría de Salud auxiliará, cuando lo soliciten los Estados, en las acciones de descentralización a los municipios que aquellos lleven a cabo."

Y por último, sólo queda mencionar que este artículo remite a la fracción XVI del artículo 73 Constitucional; misma que se refiere a la facultad que tiene el Congreso Federal para dictar leyes sobre la salubridad general de la República; fundamento legal para la legislación sanitaria.

Concepto de Médico.

Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra "Médico" significa es aquél que se halla legalmente autorizado para profesar y ejercer la medicina; ciencia que tiene por objeto la curación o alivio de las enfermedades del hombre y la conservación de su salud⁵⁶.

En el libro de la Doctora Luz María Reyna Carrillo Fabela, "La Responsabilidad Profesional del Médico", cita en su hoja preliminar una frase de Horacio Jinich la cual dice: "MEDICINA es el arte científico que se ocupa, precisamente, de servir al hombre, de luchar contra sus enfermedades, de aliviar sus sufrimientos, de conservar su salud, de protegerlo de las enfermedades, de ayudarlo a rehabilitarse y a vivir en la máxima plenitud de sus facultades". Me da la impresión que en esta frase se recoge en gran parte la esencia de lo que el

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. (Madrid: Talleres Tipográficos Espasa- Calpe S.A., 1956), p. 861.

médico es, de cual es su función, y de los objetivos que se persiguen en el ejercicio de su profesión⁵⁷.

Por otra parte, en aras de lograr una mayor comprensión del concepto antes citado, cabe resaltar que el artículo 79 de la Ley General de Salud, en relación con el artículo 2 de la Ley de Profesiones, establece que la medicina requiere para su ejercicio de título profesional o, en su caso, de certificado de especialización legalmente expedido y registrado por las autoridades educativas competentes, que acredite a quién lo obtenga como poseedor de los necesarios conocimientos teóricos, y preparación suficiente para la rama o especialidad a la que vaya a dedicarse.

De la misma manera, para el ejercicio profesional se necesita, además del pleno goce y ejercicio de los derechos civiles, al autorización del Estado concedida, a través de la Dirección General de Profesiones, mediante una patente de ejercicio, es decir de una cédula profesional, que acredite ser la constancia de dicha autorización, identificando al profesionista dentro de la esfera de sus actividades laborales⁵⁸.

Antecedentes históricos del Médico.

A lo largo de la historia hemos podido observar que desde que apareció la humanidad misma, aparecieron los médicos, los cuales se han encargado desde las épocas más remotas de sanar a las personas de sus diferentes enfermedades y dolencias, lo que ha creado un vínculo muy estrecho entre el médico y la comunidad en donde este interviene; ha sido esta relación tan estrecha y las "capacidades" que se le han atribuido al médico, que se le ha relacionado en un

⁵⁷ CARRILLO FABELA, Luz María Reyna, "La Responsabilidad Profesional del Médico", 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000, p. 31.

⁵⁸ El ejercicio profesional es la realización habitual a título oneroso de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, en términos del artículo 24 de la Ley de Profesiones.

principio con la magia o con poderes sobrenaturales que hacían del médico una persona, la cual jugaba un papel preponderante de la sociedad en la que éste interviene; criterios que conforme ha pasado el tiempo se han ido acomodando en su correcta apreciación y enfoque.

Posteriormente, la medicina alcanzó el nivel de "ciencia" en la Grecia antigua con Hipócrates, al cual se le considera el padre de la misma. Y es esta ciencia, la que se fue desarrollando de forma muchas veces lenta a lo largo de varios siglos, como consecuencia de las creencias religiosas y sociales, que se encontraban arraigadas en la cultura de los diversos pueblos, y que impedían que el médico pudiera investigar las diversas enfermedades y los orígenes de las mismas, ya que como podemos observar existió un claro aletargamiento de la ciencia médica durante la Edad Media. Pero, a pesar de todo esto, cada cultura tuvo un muy particular desarrollo de los conocimientos que ha medicina respecta, ya que encontramos desarrollo de la ciencia médica en los pueblos precolombinos, desde tribus nómadas hasta las grandes civilizaciones, y encontramos estudios muy antiguos en la China imperial y desarrollo de la medicina en los pueblos árabes, pero toda esta búsqueda se llevó por diferentes caminos, pero con un mismo objetivo común, que era, lograr la salud de la comunidad.

No es, sino hasta los siglos XVII y XVIII, cuando la medicina empieza a tener un mayor desarrollo científico y a crearse diferentes escuelas, las cuales se relacionaban de algún modo entre sí, lo que provocó que los adelantos científicos fueran más rápidamente divulgados, trayendo como consecuencia la posibilidad de descubrir como funcionaba el cuerpo humano y de los diferentes sistemas de los que se compone, como sería a modo de ejemplo, el sistema circulatorio, nervioso. Dando con esto la posibilidad, de que los siglos XIX y XX, fueran los de mayor expansión científica en este campo. Es de esta manera, como el médico ha jugado un papel muy importante en la historia de la humanidad, ayudando al mejoramiento de la salud de las personas.

RELACIÓN MÉDICO- PACIENTE.

De esta relación derivan los derechos, obligaciones y deberes del médico con el paciente y del paciente con el médico. La relación médico- paciente puede ser directa o indirecta. La relación *médico- paciente directa* ocurre cuando el paciente concurre al consultorio particular del médico para su asistencia o requiere de sus servicios en el domicilio si no puede trasladarse. La relación *médico- paciente indirecta* se da a través de un hospital o centro asistencial estatal- nacional, provincial o municipal, al cual el paciente concurre voluntariamente o en caso de emergencia.

La naturaleza de esta relación ha sido ampliamente debatida, pues aún cuando en la mayoría de los casos da origen a una relación contractual entre el médico y el paciente, no puede generalizarse a todos los casos ya que en algunos, al no darse un acuerdo de voluntades entre las partes, no existe un contrato. En este sentido, existen numerosas situaciones en las que existiendo la prestación de un servicio médico no puede hablarse de un contrato o, en las que aún cuando exista una relación contractual previa, dicho vínculo contractual no liga directamente al médico, sino a un tercero; situaciones que se dan por ejemplo cuando:

1.- Un médico en casos de urgencia rechaza atender a un paciente.

2.- U médico es contratado por un institución para prestar en ella sus servicios, ya que en este caso el paciente contratará a está y no al médico, quién en su aso tendrá una relación indirecta o extracontractual frente al paciente, toda vez que la relación contractual existe, pero con la institución.

El servicio público que presta el Estado no es causa para negar el vínculo contractual, por lo menos en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones ni a la relación de igual naturaleza que se genera con los médicos (relación hospitalaria pública); ya que puede ocurrir que la vinculación se dé a través de un sanatorio o centro de asistencia privado, del cual el paciente sea socio o no. Ciertamente, para muchos juristas la relación medico- paciente es meramente contractual, sin embargo para otros es extracontractual; y para otros es solo un contrato típico.

No debe olvidarse, si embargo, que la determinación sobre la naturaleza de dicha relación debe dejarse a la realidad fáctica que rodea a cada caso concreto, ya que las peculiaridades que rodean a esta relación no permiten que se emita una solución taxativa y única en cuanto a su configuración jurídica.

El acuerdo de voluntades existente entre el médico y el paciente respecto a un servicio de atención médica, da origen a diversas obligaciones y derechos correlativos que por sus características pueden encuadrarse dentro del contrato de prestación de servicios profesionales.

Me parece conveniente retomar un párrafo que se escribe en el libro de Jay Katz "El médico y su paciente", en el que de la misma forma se cita a Alasdair Macintyre, en donde podemos encontrar una clara definición de cómo es la relación que existe entre el médico y su paciente, y sobre la toma de decisiones entre ambos y valoran de manera muy perceptiva su situación actual⁵⁹:

"Por tradición, el paciente se pone en manos del médico. El resultado general es que el doctor no aconseja al paciente al ponerle enfrente una variedad de posibilidades y el dejarlo decidir en general; no revela siquiera al paciente sus propios procesos de

⁵⁹ KATZ, Jay, "EL Médico y su paciente", 1ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México 1989., p. 84.

pensar... En nuestra cultura sucede que esta especie de autoridad médica no nos parece extraña y singular, porque estemos acostumbrados a ella desde nuestra más tierna infancia; pero cuando aprendemos a percibirla, su singularidad se hace aún más patente porque en realidad casi no tiene paralelo en el resto de nuestra experiencia social".

Dicho lo anterior, podemos entender que esta es una relación única con características muy particulares, que no se parece en nada con el resto de las demás relaciones interpersonales del esquema social al que estamos habituados, y esto deriva en primer lugar del conocimiento técnico, así como del lenguaje que el profesional maneja y que resulta difícil de comprender para su paciente, por otra parte, el médico a partir del conocimiento que tiene, realiza un análisis personal y subjetivo del método más adecuado que debe de seguir para el caso particular que atiende, sin tener que consultarle al paciente su aprobación o no. Por lo que, partimos de la base que el paciente pone sus expectativas personales de curación en el conocimiento aunado a la experiencia que supone tiene el médico, y que lo llevarán a restablecer su salud.

IATROGENIAS.

Concepto.

Hablar de iatrogenias resulta de gran interés debido a lo trascendental del tema tanto para el médico como para el paciente, ya que las repercusiones sociales, culturales, económicas y jurídicas que las iatropatogenias pueden generar son muy diversas. Desde luego el problema fundamental atañe a los médicos y es por ello que estos no deben únicamente conocer y analizar las causas que originan las iatropatogenias, sino también analizar la forma de evitar que se presenten durante la práctica de su ejercicio profesional.

Encontramos una definición que tomamos del libro de Carrillo Fabela, la cual cita a Cardenal, en su Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, mismo que lo define como iatrogenia a "lo producido por el médico o los medicamentos", de la misma manera, buscamos una definición de la palabra en el Diccionario de la Lengua Española, con el siguiente significado. "(del griego iatros, médico, geno e ico) adj. Med. Dícese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico". Por lo que debe de entenderse como producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y la sociedad; por lo que incluye, no sólo las consecuencias positivas, sino también las negativas de la intervención del facultativo; esto es, la curación del paciente o su deterioro⁶⁰.

Clasificación.

Bebido a las características particulares de las Iatrogenias, es necesario aclarar que existe un estrecho vínculo con la responsabilidad del médico, debido a que no todas la iatrogenias son positivas, de tal manera que las iatrogenias con resultados negativos que tengan el infortunio de ser denunciadas, y en las que se compruebe efectivamente la presencia de la falta médica, serán las que tengan repercusiones legales para los médicos.

Atendiendo a diversas formas de clasificación de las iatrogenias, estas se pueden dividir en tres:

- 1.- Por su origen.
- 2.- Por el área médica.
- 3.- Por su resultado.

⁶⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. (Madrid: Talleres Tipográficos Espasa- Calpe S.A., 1956), p. 753.

1. Por su Origen.

De acuerdo con el libro de Carrillo Fabela, la cual de igual manera cita a Ivan Illich, en su libro "Némesis Médica", señala que existen tres tipos de iatrogenias atendiendo a su origen: la clínica, la social y la estructural⁶¹.

1.1. Iatrogenia Clínica.

La iatrogenia clínica se puede presentar en todos los niveles de la práctica profesional en forma general por acción médica insuficiente, excesiva o imprevista, efectuada por ignorancia, negligencia, precipitación o juicio insuficiente. Se puede decir que la iatrogenia clínica representa todos los estados patológicos condicionados por medicinas, médicos y hospitales.

Esto, nos plantea un enfoque muy general de las iatrogenias, ya que nos refiere a todas aquellas circunstancias en las que se presentan las mismas como consecuencia de los actos realizados por los médicos o de la aplicación de los diversos medicamentos en el tratamiento de los pacientes.

1.2 Iatrogenia Social.

La iatrogenia social se refiere a la pérdida de la capacidad de adaptación a la enfermedad o de autocuración; es la dependencia excesiva y antinatural a la medicina, para asegurar la salud, generada por la medicalización de la vida, como subproducto de una sociedad superindustrializada, donde el médico tiene injerencia en todos los estratos sociales.

Esto se manifiesta como consecuencia de una sociedad de consumo, en la que existe una gran cantidad de productos médicos en el mercado, y por

⁶¹ CARRILLO FABELA, Luz Ma. Reyna. op. cit. p. 11.

consiguiente, una constante publicidad que bombardea al público con remedios para curar cualquier tipo de síntomas, por lo que es muy común, que la gente requiera de varios medicamentos a la vez, muchas veces sin consultar con un especialista. De igual manera, el propio médico es muchas veces el responsable de esta medicalización, ya que influye directamente en las decisiones del propio paciente.

2. Iatrogenias Negativas. Médico- Legal.

Como ya mencionamos anteriormente la responsabilidad profesional en el área médica obedece a situaciones de acción, omisión, descuido, olvido, y toda una gama de posibilidades, tantas como características humanas existen y que se presentan todos los días en un hospital o en donde exista atención médica y haya más de dos personas, características que pueden ser encuadradas en tres situaciones particulares: la Negligencia, la Imprudencia y la Impericia.

2.1. La Negligencia.

Por Negligencia se puede entender el incumplimiento de los principios elementales propios de cualquier arte o profesión, esto significa, que sabiendo como base lo que se debe hacer, no se hace, o por el contrario, sabiendo lo que no se debe de hacer, se hace. Se debe de partir de la base que la persona que realiza el acto, tiene los conocimientos y la capacidad necesaria, no los ocupa en el momento que debe de aplicarlos, y que a todas luces se contrapone con el sentido del deber inherente al trabajo que se esta desempeñando.

Esto, que se mencionó en el párrafo anterior, aplicado al caso del médico resulta por demás riesgoso, si se toma en cuenta que se esta "trabajando" directamente sobre el cuerpo y la salud del enfermo, y que lo que el médico realice repercutirá directamente sobre el mismo.

2.2. La Imprudencia.

La imprudencia se puede definir, como afrontar un riesgo sin haber tomado las precauciones debidas para evitar dicho riesgo, actuando con un claro apresuramiento innecesario, de igual manera, tampoco se evalúan en el momento de actuar, todos aquellos inconvenientes que se ocasionarán de la acción u omisión realizada. Esto conlleva, a que el profesionalista deje de considerar circunstancias que por pequeñas que puedan parecer, tendrán claras repercusiones en la salud del enfermo, por citar un ejemplo sencillo, realizar una sutura sin haber desinfectado el área previamente, con la finalidad de evitar infecciones.

2.3. La Impericia.

Se puede definir a la impericia como la falta de pericia, esto es, la falta de las habilidades o de los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben de tener en la profesión que se realiza. Esto obedece a una notoria falta de los conocimientos que se requieren en el ejercicio de la medicina, esto significa que el médico que debiendo de actuar de determinada forma en un caso concreto, no lo hace, por desconocimiento de la técnica médica, y que el resto de sus colegas realizaría por encontrarse en una supuesta igualdad de condiciones, lo que lo hace colocarse en desigualdad profesional por carecer del conocimiento mínimo.

Dicho lo anterior, se puede evaluar el tipo de iatrogenia negativa a partir de cualquiera de estas tres características médico- legales, o como consecuencia de la acumulación de varias de estas; esto nos sirve para determinar el nivel de participación del médico en la iatrogenia que se investiga, con el objeto de revisar si la misma se debió a una negligencia, una imprudencia o a una impericia causada por el médico.

OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE SURGEN EN VIRTUD DE LA RELACIÓN MÉDICO- PACIENTE.

En relación a este tema y dentro de la relación médico- paciente por tener ésta, generalmente su origen en un contrato bilateral como es el de prestación de servicios profesionales, se generan para ambas partes obligaciones recíprocas, es decir, caracterizadas por existir entre ellas una estrecha interdependencia.

Parte de dichas obligaciones son las propias del contrato del cual deriva la referida vinculación jurídica; mientras que otras, aún cuando puedan darse a partir de las primeras, tienen un carácter particular y específico que se relaciona íntimamente con la naturaleza del servicio de la atención médica, el cual por su trascendencia, implica la correcta observancia de diversos deberes para quienes lo prestan. Deberes que obligan al médico con independencia de la existencia de un contrato, y que sólo cuando éste se constituye como base de la relación médico- paciente los convierte en obligaciones contractuales, en contenido natural del contrato, haciéndolos aplicables en atención de la condición de médico que tiene una de sus partes. Deberes que ante su violación implican inexorablemente la vulneración de un derecho del paciente, el cual existe por su condición de tal y no como consecuencia, en su caso, de la posición de acreedor dentro de la relación contractual.

Las obligaciones primeramente mencionadas están establecidas, en términos generales, por el Código Civil entendiéndose que ciertos puntos deben ser adecuados a las exigencias que la legislación sanitaria haga al prestador de servicios de atención médica, pues al ser disposiciones que rigen su conducta inciden necesariamente en la relación que éste tenga con su paciente, así como en el Código Penal Federal y Códigos de los Estados. Las segundas se encuentran reguladas por los ordenamientos de la materia sanitaria, es decir, por

la Ley General de Salud, el Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico, entre otros.

Obligaciones del Médico.

La primera y más importante de las obligaciones del médico, dado que constituye el objeto del contrato, es el prestar el servicio convenido, poniendo todos sus conocimientos científicos y técnicos al servicio del cliente, en este caso el paciente. Obligación que se reafirma por lo establecido en los artículos 51 de la Ley General de salud y su correlativo en el Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que a la letra dicen:

"Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso o digno de los profesionales, técnicos o auxiliares".

En este punto es muy importante referirse al deber de asistencia que todo médico tiene frente a su paciente y que consiste en "la realización de aquellas tareas encaminadas al logro de ese objetivo que representa la curación del enfermo y que incluye el diagnóstico, el pronóstico, las recetas, el tratamiento, etc".

Esta obligación se llevará a cabo según la naturaleza y el tipo de servicio y conforme a la forma, tiempo y lugar convenido, pero siempre, tomando en cuenta que deberá ser el médico quién lo haga en forma personal toda vez que es un contrato personal, es decir, respecto del cual se tomaron en cuenta las cualidades personales del prestador con quién se celebró.

En este orden de ideas, cabe resaltar que todo médico debe, antes de obligarse frente a un paciente, evaluar el caso que se le presenta determinando

en forma objetiva si se encuentra debidamente facultado para tratar dicho padecimiento y si cuenta con las condiciones e instrumentos necesarios, dadas las circunstancias que rodeen el mismo, para su adecuada atención. Por o tanto, de no considerarse apto para un determinado caso, el médico deberá comunicarlo a su paciente recomendándole a otro médico que cuente con la capacidad que requiere el caso a tratarse. Este tipo de precauciones no sólo sirven para proteger al paciente de cualquier eventualidad médica, sino que incluso protegen al propio médico de la responsabilidad en la que pueda incurrir como consecuencia de sus acciones.

Por otra parte, el artículo 29 del Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica dispone que todo médico está obligado a proporcionar al paciente y, en su caso, a sus familiares, tutores o a su representante legal, la información necesaria en relación al diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento que correspondan, lo que justifica por se lógico que el desconocimiento de la enfermedad y del tratamiento en cuestión, así como sus efectos y consecuencias den lugar a un consentimiento viciado⁶².

En este mismo sentido, Jay Katz considera que "una buena toma de decisión entraña que ambas partes tengan la capacidad de hacer elecciones, lo que se contrapone con la ancestral creencia médica de que los pacientes por el hecho de estar enfermos, más parecen niños que adultos y que por ello su capacidad de elección esta fatalmente afectada", esto es, por demás relevante, ya que actualmente la política es que la toma de decisiones es una cuestión compartida, lo que por otra parte produce en el paciente un acercamiento hacia su propio padecimiento y la posible solución del mismo⁶³.

⁶² Se entiende por tratamiento el acto o serie de actos que significan la materialización de la asistencia, la cual debe reunir los requisitos de haber sido autorizado por la autoridad sanitaria y de ser adecuado al enfermo y a la enfermedad.

⁶³ KATZ, Jay, op. cit. p. 183.

El propio Jay Katz, por otra parte, señala que "el paciente tiene el derecho de saber todo; aunque tal vez no quiera conocerlo todo". Cabe señalar que en muchos casos, cuando el médico trata de centrar al paciente y le pregunta que alternativa preferiría, el paciente responde que el médico le recomiende, que le diga que debe de hacer, y esto se entiende que cuando un individuo se encuentra enfermo o asustado, hay una especie de regresión que le hace desear colocarse bajo los cuidados de otra persona, sin tener que asumir ninguna responsabilidad. Por lo que dice Katz, que al médico corresponde la responsabilidad de tomar decisiones por el paciente de un modo tan sensato y lleno de bondad como le sea posible, aunque cabe aclarar, que existe una mínima cantidad de personas que quiere saberlo todo y decidirlo todo, lo que ayuda en mucho a la función respecto de la toma de decisiones⁶⁴.

Toda vez, que la doctrina que más ha estudiado en este tema de la información ha sido la norteamericana, veremos sus investigaciones como referencia de este apartado. Según dicha tendencia el paciente debe ser proveído de determinada información que le ayude a entender su estado y las opciones que tiene frente al mismo, información que por lo menos debe hacer referencia a los siguientes puntos:

- 1) La explicación de la enfermedad o del padecimiento de que se trata;
- 2) La descripción de la curación, tratamiento o procedimiento para que la enfermedad o padecimiento en cuestión se recomiende;
- 3) La descripción de los riesgos o beneficios que éste pueda tener, incluyendo una explicación que involucre las probables complicaciones y las secuelas que pueda tener, tanto las incapacidades temporales a

⁶⁴ Ibid. p. 253.

que pueda dar lugar como cualquier resultado de carácter permanente; por ejemplo, una cicatriz o aquellos cuidados a que vaya quedar sujeto;

4) La mención, en su caso, de las alternativas que existan;

5) Las consecuencias que pueda acarrear el no ser tratado; y

6) El probable resultado en caso de llevar a cabo la curación, tratamiento o procedimiento propuesto, refiriéndose también a la probabilidad de que el mismo tenga éxito.

De la misma forma, podría incluirse dentro de los puntos que deben ser informados al paciente lo que respecta a los medios y a las formas de pago, para con ello evitar futuros incumplimientos relacionados con obligaciones pecuniarias a las que un paciente no pueda hacer frente.

Es importante resaltar que el médico debe responder a todas y cada una de las preguntas que le haga el paciente y que aclare las dudas o las preocupaciones que éste tenga, pues además de crear una mayor certidumbre respecto del servicio que éste prestará, ayudará también a crear una relación en la que exista mayor comunicación y confianza. Al respecto, debemos recordar que la confianza entre el médico y el paciente es fundamental por dos razones:

1.- Cuando el paciente acude al médico para que se encargue de su salud deja en sus manos su curación, por lo que supone que éste cuenta con cierta capacidad profesional y, por lo tanto, confía en los servicios que éste le prestará.

2.- Asimismo, el médico confía en la información que el paciente le da para ayudarse en la determinación del diagnóstico y obviamente del tratamiento a seguir.

No obstante, existen ciertos casos en que se justifica que el médico no diga a su paciente la información a que nos hemos referido, los cuales según expone George J. Annas en su libro "The Patients Rights. The Basic Aclu Guide to Patients Rights", se reducen exclusivamente a los siguientes casos⁶⁵:

1.- tratándose de una emergencia, pues se requiere de atención inmediata y no hay lugar a ningún tipo de introducción;

2.- Cuando se trate de riesgos que sean menores, es decir, aquellos conocidos por la persona promedio, ejemplo un raspón en la rodilla;

3.- Ante la renuncia del paciente ha ser informado; y

4.- Cuando el médico, con base en alguna prueba, considere que dicha información afectaría al paciente de tal forma que lo llevaría a tomar una decisión irracional y por ello es mejor omitirla, lo que se conoce como privilegio terapéutico.

De igual manera, no sólo debe de destacarse que es importante la información previa que se dé al paciente respecto de su padecimiento y a su respectiva curación, sino también lo que es aquella sobre el progreso de los mismos, la cual se va obteniendo a lo largo de la prestación de dicho servicio; por ello, hoy en día el expediente clínico juega dentro de la relación médico- paciente un papel trascendental. Y es el documento en el cual, además de identificar al paciente, se asienta su historia clínica, la curación, tratamiento o intervención a la

⁶⁵ ANNAS J., George. "The Patients Rights. The Basic Aclu Guide to Patients Rights", (Los Derechos del Paciente. Guía Básica para los Derechos del Paciente), (Estados Unidos de América). Human Press Totowa- New Jersey, 2ª Edición, 1992. p. 91. Traducción del que realiza el presente trabajo.

que esté sujeto, el curso de la enfermedad, las personas que han intervenido y si hay estudios de laboratorio.

Este documento, resulta ser a todas luces indispensable, ya que es un plan de actuación, y es una prueba escrita del servicio médico y sus efectos, por lo que constituye un medio de protección legal tanto para los intereses del paciente como para los del médico o, en su caso, del establecimiento en el cual se haya prestado el servicio, pues al ser documentados en él todos los procedimientos y operaciones realizadas en un paciente, éste se vuelve una prueba de mucho valor en cuanto al cuidado del paciente y la defensa de tal cuidado si ésta fuera cuestionada posteriormente.

Este expediente llega a ser la mejor defensa que el médico puede tener frente a acusaciones que se le hagan en su contra, ya que representa una prueba muy eficaz que la memoria del paciente. Este expediente debe ser conservado por un período mínimo de cinco años contados a partir del último acto realizado por el médico, esto con la finalidad de tenerlo disponible en caso de que se presente algún cuestionamiento posterior.

A mi parecer, uno de los puntos fundamentales, y que considero relevantes para esta parte de la investigación, se refiere al consentimiento, en primer lugar es un elemento necesario para la existencia jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales, ya que es a través de ésta que se da la vinculación jurídica entre médico y paciente, y en segundo lugar, respecto a la capacidad de toma de decisiones que tiene el propio paciente de su tratamiento.

En este sentido, Fernando Cano Valle señala respecto al tema del consentimiento bajo información como él mismo lo denomina que "Se refiere a la autorización que un paciente otorga a un médico para que éste lo someta a un procedimiento médico-quirúrgico, diagnóstico o de investigación. Esta autorización debe basarse en el pleno conocimiento del enfermo sobre el

procedimiento en sí, sus fines, consecuencias probables y beneficios potenciales. Para otorgarlo, el sujeto ha de encontrarse en pleno ejercicio de sus facultades mentales y no debe ser sometido a presión o engaño de ninguna especie, de manera tal que el consentimiento sea expresión de su voluntad y libertad personales⁶⁶.

Al paciente se le debe de tener informado sobre su padecimiento y del procedimiento médico que se le recomienda antes de que éste otorgue su consentimiento, ya que implica que el médico no puede prestar un determinado servicio sin que para ello el paciente haya dado su debida aprobación, al paciente se le capacita para participar voluntaria, consiente y activamente en la toma de decisiones respecto del diagnóstico y tratamiento que se debe de seguir, es decir, que haya aceptado todas aquellas implicaciones o consecuencias que se den como resultado de la curación, con todos los procesos que de estos se deriven. Lo que conlleva, a que no sólo es un derecho fundamental del paciente, sino que es una obligación prioritaria del médico.

Este consentimiento debe de darse por escrito, constando los datos completos del paciente, naturaleza, origen y características del procedimiento, beneficios esperados y posibilidades de éxito, molestias previsibles y posibles riesgos, efectos esperados en caso de no realizar el tratamiento, disposición a aclarar dudas o ampliación de información, así como declaración del paciente expresando su consentimiento, la satisfacción de la información y aclaración de dudas, los datos del médico que informa, datos de la hora y el lugar, y datos y firmas de dos testigos, y la firma de los participantes. Esto constituye un soporte legal bastante sólido para el paciente o para el médico⁶⁷.

En el caso del consentimiento bajo información que se utiliza para la atención médica, el tipo de paciente y la atención prestada parecen ser los

⁶⁶ CANO VALLE, Fernando. op. cit. p. 99.

⁶⁷ Comisión de Arbitraje Médico, Estado de México, "El Consentimiento bajo Información, Bases para su Comprensión". p. 8.

critérios más importantes para definir la modalidad del consentimiento, y se puede afirmar que hay dos grandes grupos en este apartado.

a) la atención de urgencia, y

b) la atención programada.

Primero nos referiremos, al caso de la atención programada, en donde resulta evidente, que no existe ningún argumento que permita disculpar que no se use el consentimiento bajo información, ya que existe el tiempo por demás necesario, para que se le informe al paciente de su situación, o a sus familiares, los cuales en un tiempo prudente, tomando en cuenta la enfermedad, podrán decidir que medidas clínicas deberán de seguir, conviniendo en todo momento a los intereses particulares del paciente.

En cambio, en los procedimientos de urgencia, en donde la vida del paciente depende de la rapidez del médico para decidir sobre la realización de un procedimiento determinado, es obvio que este consentimiento no sólo puede disculparse, sino que sencillamente es imposible de obtener cuando así lo determinan las condiciones del enfermo. Ya que si se pretende obtener dicho consentimiento, se corre el riesgo de que el paciente se deteriore en su estado de salud, por la falta de atención pronta.

Es más, en el Derecho Penal Mexicano, el consentimiento está catalogado como una de las causas de exclusión del delito, esto es, que derivado del consentimiento que debe de otorgar el paciente con respecto a un procedimiento médico, el médico que atiende no se le puede imputar una responsabilidad penal. Para que esto suceda, es necesario que se acredite fehacientemente que el médico obtuvo el consentimiento del paciente para realizar el tratamiento, el cual se debe encontrar claramente descrito y con la firma y datos completos del paciente.

De acuerdo con lo establecido por la fracción tercera del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, debe haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento".

Como se puede observar, el médico al cumplir con alguno de éstos requisitos establecidos por el artículo antes citado, se hace de un elemento muy importante de defensa, ya que actuó conforme al procedimiento descrito con el consentimiento y aprobación del paciente o quién esté facultado para otorgar el mismo.

Por otra parte, George J. Annas, manifiesta que otro punto muy importante de la relación médico paciente es "una relación confidencial e implica que lo que un paciente diga a su médico no será dicho a una tercera persona que no esté

directamente involucrada en el cuidado o tratamiento del paciente". Esto nos indica que entre el médico y el paciente debe de existir la discrecionalidad del asunto que compete exclusivamente a las partes interesadas, ya que, el revelar algún secreto médico, podría traer consecuencias para cualquiera de ellos⁶⁸.

Aunque cabe señalar, que el médico esta obligado a notificar en ciertos casos, como serían los nacimientos o muertes de los nacionales y extranjeros, para efectos estadísticos, enfermedades transmisibles según el artículo 135 de la Ley General de Salud, y lesiones por delitos o penales o abuso de niños y ancianos, los cuales deben ser denunciados penalmente al Ministerio Público.

De igual manera, le revelación de secretos por parte del médico sin la autorización del paciente o quién pueda dar dicha autorización, hace que éste incurra de igual manera en la comisión del delito de revelación de secretos, los cuales se encuentran regulados por el ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal, en los artículos 210, 211 y 211bis, respectivamente.

Asimismo, el artículo 229 del Código Penal Federal (lo mismo que el del Distrito Federal) se refiere a un delito cometido exclusivamente por médicos y concernientes al abandono del paciente, y cito textual:

"Artículo 229.- 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".

Aquí la interrogante surge en el momento en el que el médico tiene que otorgar una responsiva para hacerse cargo del paciente, en primer término surge el planteamiento de lo que se entiende por responsiva para hacerse cargo del enfermo; es un documento que tiene que ser firmado por el médico encargado,

⁶⁸ ANNAS J., George. op. cit. p. 175.

una manifestación verbal expresa de aceptación, o simple y llanamente una aceptación de forma tácita. En la práctica encontramos que esta responsiva no aparece en ningún lado, ni siquiera se hace referencia a ella en el expediente clínico o simplemente no se lleva a cabo. En algunos lugares existe un contrato de aceptación (generalmente instituciones privadas), pero en la mayoría de los casos al no existir dicha responsiva, resulta bastante difícil poder demostrarlo.

A modo de ejemplo, ¿ Que sucedería con un paciente que llega en estado inconsciente a urgencias a un hospital, y no tiene familiar alguno que lo acompañe?, ¿Como se lleva a cabo esta responsiva?, ¿Quién la firma, y en que momento? ¿No se debe de aceptar la responsabilidad de atender al paciente si se carece de esta responsiva?. Creo en mi personal opinión, que al preocuparnos por responder estas interrogantes estamos dejando pasar tiempo vital en la atención médica, lo que se traduciría en una clara comisión por omisión, ya que se está obligado a atender a un paciente bajo cualquier circunstancia con independencia de una responsiva o no.

Obligaciones del Paciente.

Respecto a las obligaciones que tiene el paciente derivada de la relación que tiene con su médico, estas son mucho más sencillas, en primer lugar esta el pago de los honorarios como contraprestación del servicio médico prestado. A este respecto la Ley General de Salud establece en su artículo 43 y en el Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica en su artículo 41 establecen que para los servicios de salud de carácter social y privado la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, tomando en cuenta la opinión de la Secretaría de Salud, establecerá las tarifas a que los honorarios están sujetos, salvo cuando se presten por personal independiente, caso en que se fijará con base en el acuerdo previo entre las partes.

De igual manera relacionado con este mismo aspecto, encontramos los artículos 44 y 55 de la Ley General de Salud, así como los artículos del Reglamento, los cuales establecen que la obligación para los prestadores de servicios médicos, deben de atender de forma gratuita tanto a personas de escasos recursos como aquéllas que requieran sus servicios ante casos de urgencia, condiciones en las que no se puede perfeccionar con la firma de un contrato de prestación de servicios profesionales.

El paciente deberá de satisfacer los honorarios correspondientes del médico cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se le haya encomendado, salvo pacto en contrario.

Otra de las obligaciones que tiene el paciente con respecto del médico que le presta el servicio, es el de reembolsar al médico las expensas y los gastos que en virtud del servicio éste hubiere erogado; aunque cabe aclarar, que está no se presenta en todos los casos, ya que la mayoría de las veces los medicamentos que se utilizan se cobran de forma independiente de los honorarios.

Asimismo, dentro de las obligaciones que tiene el paciente con respecto al médico, además de los honorarios y pagar los gastos que origine el tratamiento, debe de cumplir con ciertas conductas que más que dar lugar a una responsabilidad contractual, podría eximir al facultativo de cualquier responsabilidad que se le pretenda acreditar, con el fin de lograr una prestación del servicio médico más eficaz, el paciente esta obligado a:

- 1.- Informar fielmente al médico de los síntomas que presenta, y responder todas las preguntas que éste le haga durante el tratamiento, para que el médico pueda elaborar un diagnóstico detallado y con ello el tratamiento más indicado al padecimiento que corresponda.

2.- Cumplir por sí o por quienes corresponda con el plan terapéutico que el médico haya señalado, seguir con los tratamientos que se le hayan recomendado, ya que su incumplimiento excluye de responsabilidad al médico.

3.- Aceptar la responsabilidad en el caso de rehusar seguir con un tratamiento, dejar de tomar medicamentos, o no someterse a una intervención quirúrgica, así como de las demás causas que produzcan un efecto negativo en el paciente y este lo sepa con antelación. Y por último, obedecer las reglas del establecimiento de Prestación de Servicios de Atención Médica, ajustándose a las reglas internas del establecimiento en donde se encuentre siguiendo un tratamiento médico, esto con base en lo establecido por el artículo 52 de la Ley General de Salud.

Dicho lo anterior, podemos observar que son igualmente importantes las responsabilidades que adquiere el paciente o sus familiares, así como las obligaciones que tiene el mismo en su propio tratamiento o curación y en relación con el médico que lo atiende, ya que el incumplimiento de cualquiera de éstas, conlleva a que el médico no se haga responsable de lo que le pueda suceder al paciente por culpa de actos u omisiones causadas por de éste último. Por lo que es importante que quede perfectamente definido cual es el papel que desempeña el médico y cual es el que ocupa el paciente, cuales son las obligaciones que ambos contraen como consecuencia de la prestación del servicio médico, y de las responsabilidades generadas por el incumplimiento de las mismas.

La Posición de Garante en el Médico.

El médico al adquirir una responsabilidad en relación al tratamiento que le proporcionará al paciente, adquiere la posición de garante, esto es, el responsable del bien jurídico tutelado que en este caso es la salud, lo que constituye una obligación legal de atender al paciente, es decir, la disposición a que el paciente reciba el tratamiento médico adecuado que garantice que efectivamente será atendido conforme al tratamiento que se le brinda, esta circunstancia resulta relevante toda vez que, si el médico no asume su calidad de garante, en caso de un error cometerá una omisión simple, al igual que cualquier persona que no prestara la ayuda esperada, mientras que si reconoce su calidad de garante, responderá por el delito de omisión impropia o comisión por omisión, esto es, al que se le imputa un delito por no cumplir con las obligaciones a las cuales estaba obligado, o del que se esperaba un actuar determinado conforme lo obligaba una normatividad específica.

Según Eberhardt Schmidt, desde el momento en que el médico no atiende al paciente incurre en responsabilidad penal, ya que viola el deber jurídico de atenderlo y por tanto se coloca en una posición de garante, esto es, el titular o responsable del bien jurídico tutelado, en el médico surge un compromiso de protección que va implícito por la adopción de la profesión médica. Cabe señalar, que existen posturas que indican que aceptar la postura de garante "supondría una sobrecarga excesiva de trabajo a los médicos, y su responsabilidad llegaría hasta límites absurdos". La posición mayoritaria es la que señala que solo habrá posición de garante en aquellos casos en que el médico haya asumido efectivamente el tratamiento del paciente, esto es, que el médico se haga cargo del paciente⁶⁹.

⁶⁹ Citado por Raúl González- Salas Campos, en el artículo "La Responsabilidad Penal de los Médicos y demás Profesionales en Ciencias de la Salud. El delito de Omisión en la Actividad Médica". *Revista Mexicana de Justicia, Nueva Época, Número 10, Procuraduría General de la República, México 2000*. p. 86.

Entonces, desde mi punto de vista surge una interrogante, ¿en que momento no se hace cargo un médico de su paciente?, creo que desde que el mismo conoce la sintomatología del paciente, observa su proceder respecto de la enfermedad y recomienda un tratamiento, el médico se esta haciendo cargo del paciente, no puede dejar de reconocer el vínculo existente entre ambos, a menos que exista una manifestación expresa de alguna de las partes.

Es decir, asumir el compromiso de hacerse cargo del paciente no debe de entenderse como un mero compromiso formalista, sino, éste empieza a partir de la iniciación efectiva del tratamiento. De la misma forma existen posturas que indican que el solo hecho de una llamada telefónica al médico solicitando algún remedio por sencillo que parezca, lleva implícito que el médico asume dicha calidad de garante.

Esto nos lleva a pensar, que en muchas ocasiones se produce el agravamiento o incluso el fallecimiento del paciente, probablemente por la evolución natural de la enfermedad, pero muchas veces también por encontrarse sometido a diversos procedimientos médicos, lo que puede resultar difícil al momento de pretender determinar de cual de ellos se causó la consecuencia que se investiga.

A la vista de los tipos penales se plantea, al menos formalmente, la diferencia entre los conceptos biológicos y los jurídicos, a modo de ejemplo, el concepto biológico de la muerte, y el concepto jurídico del homicidio, ambos se encuentran muy vinculados en razón de las características que los conforman, de lo que se trata, es de determinar o esclarecer que la muerte (hecho biológico) se encuentra causada por cuestiones naturales o desgraciadas, que son ajenas a la intervención médica, y que no son imputables a quién ejerce la medicina en el paciente, por lo que no se le atribuye el tipo penal del homicidio al médico que conocía del caso.

Es precisamente respecto de estas cuestiones que se pretende encontrar la fuente de licitud de la actividad curativa del médico, para delimitarla de la responsabilidad jurídica penal.

Las fuentes de licitud conferidas a los médicos en la realización de sus actividades se recogen en las legislaciones penales al amparo de las causas de justificación, como serían: el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo de su profesión y riesgo permitido, o como podría ser en casos urgentes, como la figura del estado de necesidad, que por evitar un mal propio o ajeno queda justificada la lesión al bien jurídico de una persona.

Capítulo IV.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES.

Empezaremos este capítulo tratando en primer término de dar una definición de lo que se entiende por Responsabilidad de forma genérica, para posteriormente adentrarnos en un concepto más particular de lo que se entiende por Responsabilidad Penal, del mismo modo observaremos cuales son sus elementos, y en particular, del tema que nos interesa que es la responsabilidad penal de los propietarios de empresa, enfocada al ámbito de la medicina y la atención hospitalaria.

Concepto de Responsabilidad.

Los doctrinarios del derecho han intentado de manera inútil dar una definición de lo que se entiende por responsabilidad, aunque más que una definición han dado un concepto, ya que ninguno de ellos lo define sino que establecen lo que por ella se entiende y los casos que dan origen a la misma, pretendiendo a lo largo de este trabajo dar una clara idea de lo que por ella se puede entender.

Creo que sería pertinente primero ver cual es el problema que se plantea respecto a la responsabilidad civil, cuando en virtud de un hecho del hombre, una persona sufre un daño (patrimonial o moral), y se pregunta en la doctrina: ¿Quién debe soportar el daño, el autor o la víctima?, ¿En que casos y en que condiciones una persona deberá reparar (en naturaleza o en dinero, en todo o en parte), el daño sufrido? Estas son preguntas obligadas para comprender la naturaleza propia de la figura en comentario.

En primer lugar tomaremos el concepto que da Rojina Villegas, ya que es el tratadista mexicano que a mi criterio más ha indagado en este tema en materia civil. De acuerdo con él la responsabilidad civil comprende "múltiples materias de derecho privado, interfiriendo constantemente en la regulación jurídica de diversas instituciones. Puede decirse que su ámbito es tan amplio como extenso es el campo de las acciones en derecho privado". Y para él existe responsabilidad civil "cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño"⁷⁰.

De igual manera, los hermanos Henry y León Mazeaud, citados por el propio Rojina Villegas, establecen que "Desde la misma definición de responsabilidad surgen, en efecto, divergencias profundas que separan a los autores y no dejan de tener eco en la jurisprudencia y en la legislación. No se trata ya de las disputas de detalle que surgen casi a cada paso, sino de esa discusión tan viva, a veces tan áspera, sin duda traspasa el dominio de los conceptos puramente jurídicos, que domina el conjunto de la materia y pone en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo". De hecho, a su juicio, "para que haya responsabilidad civil, se necesita un daño, un perjuicio y por consiguiente una persona que sufra, una víctima"⁷¹.

Por otra parte, el jurista francés Julien Bonnecase nos ilustra con respecto del concepto jurídico y sentido técnico del término de responsabilidad: "El término responsabilidad equivale, en el fondo, a lo que hemos llamado: cumplimiento indirecto de una obligación. Traduce la posición de quién no ha cumplido la obligación sin que pueda ser constreñido a cumplirla en especie, y que por ello es condenado al pago de daños y perjuicios. Por lo tanto, se trata de saber en que

⁷⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano" (6 tomos). (México: Editorial Porrúa, S.A. 1976. Tercera edición. Tomo V obligaciones, volumen II.) p.118.

⁷¹ Citados por ROJINA VILLEGAS, op. cit., p.119

condiciones o, si se prefiere, en razón de qué culpas será condenado, y determinar el monto de dichos daños y perjuicios.

La responsabilidad civil ha sido definida como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso. Por lo que podemos entender que la responsabilidad es la reparación del daño derivado del incumplimiento de un hecho al cual se estaba obligado.

La culpa es un elemento esencial de la responsabilidad civil, ya que se ha estimado uniformemente en la doctrina y en el derecho positivo, que la reparación del daño solo se presenta como la sanción que se aplica al que actuó con dolo o con culpa. Por lo que si por un hecho se causa un daño, más no se le puede imputar dolo o culpa a quien lo realizó, no hay fundamento para decretar la sanción correspondiente.

Como se ha repetido en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, la culpa o negligencia puede consistir muchas veces en ignorar circunstancias de hecho que no es lícito desconocer ni dejar de considerar. El criterio o pauta para juzgar la negligencia, es un criterio objetivo y abstracto ya que la ley requiere que el individuo se atenga en su obrar, no a su personal parecer ni a sus costumbres, sino a lo que se atiende de una persona razonable y ordenada, en tales circunstancias estaría obligada.

Responsabilidad Penal.

Encontramos el primer antecedente dentro de la legislación mexicana del concepto que se da de responsabilidad en el Código Penal de 1871, el cual resulta por demás interesante, ya que se decidió por este código, por que se consideró más conveniente que se encontraran unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las de responsabilidad civil, la cual casi siempre es consecuencia de aquella. Y dentro de la propia exposición de motivos de este código se señala que:

"el que causa a otros daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, esta obligado a reparar aquellos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil".

Podemos observar que es dentro de este ordenamiento jurídico el que contiene una doctrina completa sobre la responsabilidad civil y dicho código define al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda". Así las cosas el delito puede consistir tanto en un hecho activo como en una omisión. Inclusive el código subdivide el delito, en intencional, cuando interviene la voluntad, o delito de culpa, cuando no se presenta aquella.

El Código Penal de 1871 establecía en su artículo 301 que "el delito, o sea el hecho u omisión contrarios a la ley penal, produce la responsabilidad civil, que consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales".

La responsabilidad penal sirve para enfrentar las conductas más lesivas o peligrosas en que puede incurrir una persona, es por esa misma razón que entraña medidas de reacción severas, siendo estas las más intensas de las que dispone el control jurídico, ahí se manifiesta el monopolio de la fuerza y del poder legitimado por parte del Estado. La responsabilidad penal se sustenta en la conducta ilícita más grave que pueda desplegar una persona; esto es el delito, y trae consigo reacciones jurídicas extremas, si se le compara con la inherentes a las responsabilidades civil, administrativa y laboral, mismas que cuyas sanciones no son tan extremas.

Es importante señalar que el quehacer de los médicos puede generar cualquiera de las diferentes clases de responsabilidad, es más, la tendencia a pretender atribuir alguna clase de responsabilidad a los médicos va en aumento, ya que muchas veces resulta más barato demandar al médico argumentando una mala praxis que pagar sus honorarios, como ya lo mencionamos anteriormente,

en el caso de los Estados Unidos, esta situación ha llegado a extremos insólitos, la litigiosidad en esta materia, en donde se calcula que alrededor del 40% de los médicos será demandado alguna vez por negligencia médica durante su carrera profesional. Esto aplicado a nuestro país ha producido un cierto nerviosismo entre los médicos, ya que también aquí son cada vez más los casos de médicos demandados, lo que hace que actúen de manera más cautelosa, y lo que es peor, interviniendo en el paciente lo menos posible.

En materia penal domina el principio de legalidad, que señala que no hay delito ni pena sin ley que los prevenga, lo que quiere decir, que sólo la ley puede resolver que cierta conducta tiene carácter delictuoso y establecer que pena se ha de imponer al responsable de ella. Esto quiere decir, que los particulares no pueden dar a determinado comportamiento el carácter de delito, ni pueden estipular que al infractor se le aplique una pena. En contrapartida, los particulares no pueden retirar una conducta legalmente incriminada la calidad de delito, convirtiéndola en una infracción civil o administrativa, aunque en muchos casos la persecución de los delitos se subordina a la voluntad de los particulares en su calidad de ofendidos o de sus derechohabientes o representantes, en el sentido de que éstos pueden presentar querrela para que se lleve a cabo la persecución penal, o abstenerse de hacerlo.

En relación a las personas que se les puede considerar responsables de la comisión de un delito, la regla es que todos los seres humanos son penalmente responsables de sus actos u omisiones criminales, debiendo aclarar que este principio admite dos importantes salvedades. La primera es de carácter general, se hallan sustraídos de la acción de la justicia penal los sujetos que aún no han cumplido su mayoría de edad, esto es dieciocho años, esto, cabe aclarar, no es igual en todas las entidades federativas, ya que algunas contemplan los dieciséis o los diecisiete años de edad. Los menores de estas edades no están sujetos a la ley penal ordinaria, sino que se encuentran sometidos a un derecho específico de carácter tutelar.

La segunda de estas salvedades reviste un carácter particular, esta es que no son penalmente responsables, aunque sea posible imponerles medidas de tratamiento médico a los inimputables, estos son los que carecen de la capacidad para entender el carácter ilícito de su conducta o para conducirse de acuerdo con ese entendimiento.

En relación a la conducta punible, esta se manifiesta de diversas formas, como lo advierte el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo dice "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", siendo igual el presente artículo en el Código Penal Federal. Es por esta razón que tanto la acción como la omisión constituyen las expresiones o formas de la conducta, misma que debe de ser descrita por el ordenamiento jurídico establecido. Ya anteriormente en este trabajo se especificó cuales eran las características tanto de la acción como de la omisión, por lo que considero que sería repetitivo hacerlo nuevamente.

La realización de la actividad médica puede culminar en un resultado penalmente típico, como sería la muerte o la lesión producida al paciente, este resultado puede producirse por una actividad o una inactividad, esto es un hacer o por omisión en la ejecución de cierta conducta, este resultado debe de ser captado por el tipo penal, para que la conducta sea considerada delictuosa.

Como lo señala Sergio García Ramírez, en relación con el caso de los delitos de resultado material, dice que es preciso considerar también la posibilidad de comisión por omisión, que se ha concretado, en el segundo párrafo del artículo 7º del Código Penal, que permite atribuir el resultado típico, a quien "omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo", esto es, que para que se produzca el delito es necesario que exista un resultado material y que el agente tenga el deber de evitarlo y no haga lo posible por evitarlo, como se planteó en el capítulo correspondiente a la omisión, aquí estamos en presencia de una omisión

impropia, esto es, que se requiere una calidad específica del sujeto que omite el acto, y es, en este caso, respecto del sujeto el cual se encuentra obligado a atender al paciente⁷².

Evidentemente, la fórmula de la comisión por omisión pretende fortalecer la solidaridad social, atribuyendo severas consecuencias a quien desdeña la conducta solidaria que debió realizar, cabe aclarar, que en ésta fórmula, la comisión por omisión recoge la figura del sujeto obligado, que resulta penalmente responsable a título de "garante", como ya habíamos visto en el primer capítulo.

Sin pretender repetir definiciones dadas con anterioridad, considero importante señalar cuales son las fuentes del deber de evitar el resultado dadas por Sergio García Ramírez, y en primer lugar señala a la ley, esto es, una norma de general observancia expedida por el órgano facultado, por lo que, el deber de evitar el resultado debe de provenir en primer término de una norma legal⁷³.

En segundo término, la fuente del deber de evitar el resultado puede ser un contrato, en el caso que nos ocupa, la relación médico- paciente queda enmarcada en la figura del contrato civil, cuando la práctica médica se ejerce en forma privada, evidentemente no es necesario que exista un contrato por escrito, ya que con el simple acuerdo de voluntades entre las partes, este contrato queda perfeccionado, y produce consecuencias jurídicas que también son plasmadas por el derecho penal.

Por último, la obligación de evitar el resultado puede derivarse de un actuar precedente del sujeto al que se supone obligado, y que así resulta penalmente responsable por el resultado típico que debió impedir. Tal precedente engendra

⁷² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La Responsabilidad Penal del Médico", Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001. p. 124.

⁷³ Ibid. 126.

algo más que una posibilidad de obrar en determinado sentido, genera un verdadero deber, cuyo incumplimiento implica responsabilidad penal.

Dicho lo anterior, y en la opinión de García Ramírez "el médico adquiere la calidad de garante con respecto a un sujeto cuando preste sus servicios; o bien, cuando se halla obligado a brindarle determinada atención profesional, porque así lo ordena la ley que regula ciertos servicios públicos, específicamente los vinculados con la asistencia médica, o impone obligaciones de responsiva, por ejemplo"⁷⁴.

Como hemos visto, dentro de la responsabilidad penal es necesario la presencia de un sujeto activo, el cual se define según Luis Martínez Milltos, "como quién lo comete o interviene en su comisión como copartícipe, dice que sólo el hombre puede ser autor de un delito, puesto que siendo el único ser capaz de obrar voluntariamente, es decir, con intención, discernimiento y libertad, sólo él es imputable, y por ende, penalmente responsable"⁷⁵.

Esto nos indica, que sólo las personas físicas pueden ser penalmente responsables de sus actos, ya que mediante la acción o la omisión que dichas personas realizan, se puede visualizar su actuar a través de la exteriorización de su voluntad. Sólo en el caso de los menores de edad y de los dementes que carecen de juicio no son imputables, como ya lo habíamos visto.

Existe un interesante supuesto de participación delictuosa, el cual se puede actualizar cuando cierta actividad se desarrolla en forma colectiva o en equipo, esta es la complicidad correspectiva o autoría indeterminada, que se encuentra en la fracción VIII del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. Lo que resulta interesante, es la imprecisión acerca de la o las personas que causaron el

⁷⁴ Ibid. p. 127.

⁷⁵ MARTÍNEZ MILTOS, Luis, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1956. p. 13.

resultado típico, asociada a la certeza de que esos autores se hallan entre los protagonistas de los hechos que se investigan.

Este caso es muy común en la práctica médica, ya que cuando se interna un paciente dentro de una institución de salud intervienen un sin número de personas, las cuales tienen obligaciones y actividades específicas con respecto al mismo paciente, y que a modo de ejemplo citaremos a los camilleros que lo subieron a la ambulancia, o el personal del hospital que lo recibió, el médico a cargo, el médico de guardia, el anestesista, la enfermera de piso, etc. Es por esta razón que resulta muchas veces difícil poder determinar en que momento se comete el resultado típico, y sobre todo a quién atribuirsele.

Debe de considerarse la calidad del sujeto al que se le pretende imputar el delito, así como del delito de que se trate, ya que en el caso del delito de homicidio o el de lesiones, estos pueden ser cometidos por cualquier sujeto que se sitúe en el supuesto jurídico, mientras que existen otros delitos que sólo lo puede cometer el médico que se encuentre a cargo del paciente.

Por otra parte, también existe la figura del sujeto pasivo, la cual ya se había explicado, sólo diremos que es quién sufre en su persona, bienes o derechos, el resultado dañoso y efectos producidos por el sujeto activo. El sujeto pasivo del delito recibe también los nombres de ofendido, damnificado, paciente o víctima, debiendo aclarar, que también puede serlo la familia del paciente.

Relación entre la Responsabilidad Civil y la Penal.

Rojina Villegas establece que existen dos grandes tipos de responsabilidad: la civil y la penal, según sea la naturaleza de los valores que se lesionen. Es posible distinguir los valores de la comunidad y los valores de la personalidad, sin embargo hay que entender éstos términos según la trascendencia de los mismos, ya que si la ofensa es a los intereses generales, a la sociedad misma existe responsabilidad penal por haberse violado los valores de la comunidad; en cambio si el hecho ilícito ataca solo aquellos intereses personales, que no trascienden a la sociedad, ni ponen en peligro su existencia, entonces existirá solo la responsabilidad civil.

De acuerdo con Rojina Villegas el criterio patrimonial no puede servir de base para afirmar que la responsabilidad civil se presenta cuando se ataquen intereses patrimoniales y en cambio la responsabilidad penal cuando se violen otros valores, ya que existen ciertos delitos contra la propiedad y en general contra el patrimonio, "tanto estos como aquellos delitos contra la persona sí atacan los valores de la comunidad, no obstante que en cada caso lesionan sólo y en forma directa intereses individuales, pues por la gravedad misma de la ofensa se ponen en peligro las condiciones necesarias para la subsistencia de la sociedad"⁷⁶.

Es muy importante establecer cual es la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. La diferencia entre ambas teorías se explica porque los objetivos que persiguen son muy distintos entre sí. La teoría de la responsabilidad civil tiene por objeto resarcir a una persona, del perjuicio que otra le ha causado. Mientras que la mayoría de la responsabilidad penal tiene por objeto reprimir los hechos que atentan contra el orden social.

⁷⁶ ROJINA VILLEGAS, op. cit., p. 120.

Una de las características principales de las legislaciones antiguas es que confunden totalmente a la responsabilidad civil de la penal, no hacen distinción alguna entre estas. Claro ejemplo de esto, es el derecho romano en sus primeras etapas. La represión de los delitos por medio de la venganza privada, confunde la reparación del perjuicio con la pena. La primera queda absorbida por la segunda, que por otra parte sigue siendo simple *poena privata*, impuesta por la parte perjudicada, sin intervención alguna por parte de autoridad pública, no hay monopolio del uso de la fuerza. Incluso esta confusión subsiste en el derecho romano clásico, cuando la autoridad interviene dictando penas que sancionan ciertos delitos contra el orden social con el fin de reprimir la venganza privada, imponiendo en algunos casos una composición pecuniaria que se paga a la víctima. En este periodo los daños causados son reprimidos a través de las acciones llamadas penales, contrarias a las acciones denominadas como *rei persecutoriae* completamente extrañas a las ideas de penalidad y de represión.

Dichas acciones ejercidas por partes, tienen caracteres que en su gran parte se distinguen claramente de las acciones civiles de indemnización del derecho moderno.

a). Penalmente, un hecho solamente faculta para el ejercicio de una acción pública; si constituye un delito especialmente y previamente establecido y castigado por la ley. Requiere que se encuadre y cumpla con todos los elementos previstos en el tipo penal. Similar al principio romano de enumeración limitativa de las acciones delictuosas. Por otro lado para que un hecho faculte para ejercer la acción civil de responsabilidad; no es necesario que este hecho se encuentre especialmente previsto y definido por la ley. Se ha sustituido a la enumeración limitativa romana por fórmulas más amplias. Estas fórmulas son y han sido muy útiles, pero en ocasiones resulta necesario restringirlas para precisar el o los hechos de los cuales puede surgir responsabilidad, este sería el

caso de la responsabilidad del médico en ejercicio de sus funciones. De lo anterior se desprende que muchos hechos son ilícitos civiles sin constituir precisamente delitos penales (incumplimiento de contrato). De igual manera un hecho puede estar tipificado como delito, sin abrir la posibilidad de una acción civil particular (tentativa de homicidio).

b). Tratándose de responsabilidad civil, la indemnización que se pague a la víctima debe ser proporcional al daño causado. En cambio en la acción penal, la pena es la medida según la gravedad del atentado contra el orden social, y según la criminalidad subjetiva del autor del acto delictuoso⁷⁷.

c). La acción civil al ser una simple acción de indemnización, se da inclusive contra los herederos del autor del daño, en tanto que la acción penal que deriva del delito se extingue por la muerte del autor del mismo.

d). Para considerar la responsabilidad penal, cada vez se toman más en cuenta elementos psicológicos, así como el estado psicológico y moral del autor del delito. Más y más se procura adaptar exactamente la pena a cada delincuente para así lograr un máximo efecto individual y social. Así el derecho penal se vuelve más y más subjetivo.

Aunque aparentemente en la actualidad la acción civil y la penal se fundan en ideas completamente diferentes y racionalmente distintas; hay que señalar sin embargo que en ciertos casos pueden encontrarse estrechamente vinculadas.

⁷⁷ Se debe de considerar lo que sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde a los llamados daños punitivos, la proporcionalidad de la indemnización se pierde por completo e incluso cae en casos verdaderamente desproporcionados y absurdos.

Frecuentemente, un mismo hecho constituye a la vez un delito penal y un delito civil. Las dos acciones existen al mismo tiempo y dicha coexistencia produce ciertos efectos jurídicos.

En el Código Penal vigente (1931), a diferencia del de 1871, establece en su artículo 29 que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil. La reparación del daño proveniente del delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda.

De tal forma que el juez civil no está obligado a respetar la absolución recaída en un proceso criminal. El fallo que recaiga en la causa penal no prejuzga de ninguna manera la solución a que llegue el juez de lo Civil, en lo que se refiere a la indemnización.

Responsabilidad Penal Solidaria.

La responsabilidad penal solidaria de las personas jurídicas no puede decirse que se halle claramente definida, ya que incluso desde las épocas primitivas encontramos que la responsabilidad penal fue solidaria o colectiva antes de serlo individual, se ha revelado que la organización de la sociedad primitiva fue gentilicia, es decir, constituida por la agrupación de los descendientes alrededor del tronco común, el clan o la tribu, se consideraba responsable del daño hecho a uno de sus componentes, o a los bienes de la agrupación, no sólo al autor del hecho, recíprocamente, la comunidad debía responder del acto ilícito de un miembro suyo.

Los derechos del ciudadano no podían poseerse sino por medio del derecho gentilicio, el individuo como tal, era incapaz de derechos y deberes, solamente podía tenerlos por medio de la gens. No existía propiedad individual

sobre los inmuebles, todo formaba parte de la colectividad, así como las obligaciones derivadas de dichos derechos.

Luis Martínez Milto, distingue tres formas de responsabilidad colectiva, las cuales se dividen en⁷⁸:

1.- Solidaridad Criminal Familiar.- La responsabilidad del autor del hecho se extendía a sus parientes hasta cierto grado, la cuarta generación, según la Biblia. Un ejemplo de este caso es la venganza de sangre, que consistía en el estado de hostilidad o guerra de los parientes del ofendido contra el ofensor, si éste no purgaba el delito.

2.- Solidaridad Local Criminal.- Se basa en la estrecha vinculación y dependencia del individuo en los grupos sociales primitivos, de tal suerte que se reputa voluntad y culpa de la agrupación a la voluntad y culpa del individuo. A modo de ejemplo, en el derecho musulmán aún sobrevive la costumbre de hacer responsable a la tribu o villa, de los delitos cometidos por los naturales o vecinos de ellas.

3.- Solidaridad Nacional Criminal.- Aquí la cuestión es que el Estado puede cometer delitos, el Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional, ya que esta postura tiene su origen en la observancia de que antiguamente se había responsabilizado a los Estados o Naciones de los actos de sus soberanos o gobernantes, imponiéndoles sanciones como guerras, indemnizaciones, pérdidas de territorio, o demás sanciones que recaigan sobre la comunidad en general.

⁷⁸ MARTINEZ MILTOS, Luis, op. cit. p. 70.

Dentro de la definición que acabamos de considerar de **Martínez Miltos**, considero que nos sirve como fundamento, pero que por otra parte, encontramos desde mi particular punto de vista que es muy general, y no aterriza dentro de la concepción que pretendemos utilizar, por lo que citaré a Winfried Hassemer, el cual amplía el término dado y aporta el concepto de imputación colectiva, de la cual señala que "Por imputación colectiva entiendo la imputación de un resultado a un grupo de personas, sin que sea posible establecer una diferencia entre los distintos grados de participación de cada una (coautor, inductor, cómplice y figuras afines)". Por lo que podemos entender, que este autor no distingue ni las acciones personales, ni las características particulares de los sujetos a los cuales se les atribuye la comisión de un ilícito, sino que simplemente hace responsables a todos aquellos que intervinieron en el delito⁷⁹.

La diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo. Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería constituir un sistema jurídico en el que, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva.

Pero en este sentido, no podemos hablar de una imputación colectiva dentro de nuestra normatividad vigente, ya que es necesario distinguir cuales son los sujetos y que tipo de participación tienen dentro del hecho comisivo que se les pretende imputar, esto es, definir claramente su posición y no pretender calificar de la misma forma a todos los sujetos, ni con los mismos grados de participación,

⁷⁹ HASSEMER, Winfried, "Persona, Mundo y Responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal)", traducción Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 180.

ya que cada uno realiza una actividad diferente aunque el fin que persigan de forma colectiva sea el mismo.

En materia penal ha prevalecido la idea de que el único ente capaz de transgredir normas penales y en consecuencia ser responsable dentro del ámbito del derecho, es la persona física, el individuo, quedando fuera el ente colectivo; así las cosas, podemos determinar que ha tenido una mayor relevancia la persona física sobre la persona moral.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

El Derecho regula un sinnúmero de actividades, mismas que pueden dividirse en dos tipos: por un lado tenemos aquellas actividades que por su propia naturaleza únicamente son susceptibles de ser realizadas por el ser humano en lo individual, como son los actos que son regulados por el Derecho de Familia (matrimonio, divorcio, etc...) y por otro lado, aquellas que por su naturaleza pueden ser realizadas tanto por la persona física como por una persona jurídica, entendida esta última como un centro de atribución de derechos y obligaciones y en consecuencia dotada de personalidad jurídica.

A efecto de que la persona jurídica goce de capacidad de acción en el ámbito jurídico, el legislador ha tenido que reconocer una gran cantidad de realidades sociales, dotando a la persona moral de capacidad jurídica; podemos observar este fenómeno en la responsabilidad contractual y en determinados casos en la extracontractual. Detrás de la persona jurídica se da una realidad social, de que no son hombres o mujeres lo que contratan, sino la asociación, corporación o fundación para las que, como órganos actúan y que son entes abstractos, quienes cumplen o incumplen las obligaciones contraídas y en los que se dan o no la llamada culpa civil, no puede hacerse lo mismo cuando se trata de imputar un delito o falta penal que exigen per se e inexcusablemente un factor culpabilístico especial que solo es hacedero que se de en la persona física.

Dicho lo anterior, no hace sino reafirmar la esencia del conocido aforismo *societas delinquere non potest*, el cual es atribuido a los romanos y que se traduce en la imposibilidad de que las sociedades delincan. Es así como en materia penal ha prevalecido la idea de que el único ente capaz de transgredir normas penales y en consecuencia ser responsable dentro de este ámbito del Derecho, es la persona física, el individuo, quedando fuera el ente colectivo; así las cosas podemos afirmar que se ha mantenido el principio *societas delinquere non potest* y por otro lado el de responsabilidad individual, aunque cabe señalar que esta aseveración no puede ser considerada como un dogma incuestionable, ya que existen diversos autores que en un intento de justificar la existencia de la responsabilidad penal de las personas morales aseguran que la misma existía desde tiempos remotos.

Se hace una distinción entre dos clases de delitos a efecto de determinar cuáles son los delitos que le podrán ser imputados a la persona moral. Por un lado los delitos *proprie*, que son aquellos que el ente colectivo puede cometer y en consecuencia le pueden ser imputados. Este tipo de delitos que la persona moral pueden cometer *proprie* se refieren a actos que se encuentran dentro de la esfera de acción de la corporación, de tal manera que un particular no podría cometerlos, pues dichos actos se encuentran en el dominio propio de la *universitas* (persona moral); y se caracterizan por haber sido realizados con la voluntad de la *universitas*, y por lo tanto será castigada como autora del delito, y aquellos de sus miembros que lo hubieren permitido serán sancionados como cómplices.

Las consecuencias que el delito corporativo acarrea para la *universitas*, son las mismas que sufre cualquier individuo que comete el delito, así tenemos que la *universitas* será responsable por la reparación del daño que hubiere ocasionado con motivo de la comisión del delito y además puede ser castigada y perseguida. En opinión de los posglosadores (recopiladores del Derecho Romano), si la

universitas es autora del delito es exclusivamente ella la que debe sufrir las consecuencias previstas en el derecho, es decir, únicamente sobre ella deberá recaer la pena, con independencia de las penas individuales que deban ser impuestas a los miembros de la agrupación que con cualquier carácter hubieren participado en la comisión del delito.

Es importante hacer notar el alcance y gran importancia que tiene el tema en estudio, lo cual se logrará si atendemos al papel que juegan las empresas en las interacciones sociales de un país, específicamente en el ámbito económico. Aquellas serán el ente ideal para poder interactuar en él, con lo que puede llegarse a la conclusión de que la empresa (persona moral) se encuentra directamente relacionada con la economía de un país, creándose un campo fértil para la gestación de conductas criminológicas. Es de esta manera, que encontramos una estrecha relación entre éstas y la actividad empresarial, relación que a pesar de su importancia no ha sido abordada lo suficiente, por lo menos en este país.

En este sentido, el Doctor Moisés Moreno Hernández, en un trabajo monográfico dedicado al estudio de este tema, trata de encontrar la razón lógica que nos permita explicar la indiferencia de los estudiosos ante este tema de gran importancia, y al efecto nos dice⁸⁰:

"se trata, sin embargo, de conductas que no causan mayor alarma e indignación social, a diferencia de lo que sucede con la delincuencia tradicional o común, en que las formas mas leves – como robo de objetos de poco valor económico- causan mayor alarma. La razón por la cual la mayoría de los delitos corporativos específicos no despiertan la necesidad de persecución por el público obedece a una variedad de causas, entre las que se enuncian las siguientes:

⁸⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Conferencia dada en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, titulada "Aspectos Político Criminales y Dogmáticos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de los Directivos de Empresa". p. 3.

Ciertas actividades empresariales son toleradas por más que comporten riesgos considerables, como sucede con los causados por sustancias tóxicas de una industria".

Lo anteriormente expuesto, aunado al hecho de que el Derecho Penal de la mayoría de los sistemas jurídicos a nivel mundial ha resultado ineficaz para afrontar este nuevo tipo de delincuencia, en la que la persona moral es utilizada como instrumento perfecto para cometer delitos y no recibir castigo alguno, nos da la pauta para considerar fundamentalmente el estudio del derecho penal en lo que a responsabilidad de la persona moral corresponde.

En cuanto a la víctima, las actividades criminológicas que se gestan en el seno de las sociedades, a diferencia de los delitos tradicionales, no tiene un sujeto pasivo determinado ya que implicarán un daño para un cierto grupo de personas en general, como lo podrán ser los consumidores, los ahorristas, los inversionistas, los clientes (dentro de los que caben los pacientes de algún servicio médico). Por regla general se tratará de una colectividad toda vez que los delitos económicos son de una gran magnitud e implican maquinaciones cuyas consecuencias no se dirigen muchas veces a una persona en particular sino a una generalidad, requiriendo por consiguiente que la víctima tenga una protección especial derivado de los problemas para defenderse de dichos actos colectivos.

Por lo que hace al autor o autores del delito, encontramos ciertos problemas y sobre todo grandes lagunas de punibilidad, ya que por lo general quiénes realizan directamente las conductas típicas no serán los directivos de la sociedad o personas que gocen de tal representatividad y cuyas decisiones permitan modificar o determinar la política o estrategia a seguir dentro de una empresa; la laguna de punibilidad a la que nos referimos consiste en que en la mayoría de los casos la persona que realiza la conducta no puede ser sancionado por no reunir los requisitos que el sujeto activo requiere (por lo general se trata de

delitos en los que el sujeto activo es calificado) y el directivo de la sociedad, quien es al que le reporta un beneficio económico la realización de determinada conducta ilícita no podrá de igual manera ser sancionado, por lo que la conducta no se tipificará y en consecuencia no podrá haber sanción alguna aplicable.

Aun y cuando todavía no es aceptada la responsabilidad penal de las personas morales, en la práctica diaria frecuentemente se presentan casos en que resulta imposible castigar a la persona física, en su carácter de representante de la sociedad (persona moral) por todos los problemas expuestos con anterioridad, situación que deja entrever la necesidad de entrar al estudio de la viabilidad de un nuevo sistema que reconozca en la persona moral un sujeto de imputación penal. Pero en esta misma tesitura, a diferencia de lo que establece el actual Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 11, encontramos lo que señala el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 27, que cito de forma textual:

"Artículo 27.- Para los efectos de este Código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos cometidos."

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto podemos concluir que, al día de hoy, las personas morales no han sido consideradas como sujetos de una acción

jurídica y penalmente relevante, lo cual se ha reservado a las personas físicas individualmente consideradas, ya que para hablar de un acto penalmente acreditado se debe de hacer referencia necesariamente a la voluntad del sujeto activo, lo cual es únicamente atribuible a personas físicas.

Dogmática de la Criminalidad de Empresa.

La criminalidad de empresa consiste en una suma de delitos económicos que se cometen a partir de una empresa, o dicho de otra manera, a través de la actuación para una empresa, se establece así la delimitación tanto respecto a los delitos cometidos al margen de una empresa, como respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por los miembros particulares contra otros miembros de la empresa. El hecho de que las personas físicas actúan para una empresa, es decir, para una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí.

Por otra parte en opinión de Bernd Schünemann dice que "se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores, ya que los dos grupos de casos mencionados en este caso, conforman la llamada criminalidad de empresa, pueden someterse sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico- penal"; cabe hacer mención que en mi particular punto de vista, esto podrá ser aplicable en una legislación que contemple dicha figura, pero mientras que en México la criminalidad de empresa no se adecue a la legislación vigente esta será sometida con muchas dificultades a las reglas de los delitos comunes⁸¹.

⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd, Cuestiones básicas de dogmática jurídico- penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Tomo XLI, Fascículo II, Mayo- Agosto, 1988. Ministerio de Justicia, Madrid , España. p. 529.

Pero por otra parte el propio Bernd Schünemann señala que las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico- penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión producen, en conjunto, quebraderos de cabeza en relación a la criminalidad de empresa. "Con el concepto de "criminalidad de empresa" se designa, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa"⁸².

Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, produce, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico- penal, sobre todo por la escisión típica en la empresa, de responsabilidad y acción; esto es, la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad.

Para el caso de que la responsabilidad por omisión y la del representante de la empresa (derivado de la dificultad de acreditar el delito de empresa) resulten insatisfactorias desde el punto de vista de integración del delito, se debe de plantear la siguiente cuestión: hasta que punto tales defectos podrían verse compensados tanto a través de un supuesto de hecho típico penal que describiera la infracción del deber de vigilancia en la empresa, como a través de sanciones contra la empresa misma.

⁸² Ibid, p. 531.

Omisión Impropia en la Criminalidad de Empresa.

Resulta importante destacar la figura de la omisión impropia en el ámbito de la criminalidad de empresa, ya que como consecuencia del principio de descentralización, muy característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función del poder y de decisión de las altas instancias, así como la organización de la responsabilidad, amenaza con convertirse en una irresponsabilidad organizada, ya que la imputación del hecho se dirige hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que son estos los que llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto del hecho penal que se les pretende acreditar.

A pesar de la enorme importancia que resulta de una posible responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa por los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por elementos subordinados, este problema no sólo es gravemente descuidado por parte del legislador, sino también por parte de la ciencia penal y la jurisprudencia. Aunque resulta muy difícil tratar de fundamentar sobre una base tan poco clara la deducción de la existencia de una posición general de garante del titular del establecimiento o de las personas a las que se ha encomendado la dirección de la empresa.

Es en este mismo sentido que ni siquiera la moderna postura de la posición de garante, bien para la defensa en torno a un determinado bien jurídico, bien para asegurar una determinada fuente de peligro es demasiado limitativa para poder deducir de ella exigencias en cuanto al contenido de las particulares posiciones de garante. Es por esta razón, que no sorprenda que hasta hoy no se haya alcanzado en la doctrina acuerdo acerca de si la posición superior en una empresa resulta un deber de garante de vigilar al subordinado. Y señala Schünemann que sólo el dominio de material sobre los objetos peligrosos del

establecimiento puede entrar en consideración como fundamento de un deber de garante de controlar esa fuente de peligro.

Es así como la concepción del delito impropio de omisión que se trató ampliamente en el capítulo primero del presente trabajo, como se vio el deber penal de garante surge del dominio del garante sobre la causa del resultado; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento activo (como ya se vio la cláusula de equivalencia). Y es esta equiparación de la omisión con la comisión que puede llegar a fundamentar en el dominio del Director de empresa, o del superior de la empresa, pues resultar tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos en la empresa, como también su poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente, con ello, estas subdivisiones de la posición de garante muestran un alcance diferente según su estructura material, dependiendo de la extensión del propio dominio del superior jerárquico.

La posición de garante que surge de la relación laboral en la empresa recae siempre en primer lugar sobre el titular de la custodia, con lo cual, especialmente en una empresa, en no pocos casos de dominio material escalonado, cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio.

Como sucede con los objetos y procedimientos un poco complicados como consecuencia de la división de trabajo en la empresa, sólo se puede conseguir una eliminación del peligro resultante a través de una coordinación de las acciones particulares, cuya institucionalización en un cargo superior atribuye al titular de este cargo el correspondiente dominio, con lo que aquí el conocimiento se convierte en poder, y el poder en deber de garante. Y mientras que el más cercano a la cosa tiene que ejecutar las actividades materiales relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro, los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están

obligados a la coordinación y al control, consecuentemente al superior cotitular le corresponde responsabilidad en el marco de lo exigido a su cargo conferido dentro de la empresa.

Junto a la posición de garante a causa del dominio sobre cosas y procedimientos materiales peligrosos existe la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones realizadas de los subordinados, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica, y a pesar de la propia responsabilidad penal de los propios subordinados, esta garantía se basa no sólo en el poder legal de mando que se hace efectivo a través del derecho de dirección del empleador, así como de la información que este posee, y que puede también utilizar en conexión con la disponibilidad que tiene de su subordinado para una dirección determinada de las conductas.

Es en este mismo sentido que Schünemann señala, que el superior nunca es responsable por un hecho excesivo de su subordinado, con lo que las dificultades de prueba pueden ser superadas fácilmente, si el comitente actúa en interés de la empresa, se podrá suponer que si actúa de propio interés se documenta un distanciamiento de las instrucciones de acción internas a la empresa, por lo que sale de la dirección de la misma⁸³.

Omisión Impropia en el Derecho Penal Alemán de Empresa.

Según el principio dominante en el derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, en principio está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero. Esto significa que no entra en juego una omisión impropia cuando quién actúa se limita a no impedir el hecho punible cometido por un autor plenamente responsable. Aunque existen criterios bien definidos para el caso de que los que ejercen la patria potestad responden por los hechos punibles cometidos por los menores, ya

que estos son inimputables. Por otra parte se admite de la misma forma, que un cónyuge no puede ser responsable en comisión por omisión por los delitos cometidos por el otro cónyuge.

En la opinión de Enrique Gimbernat, este señala que existen dos posturas discrepantes, la primera de ellas desarrollada sobre todo por Schünemann, y a la que se han adherido Landscheidt, Brammsen, Rogall; Jakobs, etc..., en donde el titular del establecimiento responde por no evitar los hechos punibles cometidos por sus empleados cuando el comportamiento del autor inmediato puede ser calificado de "delito de grupo", es decir, cuando el autor ha actuado en interés de la empresa, de donde se desprende, entre otras consecuencias, que el dueño del negocio está obligado como garante a evitar los negocios ilícitos, que el empleado pueda llegar a realizar en el interés supuesto o real del titular de la empresa. Ejemplo, el hotelero, esta obligado a impedir que el camarero sustrajera la billetera de la ropa depositada por el huésped⁸⁴.

Postura con la que coincido, ya que el titular esta obligado a "velar" por el interés y licitud de su negocio, así como la correcta actuación del personal a su cargo, y en donde se obliga a responder por los hechos cometidos dentro de su establecimiento, así como de las omisiones que el propio titular cometa en la no observación y evitación de la afectación del bien jurídico.

Este dominio por parte del titular descansaría como ya se señaló, "en el poder de dar órdenes proporcionado por el derecho de dirección del patrono", como también "en el preponderante acopio de información del superior", esto significa que tiene la obligación de estar enterado de lo que sucede con su negocio.

⁸³ Ibid. p. 541.

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Omisión Impropia e Incremento del Riesgo en el Derecho Penal de Empresa "Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001. p. 43.

Por otra parte, contra la tesis antes señalada, tenemos la postura de Rudolph que indica que "...ni la facultad directiva del dueño del negocio en referencia a la ejecución de los trabajos encomendados, ni su posiblemente superior acopio de información, pueden suprimir la responsabilidad como garante del dueño del negocio por acciones de sus subordinados cuando fuera posible deducir de nuestro ordenamiento jurídico que éste imponía también al dueño del negocio la responsabilidad de los hechos antijurídicos de los empleados. Pero no en este caso. Contra una posición general de garante del dueño del negocio habla la falta de un precepto que se corresponda con él. Por consiguiente, hay que rechazar la responsabilidad general del dueño del negocio"⁸⁵.

Y dice Gimbernat que sólo existe un delito de omisión impropio cuando quién está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habría mantenido el foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o que el foco de peligro hubiera superado los límites de lo jurídicamente tolerado.

Y es Gimbernat, que una vez descrito los casos anteriores, encuentra aplicación en una sentencia del Tribunal Supremo (España) de fecha 4 de septiembre de 1991, en el que considero vale la pena transcribir del propio escrito del referido autor, que dice⁸⁶:

"...se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente del foco de peligro, el paciente que se somete a una operación", como también al cirujano jefe director de la operación, como también al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte, y todo ello porque el anestesista, infringiendo su deber, abandonó el quirófano donde se operaba al paciente fallecido para vigilar otra intervención que estaba teniendo lugar en otra sala del mismo hospital, porque el cirujano

⁸⁵ Ibid. p. 49.

⁸⁶ Ibid. p. 52.

jefe que dirigía la operación toleró esa ausencia contraria a la *lex artis*, y porque el director del establecimiento hospitalario estaba consciente de que su centro no disponía de suficientes anestesistas para observar todas las operaciones quirúrgicas que se desarrollaban simultáneamente en los distintos quirófanos del hospital”.

En una intervención quirúrgica, y también en la gestión empresarial de un hospital, estamos en presencia de actividades estructuradas jerárquicamente que sólo pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de la división del trabajo. Si la operación tiene lugar en condiciones y circunstancias normales y si el anestesista presente en la operación comete un error médico dentro de su exclusivo campo de competencia, entonces no es defendible ni una responsabilidad del cirujano jefe ni tampoco del director del hospital, pues tanto aquél como éste tienen que ejercer, por su parte, sus respectivas y propias competencias médicas y empresariales.

En el caso anterior, el responsable es como ya se dijo el anestesista al no haber adoptado las medidas de precaución a las que estaba obligado, el riesgo permitido fue sobrepasado, ya que no estuvo presente en el quirófano no pudo observar, ni remediar las complicaciones que surgieron en el paciente, lo que le produjo la muerte, y que, en caso de haber estado, esta posiblemente se pudo haber evitado.

Esto nos indica, que el encargado de control de riesgo de un foco de peligro preexistente, tiene la calidad de garante consistente en vigilar no sólo el principio, sino durante todo el tiempo que este bajo su supervisión, esto por otra parte, incluye las actuaciones de terceros sobre el referido paciente, ya que también se debe de supervisar las actuaciones de las enfermeras o médicos residentes que intervengan en el paciente del cual se es garante, y a quién se le deben de adoptar las medidas correspondientes de precaución para evitar un

hecho punible imprudente de cualquier subordinado, y que "el foco de peligro" se siga manteniendo dentro del riesgo permitido.

Formas de Reparación del Daño.

De acuerdo con Andreas Von Thur, "la finalidad de la indemnización es hacer que el deudor nivele la diferencia patrimonial que al acreedor se le ha producido". Dicha nivelación puede realizarse de diversos modos⁸⁷:

1) El primero de ellos consiste en volver las cosas al estado que tendrían de no haber ocurrido el suceso de que nace la obligación de indemnizar, esto es el procedimiento de restitución en especie.

2) Otro, es aquel que consiste en abonar una cantidad de dinero que reponga en el patrimonio perjudicado el valor que representa el daño producido: lo que se denomina indemnización en metálico.

Estas formas de indemnización resultan adecuadas al hablar de una responsabilidad contractual, en la que se pueden devolver las cosas al estado anterior o se puede valorar más o menos de una manera correcta, la cantidad que representa el daño causado cuando no sea posible devolver las cosas a su estado previo al hecho generador de la responsabilidad. Mas al hablar de responsabilidad objetiva resulta más difícil fijar un monto, según los daños causados ya que se tienen que atender a las circunstancias especiales de cada caso y en nuestra opinión crear un medio, a manera de castigo, para evitar que el daño se vuelva a producir. Aparentemente este medio lo podríamos encontrar en los Punitive Damages del derecho norteamericano.

⁸⁷ VON THUR, Andreas, "tratado de las Obligaciones", Tomo I y II. Madrid España, Editorial Reus, S.A. 1934. p. 81.

Ahora bien, de acuerdo con Von Thur, la suma que se otorgue por concepto de indemnización puede señalarse atendiendo a diferentes criterios.

1.- Se puede exigir en vez de la restitución en especie, la cantidad necesaria para llevarla a cabo, siempre que esta cantidad no sea excesiva, en relación con el valor total de la cosa. Puede asimismo exigir que se le reembolsen los gastos cuando proceda personalmente la reparación del daño.

2.- La cantidad señalada como indemnización puede calcularse atendiendo a la pérdida producida en el patrimonio del perjudicado. Cuando se trata de la destrucción o deterioro de una cosa se debe considerar su valor objetivo o corriente (*verum rei pretium*), entendiendo por tal el valor que el objeto tiene en el mercado o sea la cantidad que se hubiere obtenido de su venta.

3.- Ya desde Roma los juristas comprendieron que muchas veces, la indemnización del valor objetivo de la cosa no resarcía plenamente al propietario, de la misma manera. Puede ocurrir que ésta (la indemnización), dentro del patrimonio de su dueño y adscrita a los fines a que sirve en él representa un valor especial y que, por tanto, en caso de pérdida, aparte de la que representa la desaparición de su valor intrínseco, se le origine un perjuicio indirecto que el causante del daño, siempre que medie el nexo causal, tiene que indemnizarle". El daño aunque aparentemente solo afecte concretamente a una cosa ha de medirse, pues, atendiendo a la pérdida que dicha cosa represente dentro del patrimonio de su dueño, considerado en bloque. Esta diferencia, en el patrimonio

antes y después de sufrida la pérdida, es equivalente al interés que el dueño tiene en su conservación⁸⁸.

Generalmente el interés es superior al valor objetivo por lo que para indemnizar plenamente al propietario se le ha de abonar, no lo que el objeto vale en el mercado, sino la cantidad necesaria para adquirir otro equivalente, la cual puede ser muy superior. De acuerdo con Von Thur "si se le asigna la cantidad necesaria para comprar un objeto nuevo, podemos encontrarnos con que la indemnización no consiste ya tan solo, como por esencia debe consistir, en la reparación del daño, sino en un enriquecimiento por parte de la persona perjudicada puesto que su patrimonio se lucra, gracias al daño, con la diferencia existente entre el valor del objeto nuevo y del viejo"⁸⁹.

No coincidimos con el punto de vista dado por Von Thur, ya que es evidente que hay un incremento patrimonial dentro de los bienes del perjudicado. Inclusive aceptando que efectivamente hay lucro y enriquecimiento, éste se justifica a manera de compensar la pérdida sufrida, la cual no tenía porque soportarla en condiciones normales de no haber interferido la actuación del causante. Es a nuestro parecer una forma adicional de aliviar el daño causado.

Para calcular el daño, el juez debe de tomar en consideración todos los hechos comprobados al momento de dictar sentencia, aún aquellos que se produzcan posteriormente a la interposición de la demanda, en tal caso el perjudicado podrá exigir que en el fallo se tome en consideración este daño futuro, siempre que la pérdida sea tan probable que pueda considerarse ya existente, por lo que el juez a su libre arbitrio, puede conceder una cantidad global o una renta periódica a manera de indemnización.

⁸⁹ Loc. cit.

Hay ciertos casos, señala Von Thur, en que la ley, para simplificar el cálculo de la indemnización determina la cantidad que ha de entregarse por tal concepto y no se fije en proporción al daño real, sino atendiendo a criterios objetivos:

1) En aquellos casos en que se indemniza el "interés" sino el valor objetivo, la indemnización recae en una suma fija.

2) Se puede también establecer una indemnización mínima que puede aumentar si se prueba que el daño ha sido mayor.

3) También hay casos en que la ley fija una indemnización máxima.

Estamos de acuerdo en que la indemnización tenga ciertos parámetros, un mínimo para garantizar la reparación del perjudicado y un máximo para evitar causar perjuicios excesivos al causante (como las penas en derecho penal); con esto evitaríamos llegar a alcanzar cifras excesivas y absurdas que se han venido dando en Estados Unidos.

Según nos señala Borja Soriano por decreto de fecha 30 de diciembre de 1939 fue adicionado el artículo 1915 a fin de fijar las reglas para establecer el monto de la indemnización. Estas reglas fueron posteriormente modificadas por decreto del 16 de diciembre de 1975 quedando en los siguientes términos⁹⁰:

"Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación del daño se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará

⁹⁰ BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de la Obligaciones" Editorial Porrúa, S.A. 13ª Edición. México 1994. p. 361.

como base el cuádruplo del Salario Mínimo Diario más alto que este en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En casos de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima".

"Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes".

De acuerdo con el maestro Borja Soiano "la reforma de 1975 amplió considerablemente el monto de la indemnización lo cual puede apreciarse si se toma en cuenta que el texto anterior señalaba que cuando la utilidad o salario de la víctima excediera de 25 pesos diarios no se tomaría en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización"⁹¹.

La fórmula actual nos resulta irreal, especialmente al tomar en cuenta que el daño producido resulta en la pérdida de la vida o la integridad corporal del ofendido. Resulta improcedente remitir a la Ley Federal del Trabajo ya que las reglas ahí consignadas se aplican en el caso que exista una relación laboral, es decir, cuando el ofendido presta un trabajo personal subordinado a el que produjo el daño de manera directa o indirecta, caso muy distinto cuando se produce fuera de una relación laboral por una relación contractual, extracontractual o de alguna otra índole.

En relación al tema que nos ocupa, que es el Penal, debemos hacer referencia a el artículo 30 del Código Penal de 1931 actualmente en vigor, en donde se establece que la reparación del daño comprende:

⁹¹ Ibid. p.362.

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible el pago del precio de la misma.

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psico- terapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados. Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo."

El artículo 31 del mismo ordenamiento establece que "la reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso..." y el artículo 39 del mismo precepto señala que igualmente atiende también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

La forma de reparar el daño de acuerdo con el artículo antes transcrito me parece más acertado y equitativo, ya que se toma en consideración el daño causado, mismo que puede variar ampliamente en cada caso; dejando a criterio del juzgador y de las pruebas obtenidas, el monto de la reparación. De igual manera tomando en consideración la capacidad económica del obligado, misma que rara vez va a ser igual, cumpliéndose así con el principio general de equidad.

Y por último, en el artículo 35 del mismo ordenamiento, se establece que el importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; al primero se le aplicará el importe de la multa y a la segunda el de la reparación del daño.

EL DAÑO MORAL.

De acuerdo con los hermanos Mazeaud se entiende por daño moral, el perjuicio extrapatrimonial, esto quiere decir que no es económico. Asimismo distinguen 2 categorías de daños morales:

1) Los que afectan la parte social del patrimonio moral.- Son los que hieren a un individuo en su honor, su reputación y su consideración.

2) Los que afectan a la parte afectiva del patrimonio moral.- Son los que hieren a un individuo en sus afectos, se trata "por ejemplo, del dolor experimentado por la muerte de una persona que nos es querida".

Los primeros están ligados a un daño pecuniario, por lo que en este caso no es difícil que se admita una reparación. Los autores Meynial y A. Esmein citados por Borja Soriano señalan que "la reparación del perjuicio moral no es posible sino en los casos en que este perjuicio tiene repercusión material con este sistema, es el daño material y solo él, el que da derecho a indemnizar"⁹².

Borja Soriano argumenta que "cuando se afirma que el fin de la responsabilidad civil es asegurar la reparación de los daños causados a otro, jamás se ha querido decir que la víctima no tenga derecho a nada si la reparación in natura no puede obtenerse". Muchas veces la reparación in natura es irrealizable, el hombre entonces deberá conformarse con un equivalente, por lo general, el equivalente más adecuado es el dinero, ya que con él, la víctima puede prácticamente "satisfacer" el daño de una infinidad de maneras. Causando con esto que los valores morales queden "etiquetados" de un valor pecuniario.

Borja Soriano continúa refutando la teoría que niega la reparación del daño moral diciendo que "reparar un daño es también dar a la víctima la posibilidad de allegarse de satisfactores equivalentes a lo que ha perdido, de esta manera afirma que la reparación del daño moral es posible; aunque señala que hay otros casos en los cuales la reparación a través del dinero resulta incierta como, "por ejemplo, en declarar que el dinero pueda procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre privado de un hijo o de un marido engañado... Se trata solamente de encontrar un equivalente; de colocar en el patrimonio moral, un elemento activo igual al que ha sido destruido; esto el dinero lo puede siempre"⁹³.

Cabe señalar lo que el Código Civil vigente en su artículo 1910 señala respecto a lo que se entiende por daño moral, y de cuales son los medios para su indemnización.

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

⁹² Ibid. p. 371.

⁹³ Ibid. p. 375.

De acuerdo con Von Thur "la ley sólo entiende por daño, el daño patrimonial, pero no los daños morales, o sea los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses. A diferencia del daño patrimonial, los quebrantos morales no son susceptibles de reparación mediante recursos jurídicos. Lo que si cabe en cierto modo, es compensarlos o mejor decir, contrapesarlos, asignando al ofendido una cantidad de dinero a costa del culpable"⁹⁴.

Coincidimos con Von Thur, la satisfacción consiste en una cantidad de dinero, que el juez ha de señalar de acuerdo con las circunstancias, y podrá proceder con una mayor libertad tratándose de esta indemnización, ya que los daños morales, no pueden ser de ninguna forma tasados.

Por lo que en resumen podemos anotar que en relación a los superiores jerárquicos responden en comisión por omisión por la no evitación de los delitos que subordinados plenamente responsables cometan dentro del marco de la actividad empresarial, en este caso en concreto de la atención dentro de una institución de salud, y se estima que dicha responsabilidad sólo existe cuando el empleado comete un delito abusando de su posición en la empresa y de esta misma. En cambio el empresario no puede ser hecho responsable por la no evitación por delitos que los empleados cometan con ocasión de una actividad empresarial, cuando este no tenga posibilidad de conocer de dicho delito en razón de sus funciones.

Para concluir, en mi opinión, en la omisión impropia, la abstención equivale a un delito de acción cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia la transformación de ese

⁹⁴ VON THUR, op. cit., p. 89.

foco de peligro en ilícito y que a desbordado los límites jurídicamente tolerados, y en el caso concreto de la atención médica, este resulta más claro por la existencia del foco de peligro preexistente, y la relativa facilidad en razón de la profesión misma de incurrir en una cuestión de imprudencia por parte de los profesionistas, lo que acarrearía la comisión de un delito por omisión, pudiendo hacer responsable del mismo a todas las personas que hayan intervenido en el paciente, y el grado de participación de cada una de ellas.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Todo médico debe, como presupuesto indispensable para la prestación de sus servicios, contar con un mínimo de conocimientos que lo habiliten para su actuación, circunstancia que debe de acreditarse en términos de la ley de la materia y que ante su omisión implica no sólo la falta de legitimación para celebrar contratos que tengan por objeto la prestación de servicios de atención médica sino, incluso, la comisión de un delito.

SEGUNDA.- La vinculación jurídica entre el médico y el paciente permite la diversidad de supuestos y no una sola de interacción, por lo tanto la relación estrecha entre estas partes debe de tener su origen en un contrato, para la protección de los mismos, pretendiendo en todo momento cumplir con todas las obligaciones y los derechos que de la misma derivan, sin que, en el caso de los médicos cumplan con "el mínimo requisito" de atención, con el temor de incurrir en una responsabilidad por una actuación que después le consideren exagerada.

TERCERA.- Paralelamente a las instancias jurisdiccionales deben de tomarse en consideración otras vías de solución para la problemática surgida de controversias que se derivan de la propia prestación del servicio de atención médica, como sería el caso de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, que sirve para dirimir controversias entre las partes.

CUARTA.- En el ámbito económico en donde se encuentra en forma más acentuada la presencia de las personas morales y su constante interacción como sujetos de relaciones jurídicas, donde la realidad demuestra que el ser humano se ha aprovechado de su estructura para cometer ciertas conductas que pueden llegar a constituir delitos, sin temor a ser sancionado por la norma penal, por lo

que en algunos países ha sido contemplada la posibilidad de crear una nueva rama de derecho penal que se encarga de estudiar estas conductas.

QUINTA.- Encontramos que en nuestro país no ha habido una política de estudio y persecución de los delitos cometidos por la empresa, en el proyecto del Nuevo Código para el Distrito Federal se le da una postura de mayor relevancia que en el Código anterior como lo observamos en el artículo 68 de la citada ley, pero es necesario darle ese mismo carácter a la legislación federal y a los demás Estados, con el objeto de unificar criterios para las determinaciones jurídicas que correspondan.

SEXTA.- En relación al delito de omisión impropia encontramos que la legislación vigente hace una pequeña referencia de la misma, y que en mi opinión no se ha dado la importancia que debiera, ya que es apenas ahora cuando en el Nuevo Código para el Distrito Federal se ha pretendido darle la necesaria importancia, incluyendo la famosa cláusula de equivalencia, que se refiere a que la omisión impropia equivale a la actividad prohibitiva del tipo del delito de acción y que antes no existía siendo este un grave desacierto del tipo penal.

SEPTIMA.- Es importante darle un mayor desarrollo a la figura de la omisión impropia, dándole la relevancia que requiere en un proyecto de aplicación en materia federal y en el resto de los Estados, ya que desde mi punto de vista, la Autoridad Investigadora de la comisión de los delitos, tanto en el fuero local como en el fuero federal, no se preocupa por entrar al fondo de la figura típica, cuando se le pretende comparar con una omisión lisa y llana, desconociendo en gran medida la figura de la omisión impropia.

OCTAVA.- Se ha buscado en la doctrina penal encontrar un concepto material del bien jurídico que ha sido la reguladora de la propia norma penal, lo que conlleva a que todo lo que no se relacione con la protección del bien jurídico no debe sancionarse penalmente.

NOVENA.- Quien con su hacer activo, aunque sea sin imprudencia, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene la obligación de impedir la producción de un resultado, derivado de una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras.

DECIMA.- Debe considerarse, que el encargado de control de riesgo de un foco de peligro preexistente, tiene la calidad de garante consistente en vigilar no sólo el principio, sino durante todo el tiempo que este bajo su supervisión el peligro preexistente, incluyendo las actuaciones de terceros que intervengan sobre el referido foco de peligro del cual se es garante.

BIBLIOGRAFIA**LIBROS.**

- 1.- ANNAS J., George. "The Patients Rights. The Basic Aclu Guide to Patients Rights", (Los Derechos del Paciente. Guía Básica para los Derechos del Paciente), (Estados Unidos de América). Human Press Totowa- New Jersey, 2ª Edición, 1992.
- 2.- ANTOLISEI, Francesco, "Manual de Derecho Penal", Parte General, 8ª Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1988.
- 3.- BACIGALUPO, Enrique. "Delitos Impropios de Omisión", 21ª. Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1983.
- 4.- BONNECASE, Julien, "Tratado Elemental de Derecho Civil". Editorial Harla, México D.F. 1993.
- 5.- BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de la Obligaciones" Editorial Porrúa, S.A. 13ª Edición. México 1994.
- 6.- CANO VALLE, Fernando, "Percepciones acerca de la Medicina y el Derecho", Facultad de Medicina, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.
- 7.- CARRARA, Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Parte General, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1977.
- 8.- CARRILLO FABELA, Luz María Reyna, "La Responsabilidad Profesional del Médico", 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- 9.- CASTELLANOS, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Parte General, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1975, México.
- 10.- FELIX CARDENAS, Rodolfo "Delitos de Comisión por Omisión impropia dolosos en el Código Penal Español y en el Código Penal Federal Mexicano. Una Reflexión Comparada". Trabajo Inédito. 2002.
- 11.- FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Parte General, 2ª Edición, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- 12.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La Responsabilidad Penal del Médico", Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.

13.- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia", (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), Tomo XLVII, Fascículo III, Madrid septiembre- diciembre 1994.

14.- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Omisión Impropia e Incremento del Riesgo en el Derecho Penal de Empresa "Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal", Instituto de investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.

15.- GONZÁLEZ- SALAS CAMPOS, Raúl, en el artículo "La Responsabilidad Penal de los Médicos y demás Profesionales en Ciencias de la Salud. El delito de Omisión en la Actividad Médica". Revista Mexicana de Justicia, Nueva Época, Número 10, Procuraduría General de la República, México 2000.

16.- HASSEMER, Winfried, "Persona, Mundo y Responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal)", traducción Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

17.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Reflexiones Sobre la Omisión" (Homenaje a Sergio García Ramírez) Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México 2001.

18.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1963.

19.- KATZ, Jay, "EL Médico y su paciente", 1ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México 1989.

20.- MAGGIORE Giuseppe, "Derecho Penal", Volumen 1, reimpresión de la 2a Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1985.

21.- MARTÍNEZ MILTOS, Luis, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1956.

22.- MALO CAMACHO, Gustavo. "Derecho Penal Mexicano", 2ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1998.

23.- MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo, "Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud", Cámara de Diputados LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000.

24.- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Conferencia dada en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, titulada "Aspectos Político Criminales y Dogmáticos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de los Directivos de Empresa".

25.- NOVOA MONREAL, Eduardo, "Fundamentos de los Delitos de Omisión, Ediciones Dépalma, Buenos Aires, Argentina, 1984.

26.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1991.

27.- PÉREZ DAZA, Alfonso, "Derecho Penal. Introducción". México D.F. 2002.

28.- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Teoría del Delito", Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª Edición, 1998.

29.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano" (6 tomos). (México: Editorial Porrúa, S.A. 1976. Tercera edición. Tomo V obligaciones, volumen II.)

30.- ROXIN, Claus, "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª Edición, Editorial Civitas, España.

31.- SCHÜNEMANN, Bernd, Cuestiones básicas de dogmática jurídico- penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Tomo XLI, Fascículo II, Mayo- Agosto, 1988. Ministerio de Justicia, Madrid, España.

32.- VON THUR, Andreas, "tratado de las Obligaciones", Tomo I y II. Madrid España, Editorial Reus, S.A. 1934.

33.- ZAFFARONI RAUL, Eugenio, "Manual de Derecho Penal", Parte General, 6ª Edición, Editorial Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1988.

34.- ZAFFARONI RAUL, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, México.

DIVERSA BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

1.- Comisión de Arbitraje Médico, Estado de México, "El Consentimiento bajo Información, Bases para su Comprensión".2000.

2.- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. (Madrid: Talleres Tipográficos Espasa- Calpe S.A., 1956.

3.- Diccionario Hispánico Universal, Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Española, Tomo.- I, W. M. Jackson, Inc., Editores, México D.F. 1977.

4.- Guía Práctica de Servicios e Infraestructura para la Salud, Distrito Federal, Secretaría de Salud. 1985.

LEGISLACION CONSULTADA.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, 140ª edición. México 2002.
- 2.- Ley General de Salud. Editorial Ediciones Andrade, S.A. de C.V. Volumen I, México 2000.
- 3.- Código Penal Federal. Penal Práctica, Editorial Ediciones Andrade, S.A. de C.V. México 2001.
- 4.- Código Penal para el Distrito Federal. Penal Práctica, Editorial Ediciones Andrade, S.A. de C.V. México 2001.
- 5.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Relacionado con los artículos del Código Penal Abrogado, Editorial Jus Poenale, Centro de Estudios de política Criminal y Ciencias Penales. 1ª edición. México 2002.