



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

FACULTAD DE DERECHO

**"LA NECESIDAD DE CREACIÓN DEL
TIPO PENAL AUTÓNOMO DE LA
RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARCOS DANIEL CABRERA RAMÍREZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. JOSÉ FERNANDO CERVANTES MERINO



MÉXICO, D.F.

2006



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.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS.

Por haber compartido conmigo su
innensa sabiduría, por haber dado
en cada momento de mí vida salud,
amor, dedicación, disciplina y
darme una familia maravillosa.

A MIS PADRES.

Por su serenidad, su paciencia,
sus enseñanzas, apoyo incondicional
y por haber inculcado los valores
fundamentales.

A MI FAMILIA.

Por su apoyo y comprensión en
todo momento.

**A MIS AMIGOS, PROFESORES Y A TODOS AQUELLOS QUE DE ALGUNA
MANERA HAN CONTRIBUIDO EN MÍ FORMACIÓN Y HAN SIDO EJEMPLO A
SEGUIR.**

INDICE GENERAL.

“LA NECESIDAD DE CREACIÓN DEL TIPO PENAL AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.”.

I. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL.

1.1 Historia del Derecho Penal.

- 1.1.1 La Venganza Privada.
- 1.1.2 La Venganza Divina.
- 1.1.3 La venganza Publica.
- 1.1.4 El Periodo Humanitario.
- 1.1.5 El Periodo Científico.
- 1.1.6 La Escuela Clásica.
- 1.1.7 La Escuela Positiva.

1. 2 Antecedes de la Responsabilidad Médica.

- 1.2.1 Origenes de la Responsabilidad Profesional Médica.
- 1.2.2 En el Derecho Romano.
- 1.2.3 En el Derecho Azteca.
- 1.2.4 En la actualidad (Legislación Nacional, el Derecho a la Salud, Ley Sustantiva Penal Federal, Ley General de Salud, etc.).

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA MEDICINA Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

2.1 Conceptos Fundamentales.

- 2.1.1 Bioética.
- 2.1.2 Ética Medica.
- 2.1.3 Juramento Hipocrático.
- 2.1.4 Iatrogenia, Negligencia, Impericia, Mal Praxis y Lex artis.

2.2 Responsabilidad Profesional en Diversas Materias.

2.2.1 Responsabilidad Civil.

2.2.2 Responsabilidad Administrativa.

2.2.3 Responsabilidad Laboral y Naturaleza de la Relación Laboral del Médico.

2.2.4 Responsabilidad Penal.

III. TEORÍA DEL DELITO, VINCULADO CON LA PROPUESTA DE LA CREACIÓN DE UN TIPO PENAL AUTÓNOMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA, INCLUYENDO SU ESTUDIO DOGMÁTICO.

3.1 Conceptos Fundamentales.

3.1.1 Definición Jurídica de Delito.

3.1.2 El Hecho como Delito y sus Elementos.

3.1.3 Concepción Totalizadora y Analítica del Delito.

3.1.4 El Sujeto Pasivo y Activo del Delito.

3.1.5. Resultado.

3.1.6 Nexos de Causalidad.

3.2 Acción y Omisión.

3.2.1 Concepto, Elementos. (Acción).

3.2.2 Concepto, Elementos. (Omisión).

3.3 La Ausencia de Conducta.

3.3.1 Definición.

3.3.3 La Fuerza Irresistible.

3.3.4 La Fuerza Mayor.

3.3.5 El sueño, Sonambulismo, Hipnotismo y los Actos Reflejos.

3.4 La Tipicidad y su Aspecto Negativo.

3.4.1 Concepto.

3.4.2 Diferencia entre Tipo y Tipicidad.

3.4.3. Ausencia de Tipicidad o Atipicidad.

3.5 Antijuridicidad y las Causas de Justificación.

3.5.1 Concepto, Elementos. (Antijuridicidad).

3.5.2 Concepto, Elementos. (Causas de Justificación).

3.6. Culpabilidad e Inculpabilidad.

3.6.1 Teorías, Concepto de Imputabilidad e Inimputabilidad.

3. 7 Culpabilidad (Concepto), El Dolo y la Culpa.

3.7.1 Dolo: Concepto, Definición, Teorías y Clases.

3.7.2 Culpa: Definición, Teorías y Clases.

3.8 Inculpabilidad.

3.8.1 Concepto, Ignorancia, Error, Tipos de Error.

3.8.2 Eximentes Putativas.

3.8.3 Caso Fortuito.

3.9 Punibilidad y Excusas Absolutorias.

3.9.1 Punibilidad, Concepto, ¿Elemento o Consecuencia?.

3.9.2 Excusas Absolutorias, su Definición.

IV. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

4.1 Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

4.2 Su Creación, Estructura, Competencia, Funciones y Atribuciones.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

En un principio el hombre ha tratado de construir un mundo artificial, uno que le ayude a sobrevivir, conformando universos morales, culturales, científicos, políticos, jurídicos; subordinándolos –en algunos casos– a sus propios intereses y no de la colectividad.

Construyó el Estado, en donde ciertos hombres encarnaron el poder en su provecho, en sus inicios individualizado, posteriormente institucionalizado.

Internarse de esta manera, en el estudio del hombre es adentrarse en las formulaciones de la historia en general, que enseña experiencias del pasado y de las luchas del hombre por la libertad o el sometimiento de ésta; por lo referente a la historia del derecho penal, éste nos da un mejor entendimiento de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el llamado *ius puniendi*.

El hombre ha aprendido a vivir y a convivir, construyendo aparatos y estructuras acordes a sus necesidades como son: Clanes, Tribus, Congregaciones, Estamentos, Imperios, Monarquías, Estados.

Así, de la ley del más fuerte, la venganza privada –aun en boga en pleno siglo XXI– hasta la estatal, el hombre siempre ha tratado de mantener su superioridad a base del sometimiento de los demás; para lo cual se ha desarrollado un análisis de las ideas penales; por lo referente a la venganza divina, el derecho penal ha quedado de manifiesto que la ofensa era considerada mas grave, se trataba de un ultraje a la divinidad, ya no se castiga al culpable o se busca reparar el daño al ofendido, sino para que aquél expiase la ofensa causada a Dios por su crimen.

Posteriormente el mundo penal, el fundamento de la punición se transforma, de la ofensa a la divinidad pasa a ser la ofensa a la majestad soberana, quien imponía la venganza, la pena; de esta manera, posee un fin en si

mismo (precio de la autocracia) el convertirse en un instrumento de la opresión al súbdito, bajo la apariencia tutelar del derecho.

En síntesis se penaba, incluso con la muerte la pequeña ofensa al Príncipe o al Soberano, de esta manera el mundo penal fue pervertido, subordinándose al interés privado, al interés del Soberano, al de la clase en el poder.

Surge el periodo de la acusación popular, en donde un ciudadano es despojado de las ideas de la venganza, abriendo paso a la acusación estatal, en donde ahora los órganos del Estado es quien debe reprimirlos, velando así por el interés general.

De esta manera: ¿Cuál sería el justificativo para que el propio hombre limite la libertad de los demás? ¿Cuál es la justificación de la fuerza estatal?.

Una de las respuestas a estos cuestionamientos es el del control social de la clase en el poder o dominante, que con el sistema de sometimiento primitivo, ha ido afianzado el aprisionamiento colectivo a base de supuestos consensos sociales para detentar y conservar el poder.

La administración de la ideología se da por las clases dominantes que racionalizan determinadas fuerzas de choque, que se entrelazan y confluyen hasta crear situaciones determinadas en estructuras y estratos sociales, que admiten así sea por consenso o por la fuerza, los valores creados por esa sociedad.

En este orden de ideas, ¿Quién crea las leyes?. Una minoría poderosa, a fin de salvaguardar sus intereses e imponer sus criterios. Aunque esta idea en lo general cada vez se substituye por la idea de que el Estado representa el orden y la estabilidad, por lo que la ley es el conjunto de normas establecidas por el consenso de los gobernados a través de los legisladores elegidos por ellos.

La evolución de las ideas penales y referente al derecho como instrumento desigual fue producto de diversas reflexiones sobre todo del marxismo, para

después ser reformado y adoptado, sobre todo por los seguidores de la llamada criminología crítica que cuestiona el derecho penal, el cual ya no es considerado como un sistema estático de normas, sino como un proceso complejo de funciones que monopolizan el mundo penal, sobre todo en los procesos de creación de las normas, su aplicación y su ejecución a través de las penas y medidas de seguridad.

La trascendencia de este ejercicio y referente a la propuesta de esta investigación nos permite inclusive a personas no conocedoras del derecho penal un acercamiento y conocimiento a lo que es considerado como la ultima ratio; así como a personas estudiosas del derecho ampliar sus conocimientos respecto a la responsabilidad profesional médica, para lo cual nos remontamos a sus orígenes en diversas culturas, inclusive lo acaecido en la cultura Azteca, así como el surgimiento al derecho a la salud, desentrañando el espíritu de los constituyentes del 17, así como las reformas legislativas correspondientes en materia de salud, una ojeada a leyes secundarias como la Ley General de Salud, las Normas Oficiales Mexicanas y lo que el Sistema Nacional de Salud ha propuesto como retos a vencer en el presente sexenio.

En este orden de ideas se desarrollan y analizan aquellos conceptos fundamentales sobre la Bioética y la ética médica, recordaremos el famoso juramento Hipocrático realizando comentarios al respecto.

Por lo referente a la propuesta de adición de diversos tipos penales relacionados con los delitos de lesiones, homicidio y aborto por negligencia médica cometidos por Médicos Enfermeros o Residentes, cobran relevancia los términos sobre iatrogenia, negligencia impericia, mal praxis y su antónimo de lex artis, con ejemplos al respecto.

El interés de estudiar al Médico como sujeto de responsabilidad penal surge, precisamente, de su propia condición, de la idoneidad que le es o que le debe ser propia, de la trascendencia social de sus funciones, de la responsabilidad que carga el Estado sobre sus espaldas, sin embargo, se realiza un examen de las materias relacionadas con el derecho en donde surgen

responsabilidades en diversos ámbitos como la civil, administrativa, laboral, tomando en consideración su naturaleza y no menos importante y tema medular o fundamental de esta investigación la responsabilidad penal.

Sobre la responsabilidad penal del Médico, se realiza un estudio dogmático al respecto, no desde el análisis tradicional sobre los delitos de lesiones, homicidio y aborto sino desde una perspectiva a la propuesta de adición de los tipos penales de la responsabilidad profesional médica –no como agravante de la penalidad como actualmente enuncia la ley Sustantiva Penal Federal, artículo 228 y subsecuentes– sino como un delito autónomo– además de agregar diversos conceptos sobre la teoría del delito y sus autores, desde el llamado sistema clásico, (Franz Von Liszt, Belling, Raadbruch) el sistema neoclásico o teleológico (Mezger) así como el sistema finalista (Welzel) sin dejar a un lado algunas reflexiones a cada concepto así como la problemática sobre el injusto y los problemas de la imputación objetiva.

En donde a la fecha no existe plena conformidad en la doctrina, ya que algunos autores son partícipes de la doctrina causalista, otros del sistema finalista, mientras otros toman elementos de ambas como el sistema ecléctico.

Sobre la dogmática del delito y sus elementos recordamos si algunos de ellos son considerados como tales o si simplemente son considerados como presupuestos, por ejemplo el planteamiento realizado por González Quintanilla, que suprime a la imputabilidad por considerar que es una simple referencia al delincuente y no al delito, Olga Islas de González Mariscal, Elpidio Ramírez, y Erugenio Zaffaroni refieren a la antijuridicidad como elemento del tipo y no del delito en su conocido modelo matemático.

No debemos de olvidar y se sugiere especial énfasis en la importancia y relevancia del estudio y propuestas aquí realizadas sobre la dogmática penal de los delitos de lesiones, homicidio y aborto por responsabilidad profesional médica, en el entendido de que la dogmática equivale a la ciencia del derecho penal y tiene como objeto de conocimiento al propio derecho penal positivo, cuyos postulados los tomó como “dogmas”, los cuales se han estudiado y sistematizado,

ademas de considerar los criterios emanados por nuestro máximo Tribunal de Justicia con comentarios a cada caso en lo particular.

Así la Ley posee el carácter de dogma, por que es el instrumento con que trabajamos día a día, entendiendo y descubriendo su voluntad a través de la hermenéutica jurídica; para Raúl Zaffaroni el método dogmático consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición en elementos o unidades, en la reconstrucción coherente de éstos, dando como resultado la construcción de una teoría; mientras que para Ihering, posee un sentido metafórico, por que el interprete no puede alterar esos elementos, los debe de respetar como dogmas, tal y como le son revelados por el legislador, lo que es un principio básico: no se puede alterar el contenido de la ley.

Compartiendo la idea de Manuel Grosso de olvidar “los idílicos tiempos en que lo único que importaba era sí el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad”, al delincuente lo que menos le interesa es ser causalista o finalista, lo que si le puede interesar es ser funcionalista, desde su perspectiva de su modus operandis, por ello es tiempo de ver la realidad del derecho penal, deseando que esta obra sea innovadora y propositiva a la dogmática penal mexicana.

Por lo referente a una vía alterna del ius puniendi se analiza y desarrolla la figura del arbitraje ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano desconcentrado de la Secretaria de Salud, mismos que son a saber:

Arbitraje en amigable composición, (procedimiento con arreglo de una controversia, entre el usuario y un prestador de servicio médico, oyendo la propuesta de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico), arbitraje en estricto derecho (procedimiento para el arreglo de una controversia, entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la Comisión Nacional de Arbitraje Médico resuelve la controversia según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes), arbitraje en conciencia (procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, resuelve la controversia en equidad, bastando equilibrar el cumplimiento de los principios

científicos y éticos de la práctica médica).

Bajo esta tesis, se desarrolló un análisis y comentario de las facultades y atribuciones de la precitada Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

CAPITULO I.

RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL.

1.1 (PARTE GENERAL) HISTORIA DEL DERECHO PENAL.

La historia en general, es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la individualización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la Historia del Derecho Penal, es una narración sistemática de ideas que han determinado la evolución y desarrollo del derecho represivo.

Bajo esta tesitura, su importancia radica en el beneficio que reporta, esto es, una mejor inteligencia de las instituciones actuales el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el derecho en su observación.

Es importante tener una idea clara de la evolución a lo largo del tiempo, de las instituciones y los conceptos del sistema penal; los estudiosos de la materia agrupan en cuatro periodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes, a saber: la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y el periodo humanitario, sin embargo, considero se debe agregar una quinta etapa, correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, así como lo mas representativo y característico de las llamadas escuela clásica y el positivismo criminológico.

1.1.1 LA VENGANZA PRIVADA.

Como todo ser vivo, el hombre acciona por el impulso de tres fuerzas-instintos: de conservación, de reproducción y de defensa. Los tres no hacen más que afirmar su existir como individuo y como especie. Por ello la defensa se descompone, a la vez, en ofensa. Es defensa-ofensa, dice **FERRI**: "Ciertas flores muy sensibles aprisionan y matan al insecto perturbador. Todo organismo que se

siente en presencia de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo al par. El animal responde al ataque con un ataque; el hombre primitivo, el niño, resuelven la ofensa con reacciones puramente animales.”¹

En la pugna triunfa el mas fuerte sobre el menos fuerte, el débil es totalmente aniquilado, por que en el mundo de la defensa-ofensa el juego de las fuerzas naturales es enteramente libre. No se puede hablar, entonces, ni de derecho ni de justicia, la naturaleza no es justa ni injusta.

Más tarde la convivencia social y los vínculos de sangre entre hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. La solidaridad del grupo familiar eleva y generaliza, y también depura, la pugna. El nexo de consanguinidad unifica vigorosamente los linajes produciendo una comunidad de cultos, económica, de usos y relaciones. Un tipismo acusado caracteriza ya a los grupos familiares; y así la gens absorbe la defensa-ofensa, que pasa a adoptar formas históricamente superiores: privación de la paz, persecución. El hombre, reforzado en su gens, que hace suyo el derecho a la venganza, se siente ya ligado al grupo; no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y vengado; correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse a ellos.

En los tiempos mas remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La *expulsión* del delincuente se consideró el castigo mas grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo al que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo.

Para **PESSINA**, la primera reacción que se despierta en la conciencia de

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl. “Derecho Penal Mexicano”. Parte General. México, Porrúa, 2001. p. 93.

las primitivas colectividades al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva. “Quien rompe la paz, pierde la guerra. El individuo que lesiona, hiera o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a construir un deber ineludible como venganza de familia.”²

IGNACIO VILLALOBOS, subraya: “El periodo de la venganza privada no corresponde propiamente a un estadio de evolución del derecho penal, tratándose de un antecedente en cuya realidad hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla.”³ pensamiento que aclaró **CASTELLANOS TENA**, en el párrafo subsiguiente.

La función represiva estaba en manos de los particulares y cita: “Si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza, sin embargo, no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; solo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.”⁴

El *Talión* –de *talis*, el mismo o semejante– representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los pueblos antiguos al limitar los excesos de la venganza, ya personal o del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacción punitiva en función del daño causado por el delito.

Es ejemplo de la época talional, ubicada por algunos autores en el periodo

² Pavón Vasconcelos, Francisco. “Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa, 1999. p. 51.

³ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* P. 52.

⁴ Castellanos Tena, Francisco. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Parte General. México. Porrúa. 1998. p. 32.

de la venganza pública, el Código de Hammurabi, –el Carlomagno Babilónico–, que data del siglo XXIII a J.C., es un conjunto de preceptos que consagró el principio de la retribución, al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una composición perfecta. Este documento histórico, la mas antigua legislación conocida (aparece inscrita en un bloque de piedra), tiene el mérito de haber distinguido algunos casos de delitos culposos, excepcionando de pena el caso fortuito, señalados en los artículos 206, 251 y 266, mismos que citan:

Artículo 206.- Si alguno toca u otro en riña y le ocasiona una herida, jure “no le herí con intención” y pague al médico.

Artículo 251.- Si el buey de alguno es peligroso y el propietario, sabiéndolo, no le hace los cuernos (sic) y deja de atarle, y el buey hiere a un libre y le mata, pague el dueño media mina de plata.

Artículo 266.- Sí en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo.

Por lo que respecta a la Responsabilidad Profesional del Médico, este cuerpo de Leyes señala la posibilidad de iatropatogénesis, al establecer castigos para el Médico en caso de fracasar en su actividad profesional, así tenemos lo establecido en el artículo 218 el cual es del tenor siguiente:

Artículo 218.- Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará la mano.

Artículo 219.- Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará otro esclavo por esclavo.

Artículo 220.-Sí ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio⁵.

La composición, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario.

Así las cosas, la citada figura que en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria y legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.

Sin embargo, la composición tuvo algunas limitaciones, ya que en relación a ciertos delitos públicos (traición) no se admitió la substitución de la pena y, en otros a pesar de su índole privada, no se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio).

Talión y Composición representan un adelanto moral y jurídico para la humanidad, un progreso que no habría de perderse en los horizontes de la historia: la multa en beneficio del Estado es una supervivencia evolucionada de la primitiva composición.

1.1.2 LA VENGANZA DIVINA.

Ese periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este periodo situamos al *Pentateuco mosaico*, (siglo XIV a J.C.), conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en los que se contienen las normas de derecho del pueblo de Israel, de evidente

⁵ Carrillo Fabela, Luz María. “La Responsabilidad Profesional del Médico”. México. Porrúa. 2002. p. 2.

raigambre religiosa. El derecho de castigar proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa en el *Pentateuco*, encuéntrase prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada.

Los *Libros Sagrados de Egipto*, son, igualmente, prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro directo conocimiento se tienen referencias de ellos. El derecho Egipcio está también, como el del pueblo Judío, llenó de espíritu religioso; en él se observa, la misma delegación divina en los Sacerdotes en orden al derecho de castigar.

Respecto a la Responsabilidad Médica en ese país se formaron colegios secretos, en los templos de Heliópolis, Memphis y Tebas, entre otras ciudades; el papiro de Ebers (Museo Británico) menciona estudios médicos regulares atribuidos a Coth, el Dios-sabio; en donde se observa que los Médicos si actuaban conforme a las reglas y fórmulas admitidas, no se incurría en responsabilidad cualquiera que fuera la suerte del enfermo; ello no era así se apartaba de aquellas reglas, pudiendo el Médico ser castigado con severas penas, aun las de muerte.

El sistema de represión seguido de las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como una expiación. Este último concepto fue substituido mas tarde por el de retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional nos prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación, con raras excepciones, meramente objetiva del daño resultante del delito.

En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al flujo de tan genérica concepción y, por

ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.

1.1.3 LA VENGANZA PÚBLICA.

En esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva, otorgándoles un carácter eminentemente público. Se caracteriza a decir de **CUELLO CALÓN**, por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. “Este es el ciclo en que aparecen las leyes mas severas, en que se castigan con mas dureza no solo los crímenes mas graves, sino hasta hechos hoy diferentes; reinaba en la administración de justicia la mas irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas mas suaves y eran objeto de una protección penal mas eficaz, para los plebeyos y ciervos se reservaban los castigos mas duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia.....; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no solo penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tíranos depositarios de la autoridad y el mando.”⁶

Un ejemplo sobre la pretensión del mantenimiento de la paz social a través de la función represiva la encontramos en la Novísima Recopilación, en donde se consigna una ley que señala el transito de la venganza privada a la publica expresivamente: “*Teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición, he resuelto para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren, y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mi cargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por derecho, sino que las aumentaré hasta el último suplicio; y con este motivo prohíbo de nuevo a todos generalmente, sin excepción de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio e injuria, bajo las penas impuestas.* (ley 3.

⁶ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 57.

Titulo 20. Libro XII).”⁷

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la iglesia cobró fundamental importancia, no solo el aspecto ideológico sino temporal. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente, para liberarse del delito. No obstante, a pesar de toda la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio mas eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se tornó día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

No sólo en Europa imperó esa concepción, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes.

Cita **CARRANCA Y TRUJILLO**: “En este periodo, se aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos, la jaula, de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el “piloni”, rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas a la victima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por acción simultanea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por hacha; la marca infame por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.”⁸

1.1.4 EL PERIODO HUMANITARIO.

⁷ Carrancá y Trujillo. *Ob cit.* p 100.

⁸ Castellanos Tena. *Ob cit.* p. 34.

A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general de los sistemas penales.

Aunque es notable la influencia humanitaria de la obra de **CESAR BONNESANA**, Márquez de Beccaria, a la cual nos referiremos líneas mas adelante, la doctrina del Derecho natural había con anterioridad pretendido afirmar los derechos del hombre frente a la razón del Estado. Las obras de **GROCIO**, **PUFENDORIFF**, **TOMASIVS**, **LOCK** y otros, integraron una corriente de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta.

Según **EDUARDO NOVOA**, este iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVII, promovido por “el despertar intelectual y libertario”, el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento destacan, fundamentalmente las obras de **MONTESQUIEU** (*L'Espirrit des Lois* 1748), **VOLTAIRE** (*Sobre la Tolerancia*) y **ROSSEAU** (*El Contrato Social*), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose como fundamento de la pena el contrato social.

CÉSAR BONNESANA, Márquez de Beccaria, con su libro “*Dei delitti e delle pene*”, quien a sus 25 años, en el año de 1773, comenzó a escribirlo, concluyéndolo al año siguiente, logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente. Su voz como elogiosamente expresa **ENRIQUE FERRI**, suscitó un “estremecimiento de entusiasmo” en toda Europa, tanto que entre los pensadores y juristas como entre los reyes legisladores, inspirando un movimiento de reforma legislativa, ejemplo de ello son: Catalina de Rusia, quien transcribe páginas enteras de la obra de Beccaria, en sus Instrucciones a la Comisión encargada de la Modificación de las Leyes Penales; Leopoldo de Toscana acoge las sugerencias y en 1786, entre otras, proclama la abolición de la pena de muerte; igual medida toma José II de Austria, mientras que Federico el Grande suprime la tortura.

Su influencia como se ha visto, se tradujo en notables reformas en la legislación penal, destacando por su importancia su valiente crítica del sistema

represivo del *ancient régime*. El rigor de las penas, cita, de nada sirve si no va acompañado de la certidumbre del castigo. Es preferible contener al malhechor por la amenaza de una pena moderada pero cierta, que aterrorizarle por el futuro de suplicios de los que tendrá la esperanza de escapar. Los castigos crueles hacen insensibles a los hombres; lo indispensable es disponer de una buena policía. La eliminación de esas crueldades traía como consecuencia la necesidad de eliminar los suplicios que en aquella época acompañaban a la pena de muerte, postula, incluso su abolición, con excepción en la época de perturbaciones políticas, por que entonces el contrato social no podría aplicarse en toda su extensión. También combate el llamado derecho de gracia, por que socava la certidumbre de las penas, como se sabe, el indulto desempeñaba un enorme papel en el viejo régimen y se basaba en la idea de la justicia era emanación del rey.

Su filosofía penal liberal se concreta en una fórmula jurídica, que resultaba del Contrato Social de **ROSSEAU**, el principio de legalidad de los delitos y de las penas: nadie puede ser castigado por hechos que no hayan sido previstos con anterioridad por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley. Estos postulados de filosofía penal liberal acabaron con la arbitrariedad de los jueces y pasaron al derecho del siglo XIX enunciados, con un apotegma, en lengua latina, a fin de destacar su universalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Otra figura reformadora que vive por esos años fue **JOHN HOWARD**, quien recorre la “geografía del dolor”, como certeramente ha llamado Constancio Bernardo de Quirós al camino seguido por el insigne inglés en todas las prisiones de Europa, muriendo de fiebre tifoidea en Crimea, no sin antes dejar constancia de sus observaciones en su libro, en el que criticó el estado de las prisiones de su época y en el cual se fijaron las bases para remediarlo: higiene y alimentación; disciplina distinta para detenidos y encarcelados; trabajo y sistema celular dulcificado, **CUELLO CALÓN**, al referirse al movimiento de **HOWARD** en Inglaterra, aduce “Su esfera de acción no fue tan extensa pues se limitó al campo

de las penas carcelarias.”⁹ y si tal afirmación es verdadera, no debe olvidarse que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las diferencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por **BECCARIA**, la cual abrió el periodo humanitario individualista.

1.1.5 EL PERIODO CIENTÍFICO.

Tan honda transformación en la justicia penal ha venido ha caracterizar un nuevo periodo, en el que fue considerado el delito como efecto de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el pivote sobre el cual gira este nuevo periodo. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin.

GIANDOMÉNICO ROMAGNOSI, quien muere en el año de 1835, es autor de varias obras, entre las que destaca Génesis del Derecho Penal (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el derecho de defensa el fundamento y justificación del derecho penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no sólo debe reprimir el delito sino prevenirlo, cuestión tratada por él en su parte quinta de su Génesis.

GIOVANNI CARMIGNANI, autor de los Elementos de Derecho Penal, así como de la *Teoría della leggi della sicurezza sociales*, publicada en 1831, pretendió que la pena política encuentra su fin en la defensa, mediante la intimidación, para evitar delitos futuros. “El derecho de castigar –expone Carmignani–, es un derecho de necesidad política”, en tanto el objeto de la imputación no es la venganza por el delito cometido sino prevenir la comisión de

⁹ *Ibidem.*

delitos semejantes.

Además de las anteriores, resultan notables las obras de **GROLMANN**, **BENTHAM**, **ROEDOR**, **RENAZZI** y **ROSSI**, a quienes se denomina clásicos, queriendo significar con ello su pertenencia a un movimiento jurídico filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas, no obstante que las ideas expuestas por ellos no tienen, en muchos casos, similitud alguna y, por lo contrario, son en ocasiones opuestas a sus fundamentos y fines.

Con relación a la función de la pena, el grupo de pensadores mencionados, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, a quienes se suman **EMANUEL KANT**, **STAHL**, **FEDERICO HEGEL**, **BAUBER** y otros, propugnaron diversos criterios que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a).- Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre éstas destaca la posición de **EMANUEL KANT**, para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del *ius puniendi*, careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena en síntesis, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito.

FEDERICO HEGEL, sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito, por ello, la infracción a la ley penal es negación del derecho y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la negación del derecho.

b).- Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y, por lo tanto, su fin es la prevención del delito. La prevención puede ser *especial*, como lo sostiene **GROLMANN**, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, *general*, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos. En esta última posición **FEUERBACH** elabora la teoría de la coacción psicológica.

1.1.6 LA ESCUELA CLÁSICA.

Explicada la razón aducida por los Positivistas para designar con el nombre de Escuela Clásica al movimiento jurídico filosófico, desde los principios iluministas, racionalistas e iusnaturalistas, desde **BECCARIA** hasta **FILANGIERI** y **ROMAGNOSI**, o bien de juristas que partían de un riguroso planteamiento filosófico como **CARMIGNANI** y su discípulo **CARRARA**, se puede decir que en este primer periodo se da un proceso que va de una filosofía del derecho penal a una fundamentación filosófica a una concepción jurídica, en este orden de ideas, la finalidad fue la de estructurar un derecho penal que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, lograra desenterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teleológica y metafísica, precisando la distinción entre pecado y delito, así como entre sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del derecho criminal se reconoce como un “orden racional”, anterior a las opiniones de los legisladores, constituyendo “el supremo código de la libertad”, que sustrae al hombre de toda tiranía, para ello acude a la doctrina matemática, que trae el establecimiento por la energía de las nociones exactas y de los entes jurídicos; define los criterios esenciales y los criterios mensuradores de todo delito concreto, se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el delito y la pena, en las medidas de dichas fuerzas, expresadas en las formulas carmignianas de la cualidad, cantidad y grado.

No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre, esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho; los clásicos se empeñaron en estudiar el derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico-abstracto, aunque en muchos puntos discrepe entre sí, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica los siguientes:

a).- Como el derecho penal es una ciencia que obtiene sus conceptos de forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el lógico-abstracto;

b).- El delito se contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe de perder de vista la ley. En síntesis, el delito es un ente jurídico, una creación de la ley, sin que puede concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico;

c).- La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y el libre albedrío “todo el ingente edificio clasicismo –escribe Puig Peña-; toda la estructuración y basamiento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Solo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consiente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llevo a decir un autor eminente: “El que niega el libre albedrío, no puede justificar el derecho penal.”¹⁰

d).- Sí el delito es un ente jurídico, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera. Esta consecuencia no constituye un fundamento generalmente aceptado entre los Clásicos, pues, según se ha visto, algunos lo encuentran en la prevención, ya general o especial del delito.

Sean cuales fueren los reproches que puedan hacerse a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radicó en haber estructurado una ciencia de derecho penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron cierta unidad al sistema.

En efecto, la Escuela Liberal Clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre

¹⁰ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 63.

la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito entendido como concepto jurídico, es decir, como violación del derecho, y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico en la base del Estado y del Derecho.

Como comportamiento, el delito surgía de la libre voluntad del individuo, no de causas patológicas, y por ello, desde el punto de vista de la libertad y de la responsabilidad moral de las propias acciones, el delincuente no era diferente, según la Escuela Clásica, del individuo normal. En consecuencia el derecho penal y la pena eran considerados por esta, no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a éste, donde fuese necesario, un disuasivo, es decir, una contra motivación. Los límites de la combinación y de la aplicación de la sanción penal, así como las modalidades del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la necesidad o utilidad de la pena y por el principio de legalidad.

CARRARA fue el más brillante expositor de esta Escuela, autor de una obra extraordinaria denominada “Reforma del Curso de Derecho Criminal”. Su definición de delito es la más representativa de este concepto, conceptualizando al delito como: “La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.¹¹

1.1.7 LA ESCUELA POSITIVA.

Con motivo de los brillantes estudios realizados por **CÉSAR LOMBROSO**, quien hace un análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica.

¹¹ López Betancourt, Eduardo. “Historia del Derecho Penal” México. Porrúa. 1998. p. 39.

Por esa razón, aunque **LOMBROSO** fue Médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios de siglo.

Así pues, no podemos soslayar el trabajo realizado por **CÉSAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI** y **RAFAEL GARÓFALO**, en donde él primero de ellos realizó un análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, bajo esta tesitura se le conoce como al iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, influyendo de manera importante en las legislaciones penales del siglo pasado, destacando que la reacción contra el concepto abstracto de individuo conduce a la Escuela Clásica Positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en una tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad, sino que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en su totalidad biológica y psicológica del individuo, y en la totalidad social en la que la vida de éste se inserta. En su libro "*L' uomo delinquente*", cuya primera edición es de 1876, **CÉSAR LOMBROSO**, consideraba el delito como un ente natural, "un fenómeno necesario, como la muerte, el nacimiento, o la concepción", determinado por causas biológicas de naturaleza sobre todo hereditaria.

La llamada Escuela Positiva encuentra en **ENRIQUE FERRI** su más brillante expositor. Su obra máxima, "Sociología Criminal" publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su Escuela. Destaca **FERRI** cual es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que se le denominó Sociología Criminal, de la cual el derecho penal sería solo una parte; **FERRI** ampliaba, en completa y equilibrada síntesis, el cuadro de los factores del delito, disponiéndolos en tres clases: a).- Factores antropológicos; b).- Factores físicos, y c).- Factores sociales.

EDUARDO NOVOA se expresa, al explicar la ideología de **FERRI**, en los siguientes términos: "La etiología de los delitos ha de hallarse principalmente en los factores que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, etc), sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y de

los factores físicos (clima, temperatura, etc). La responsabilidad social y la no responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, sólo por que vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social). Dentro de ese criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del derecho penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, habrá de aplicarse la segregación. . . **FERRI** comparte el criterio de **LOMBROSO** de que el delincuente es un ser anormal, pero que desarrolla el principio, aumentando las categorías. Por ello clasifica los delincuentes en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales”.¹²

RAFAEL GARÓFALO influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del delito natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema. Destaca **GARÓFALO**, en su trabajo titulado “*della nitigazioni della pene nei reati di sangue*”, la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que había de ser aprovechado mas tarde, con amplitud, al sostener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito (posteriormente desarrolla nuevamente esa idea de su obra *Di un criterio positivo della penalità*).

Atento a lo anterior podemos señalar como principios básicos de esta Escuela los siguientes:

a).- Combatiendo el método lógico-abstracto, por el que propugnó **CARRARA**, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el método experimental, propio de las ciencias causales explicativas.

¹² Citado por Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 66.

b).- El delito no es un ente jurídico. Según el criterio de los positivistas, pues se trata de un fenómeno natural, producido por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe vérselo no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para combatirlo, y fundamentalmente para prevenirlo, es conocer sus causas, las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales.

c).- Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aún cuando los últimos deberán de ser destinados a sitios especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.

El delito era así reconducido por la Escuela Positiva a una concepción determinista de la realidad en la que el hombre resulta inserto y del cual, en fin de cuentas es expresión todo su comportamiento. El sistema penal se sustenta, pues, según la concepción de esta Escuela, no tanto sobre el delito y sobre la clasificación de las acciones delictuosas consideradas abstractamente y fuera de la personalidad del delincuente, sino mas bien sobre el autor del delito, y sobre la clasificación tipológica de los autores.

En efecto, esta dirección de pensamiento buscaba la explicación de la criminalidad en la "diversidad" o la anomalía de los autores de comportamientos criminalizados, así, sea una Escuela o una Teoría, finalmente hasta la fecha no se ha llegado a la respuesta universal de saber: ¿Qué orilla al individuo a la comisión de conductas desviadas o antijurídicas?, aquí solo se analizó una pequeña parte de una gran diversidad de teorías relacionadas con la criminalidad y la tan buscada respuesta.

1. 2 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

1.2.1 ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

A través de la historia del derecho y de la medicina la responsabilidad del Médico ha sido, en términos generales, admitida y sometida, a veces a formula de Talión.

En la antigua Persia se autorizaba el ejercicio de la profesión después de haber tratado a tres enfermos –pobres– que no debían morir. Había tres clases de Médicos, los que curan con plegarias –eran los mas respetados–, los que utilizaban hierbas y los que recurren a operaciones cruentas; existían también una gradación en cuanto al honorario –que se abonaba en especie– y que podía ser un caballo, una vaca o una burra.

En Grecia, el origen mitológico se remonta al Dios **APOLO**; los **ASCLEPIÁDES** –descendientes de **ESCULAPIO**– formaron comunidades médicas que se establecieron en las cercanías de los santuarios. En Atenas estaba expresamente prohibido el aborto y la castración; abusar de la debilidad de las mujeres, y se sancionaba la violación del secreto, hasta que, con la escuela de **COS –HIPÓCRATES**– la medicina griega apoyada sobre un criterio racional y natural alcanza su mayor apogeo.

PLUTARCO refiere que **GLAUCUS**, Médico de **EPHESTION**, fue condenado a morir en la cruz por la indignación que a Alejandro le produjo el abandono en el que el infortunado Médico había dejado a su cliente, abandono que trajo como consecuencia la muerte de éste.

En la Edad Media, uno de los documentos más antiguos data del siglo XII. Es una sentencia de los burgueses de Jerusalem contra un Médico, por haber cortado transversalmente la pierna de un enfermo, causándole su deceso.

En Francia dos publicitados procesos marcaron las pautas de la valoración

para el juzgamiento de nuestra materia.

En el primer caso se observa: “El Doctor **HELIE** –1825– fue llamado a atender un parto distócico con presentación de hombro; al encontrarse con brazo derecho fuera de vulva lo amputó sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma procedió a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el Tribunal de Domfront, el cual, previo dictamen de la Academia de Medicina, sentenció que el Médico había actuado “imprudentemente y con una precipitación increíble no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta” y condenándolo a pagar una indemnización vitalicia al menor.”¹³

El segundo caso ocurrió en 1832, en donde: “El Doctor **THOURET NOROY** había practicado una sangría; colocó un vendaje, formándose con posterioridad una tumoración dolorosa. Al regresar, el Médico dispuso la aplicación de pomadas locales, pero el paciente empeoró, negándose luego el profesional a volver a examinarlo. Otro Médico diagnosticó aneurisma arterio-venoso con lesión de la arteria braquial; a pesar de las ligaduras la infección gangrenosa desencadenada fue determinante de la amputación del brazo. Enablada la acción judicial el Tribunal sentenció que había existido “impericia, negligencia grave, falta grosera, y olvido de las reglas elementales” y condenó al Médico al pago de una indemnización vitalicia, el fallo fue confirmado por el Tribunal de Casación ante el cual pronunció el Fiscal Dupin su famoso dictamen que entre otros argumentos sostenía: “. . . queda a cargo del juez, en cada caso, determinar cuándo alguien debe ser considerado responsable de un acto cometido en el ejercicio de su profesión. . .”¹⁴

Estos son los primeros casos de Responsabilidad Profesional Médica conocidos, los cuales sirvieron de antecedente jurídico, para que fueran legislándose en todo el mundo estas acciones.

1.2.2 EN EL DERECHO ROMANO.

¹³ Yungano, Arturo Ricardo. “Responsabilidad Profesional de los Médicos”. Buenos Aires. 1996. p. 30.

¹⁴ Carrillo Fabela. *Ob cit.* p. 2.

En Roma se admitía que la relación Médico-paciente era una forma de arrendamiento de servicios que era, a su vez, uno de los contratos consensuales, de uso frecuente, de gran utilidad práctica y en el cual no se exigía para su perfección formalidades especiales, pudiendo el consentimiento manifestarse por cualquier medio. En el arrendamiento de servicios se distinguía la “*locatio operarum*” de la “*locatio operis*”.

En la “*locatio operarum*”, el locador presta al conductor determinados servicios; sin embargo, no todos los servicios podían ser objeto del arrendamiento, excluyéndose los que eran difíciles de determinar en dinero. Así eran los “*operae liberales*” o sea los servicios prestados por los que ejercían profesiones liberales como Retóricos, Geómetras, Médicos y Abogados; podían recibir una remuneración –*honoraum*– reclamable en justicia por una *cognitio* extraordinaria.

En la “*locatio operarum*”, el contrato obligaba a una de las partes a prestar los servicios y a la otra a pagar la “*merces*” convenida; pero como las profesiones liberales a veces quedaban excluidas, algunos consideraron la relación como una forma de mandato según el cual el mandatario prestaba un servicio al mandante que le brindaba su confianza. Pero, conforme con Paulo, si se hubieran fijado un salario no habría mandato sino arrendamiento de servicios, pero estaba permitido un pago a ciertas actividades como las del Médico, remuneración que tomaba el nombre de “*honor*”, y que podía ser reclamada no por la “*actio mandato*” sino por una “*cognitio extraordinaria*”, según en el cual el Magistrado decidía la disputa sin organizar el “*judicium*”. La sentencia se llamaba “*decretum*” y la condena –si era viable el reclamo del Médico– era pecuniaria o sustituida en especie asegurando el Magistrado su cumplimiento en virtud de su “*imperium*”.

1.2.3 EN EL DERECHO AZTECA.

El mismo año que terminó la Reconquista en España, fue descubierto el Nuevo Mundo, abriéndose un nuevo campo para el Derecho. En virtud de ese extraordinario acontecimiento, se produjo el fenómeno del choque de dos

culturas, por una parte la Europa representada por España, y por la otra la Americana. El resultado de este choque tuvo, como era natural, repercusiones hondas en la vida jurídica de uno y otro continente; pero no sería posible abarcar lo acontecido en toda América, sino que nuestro estudio debe concentrarse a los acontecimientos que tuvieron lugar en el territorio que mas tarde habría de ser México.

Este territorio, bien es sabido que no constituía en aquel momento una unidad política o estatal, sino una multiplicidad de grupos de población que se encontraban en él conviviendo, a veces mas o menos armónicamente, y otras en pugna y lucha constante.

No todos estos grupos de población tienen igual importancia como antecedentes en nuestra vida jurídica, y solo fijamos, por lo tanto, la atención en aquellos que preponderantemente dejaron alguna huella. De éstos, teniendo en cuenta el momento histórico en que se inicia la labor de España en América, es, sin duda, con mucho el mas importante el grupo Azteca, que por su fuerza y su cultura dominaba toda la región central de nuestro territorio, y se extendía de uno y otro lado, desde las playas del Golfo por una parte, y del Océano Pacifico por la otra. Es por lo tanto entre los Aztecas, donde buscaremos sus principios, normas y usos de carácter jurídicos, dentro de la exposición histórica de nuestros antecedentes.

Pudiera preguntarse si realmente existió un Derecho ampliamente elaborado entre los Aztecas, a lo que, sin duda, debe contestarse apriorísticamente, sin perjuicio de confirmarlo plenamente mas adelante, que el Derecho sí existió en ese pueblo, como tiene que existir desde el momento en que en que hay una convivencia entre los hombres. Si nos atenemos, además, a lo que se ha llamado la cultura Azteca, atendiendo al desarrollo que en muchos aspectos ha podido ser comprobado, se llega también a la conclusión de que el Derecho no solamente existía, sino que las normas que lo constituían llegaron a adquirir una fuerza y arraigo tales, que forzosamente trascendieron a épocas posteriores.

De aquí la importancia del estudio del Derecho entre los Aztecas, pues aún cuando la civilización europea con su técnica jurídica en un grado de elaboración muy avanzada habría de dominar a las instituciones aztecas, no era posible borrarlas del todo, y menos aún si se tiene en cuenta que la política seguida a este respecto por la Corona Española fue mantener las instituciones aborígenes, en todo aquello que no se opusieran a las normas fundamentales del Cristianismo y de las instituciones políticas españolas.

Otro aspecto de trascendencia en el estudio e investigación de los antecedentes indígenas en la vida jurídica, es que nos permitirá apreciar, en no pocos casos, la razón de ser de instituciones actuales o de los trastornos sufridas en los mismos; es por tanto un complemento necesario dentro de los antecedentes del pensamiento jurídico en México.

En Derecho Penal, a diferencia de otras ramas, nos han dejado los Aztecas textos expresos de la Ley, y es sin duda lo más desarrollado que en materia jurídica tuvieron. Esta no es característica exclusiva de dicha cultura, sino de todos los pueblos que aún no han llegado a un estado avanzado en la misma.

Las penas, además de su rigor, eran en muchos casos trascendentales, tales como la que se aplicaba en caso de traición, pues además de aplicar la pena de muerte al traidor, los miembros de su familia eran reducidos a esclavitud hasta el cuarto grado de parentesco; en el mismo caso, se encontraba al usurpador de funciones tales como las del "*cihaucoatl*", ya que el que incurría en esta falta daba lugar a que sus parientes hasta el cuarto grado fueran desterrados. Las penas eran la de muerte aplicada en gran número de casos, la demolición de la casa del culpable, penas corporales como cortar los labios o las orejas a los responsables de un delito, la esclavitud, el destierro, la destitución de un empleo y, muy usual también, quemar el cabello al inculpado, cosa tenida como afrenta.

La pena de muerte se aplicaba de diversos modos, ya ahogando al delincuente o privándolo de la vida a golpes o pedradas, ahorcándolo o quemándolo vivo, o sacrificándole abriéndole el pecho para extraerle el corazón, la degollación, la fractura de la cabeza machacándosela entre las piedras o con

una porra, y el hacer pedazos al delincuente entregando los miembros de él como objeto de juego entre los muchachos. La pena era aplicada, en muchos casos, a delitos que hoy se considerarían leves, tales como el robo de más de veinte mazorcas de maíz y otros casos por el estilo, como hurtar alguna cosa en el “*tianguis*”.

La arbitrariedad era en muchos casos usual en la aplicación de las penas, de lo que sería fácil encontrar ejemplos como los que, entre otros autores como Cervantes y Anaya, en su obra “Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México”, al citar a **MOTOLINÍA**, señalan: “...demostrando con esto que el castigo no se basaba propiamente en un interés social, sino el degradado que ejercía la autoridad, quien siempre estaba facultada para exceder en el rigor, pero no para suavizar el castigo”¹⁵.

Pocos son los historiadores y cronistas de la Historia Antigua de México que no se hayan referido, más o menos extensamente, a las penas que entre los Aztecas se aplicaban, y entre los principales citaremos los siguientes: **JERÓNIMO DE MENDIETA** en su Historia Eclesiástica Indiana, **FRAY JUAN DE TORQUEMADA** en su Monarquía Indiana, **CLAVIJERO** en su Historia Antigua de México, entre los más modernos, **DON MANUEL OROZCO y BERRA** en su Historia Antigua y la de la Conquista de México. De ellos **MENDIETA y NUÑEZ** hace una síntesis de los actos considerados como delictuosos y de las penas que les correspondían.

En este orden de ideas, únicamente se han tomado los datos relacionados con la presente investigación que nos han proporcionado los autores supracitados y de los cuales podrían incurrir los Médicos, y que son los siguientes:

Aborto.- Pena de muerte para la mujer que tomaba con qué abortar, y para quien le proporcionaba el abortivo.

Homicidio.- Pena de muerte. Esta pena se aplicaba aún al hombre que

¹⁵ Cervantes y Anaya. *Ob cit.* p. 430.

daba muerte a su mujer o al amante de ésta, hasta en el caso de que los sorprendiese en flagrante delito, pues era regla de derecho que nadie estaba facultado para hacerse justicia por sí mismo, por que esto equivalía a usurpar las facultades del Rey. El que procuraba a otro la muerte por medio de veneno, sufría la pena capital, que se aplicaba también a quien le había proporcionado el veneno.

Muchos actos considerados como delitos quedan fuera de la enunciación anterior, por que no corresponden al actual concepto de penalidad y, por tanto, carecemos de palabras apropiadas para clasificarlos. Sin embargo es ilustrativo señalar que:

La mala interpretación del Derecho se castigaba con pena de muerte en casos graves, y en los otros con la destitución del empleo.

Eran agravantes en algunos delitos la juventud, la nobleza y la profesión militar.

Eran atenuantes en algunos casos la embriaguez y el perdón del ofendido o de los deudos de este.

En caso de homicidio, sí los deudos del occiso perdonaban al homicida, quedaba éste como esclavo de aquellos.

Así, se puede concluir que la cultura Azteca conoció de las causas excluyentes de responsabilidad y los conceptos modernos de la participación, el encubrimiento, la concurrencia de delitos, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Practicaban una moral propia, diferente a la nuestra; por ellos consideraban delitos muchos actos que en la actualidad han sido superados, ejemplo de ello es la embriaguez, la cual ahora es considerada como agravante para el caso de algunos delitos derivados del transito de vehículos o como una falta administrativa.

Por lo que respecta a los órganos de administración de justicia, alcanzaron una estructura muy detallada y que pudiera parecer muy eficaz; pero en su base debe analizarse, hasta donde sea posible, el concepto que de la realización de la justicia existiera en ese pueblo.

Parece ser que este concepto descansa en un principio de que la justicia tiene por fin esencial conducir a los hombres por el camino recto, pero ¿cuál era el camino recto?, ante la inexistencia de leyes escritas por una parte, y la preponderancia del poder o la voluntad del jefe por la otra, el camino recto resultaría ser esa expresión de voluntad interpretada por él mismo, o por los órganos que le fueran subordinados.

A diferencia del concepto de Justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada quien su derecho, entre los pueblos que no han alcanzado un estado de cultura avanzado, la realización de la Justicia mediante las resoluciones dictadas por Jueces o Tribunales tienen más bien el carácter de un sometimiento a la voluntad superior, que al reconocimiento de derechos.

A la cabeza de la administración de justicia estaba el Rey, y le seguía el "*cihuacoatl*", especie de "*alter ego*" del mismo. Las funciones del "*cihuacoatl*", no se concretaban a las de justicia, sino de administración y de hacienda. Las sentencias por él dictadas, no eran apelables ante nadie; y existía un "*cihuacoatl*", no sólo en la capital, sino en diversos lugares a través del territorio, escogiéndose para ello los sitios de más densa población y hacía funciones de Tribunal de apelación respecto de los inferiores.

Estos Jueces o Magistrados inferiores, eran nombrados dentro de los diversos territorios que constituían la nación y estaban organizados en forma colegiada, ya que se componían de tres o cuatro Jueces, y conocían tanto de asuntos civiles como penales, siendo apelables solamente estas últimas. A los Jueces de esos Tribunales que pudieran llamarse de primera instancia, se les denominaba "*tlacatecatl*".

En cada uno de los distintos barrios o "*calpulli*" existía un "*tecutli*" que

conocía y fallaba los asuntos de poca monta, y servía también como Tribunal de instrucción de asuntos de mayor cuantía, que debían pasar al conocimiento del “*tlacatecatl*”.

Estos Tribunales del “*calpulli*” tenían jurisdicción civil y penal, y de los asuntos de que conocía debía informar al Tribunal superior. Además de estos Tribunales, existía en cada barrio cierto número de funcionarios encargados de la vigilancia y cuidado de cierto número de familias, éstos eran electos por el pueblo, así como los jueces inferiores o “*tecutli*”.

Una de las fuentes mas importantes con que contamos para conocer éste aspecto del Derecho Azteca es, sin duda alguna el Códice Mendocino, que en sus láminas o dibujos nos muestra algunos Tribunales y las personas que a él concurrían.

Como auxiliares de la Administración de Justicia había empleados dedicados, algunas veces, a la redacción de las sentencias y otros destinados a la ejecución de las mismas.

1.2.4 LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA EN LA ACTUALIDAD.

La actividad del Médico –así como otras que están estrechamente relacionadas con aquélla– es materia de una nutrida regulación jurídica; ésta recoge la idea del servicio médico en una sociedad cada vez más evolucionada, y por ello cada vez más observante y reclamante de los derechos de sus integrantes.

A los derechos emergentes acompañan los deberes crecientes. Si en un tiempo los ciudadanos sólo tenían derechos genéricos derivados de su condición humana, hoy tienen –además de aquellos, que son el núcleo irreductible: los derechos fundamentales– otras pretensiones jurídicamente tuteladas: derechos específicos que provienen de necesidades e intereses también especiales.

Es así que aparecen –florecen y se multiplican– los derechos de los débiles, los expuestos, los enfermos, los inválidos, nuevas categorías en un orden jurídico cada vez más frondoso y detallado. Y del otro lado de esos derechos, como protagonistas de la ciencia, la experiencia, la técnica y la conducta en la que todas éstas se resumen, están los Médicos y los Auxiliares de la Medicina.

El camino recorrido entre el juramento Hipocrático –que, sin embargo, conserva poder y frescura, mismo que mas adelante se definirá– y los servicios que se prestan en grandes hospitales dotados de los mas complejos y moderna tecnología es largo. Pero en ambos extremos persisten los mismos personajes: el Médico y el Paciente. Ahora bien, han surgido y crecido los derechos de éste, y con ellos han aparecido y se han multiplicado los deberes de aquél.

El concepto del derecho a la protección de la salud en México se ha ido transformando con el paso de los años, inicialmente se concebía como una cuestión religiosa o de mera caridad; posteriormente, con base en el movimiento de Reforma, el Estado Mexicano asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto meramente individualista; finalmente, la Revolución de 1910 y las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron esta concepción otorgando al derecho de la protección a la salud.

El 03 de febrero de 1983, se incorporó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a la citada protección. El Legislador resaltó en un momento, el vínculo existente entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre y el incremento de la productividad. Asimismo, el constituyente reconoció que la protección a la salud es uno de los mayores retos que enfrentan las sociedades en su camino a la igualdad. Es entonces que la propia Constitución quien impuso al Estado Mexicano la obligación de hacer cumplir este derecho.

Hasta 1999, la mayor parte de la doctrina jurídica mexicana concebía al derecho constitucional a la protección a la salud como una disposición meramente programática que se limitaba a establecer directivas de acción para el Estado. Las

normas programáticas solamente representaban una guía de acción, pero no tenían carácter vinculatorio, es decir, no son derechos justiciables por lo que se consideraba que los ciudadanos no podían hacerlo exigible mediante el amparo.

Para mejor ilustración se cita: “El 09 de diciembre de 1996, una persona que vivía con VIH/SIDA, al interponer un amparo solicitando que se le proveyeran medicamentos antirretrovirales, inició el cambio de paradigma en la concepción del derecho a la protección a la salud en nuestro marco jurídico, logrando el tránsito de la idea de una garantía social de contenido programático a un verdadero derecho constitucional. El juicio de garantías fue negado en primera instancia, pero el asunto fue posteriormente discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual el 25 de Octubre de 1999, resolvió en Pleno y de manera unánime que el derecho a la protección de la salud sí se traduce en un derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades como parte integrante de la atención médica, y señaló que el derecho a la protección de la salud es una garantía individual”.¹⁶

Así las cosas, es importante presentar el fundamento del cuidado a la salud que se halla en nuestra Carta Magna y en otros destacados ordenamientos jurídicos, marco general para el ejercicio de la medicina; sin duda alguna, si se atiende al concepto que acoge este cuerpo de leyes en donde: “*Toda persona tiene derecho a la protección a la salud*” (artículo 4º, cuarto párrafo).

Examinemos algunos antecedentes de esta disposición. En la reforma de 1979-1980, al artículo 4º constitucional, se aludió a la salud de los menores de edad, vinculado este objetivo con las obligaciones de los padres con respecto a sus hijos. En virtud de esa reforma al referido artículo éste previno: “*es deber de los padres preservar el derecho de los menores, a cargo de instituciones públicas*”. Como se advierte, el Poder Revisor de la Constitución sólo tomó en cuenta a los menores de edad, y se refirió a los servicios e instituciones que el Estado Mexicano había establecido para colaborar con los padres apoyarlos en la protección de sus hijos menores.¹⁷

¹⁶ Tapia Confer, Roberto y Motta Murguía María de Lourdes. *Ob cit.* p. 23.

¹⁷ García Ramírez, Sergio. “La Responsabilidad Profesional del Médico” México, Editorial porrua. 2004. p

El día 20 de Diciembre de 1982, el Ejecutivo presentó una iniciativa de reforma al artículo 4º Constitucional, en la que ya consideraba al cuidado de la salud como un derecho universal, del que todas las personas son titulares, no solamente un grupo, como pudieran ser los menores de edad o los trabajadores. La iniciativa fue aprobada prácticamente en sus términos. El único cambio consistió en señalar que toda persona “*tiene*” derecho, en lugar de señalar que “*tendrá*” derecho, como se decía en el proyecto.¹⁸

Se planteó la adición de una “*garantía social*”, congruente con “*los propósitos de justicia social en nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a derechos humanos, México ha contraído en la Organización de los Estados Americanos desde hace décadas*”. De tal forma se enriquecería “el contenido programático de la Constitución de Querétaro”.

Ahora bien, la naturaleza social que se reconoce a tal derecho atribuye al poder público, correlativamente, la obligación de disponer un sistema nacional de salud. Para ello es indispensable perfeccionar el sistema nacional de planeación, aseguró el documento presidencial. La exposición de motivos ostento la pretensión de revertir el proceso centralizador que existía en esta materia, redistribuir responsabilidades entre la Federación, los Estados y los Municipios y poner en manos de las autoridades locales diversas funciones, programas y recursos manejados por la federación.

Me he referido al derecho humano a la protección de la salud, recogido en el aludido artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y ahora debo agregar que esa misma disposición previene que “*la ley para definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecer la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme con lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución*”. La fracción aludida fue el núcleo del derecho mexicano de la salud –hasta la reforma del año de 1982–, faculta al Congreso de la Unión para legislar en lo relativo a salubridad en general. En éste ámbito normativo hay

¹⁸ 50
García Ramírez. *Ob cit.* 51

disposiciones legales federales y estatales, así como órganos de salud correspondientes a estos dos planos del Estado Mexicano.

El peldaño superior del frondoso derecho mexicano de la salud proviene la Ley General de Salud, que establece el extenso catálogo de asuntos que abarca la salubridad general (Artículo 3º de la Ley General de Salud), y que de dicha ley se deducen otras normas, con fuente administrativa, (reglamentos, acuerdos, circulares y normas oficiales).

Conforme a la Ley General de Salud, en el primer lugar de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de salubridad general, que ejerce por conducto de la Secretaría de Salud, se halla: *“Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento”* (Artículo 13, apartado A) fracción I de la Ley General de Salud).

Con el fundamento mencionado se expide la Norma Oficial Mexicana (NOM) anteriormente denominada norma técnica, cuya definición proporcionaba el artículo 14 de la Ley General de Salud, en la actualidad derogado; señalaba que la norma técnica es: *“El conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deban satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el propósito de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias”*.

Las disposiciones en materia de salud constituyen el marco regulatorio para la operación del llamado Sistema Nacional de Salud, el cual ha impreso nueva vitalidad al sistema federal mexicano y está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto Federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presenten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud. (Artículo 5º de la Ley General de Salud).

El concepto del Sistema Nacional de Salud confiere plenitud y coherencia a las acciones sobre la salud de los habitantes de la República; y sugiere que el derecho a la protección de aquella –un derecho humano consignado en la parte dogmática de la Constitución– tiene como obligados a quienes por cualquier motivo están en situación de atender institucional o profesionalmente la salud de los particulares. De esta suerte se ve más allá de la antigua noción de que sólo la autoridad figura como obligada en el concepto de los derechos humanos, no así los demás personajes de la vida social.

Según lo marca el Programa Nacional de Salud 2001-2006, los principales retos a los que se enfrenta el sistema de salud en México, son la calidad, la equidad y la protección financiera. Estas dos últimas definen en conjunto la necesidad de un cambio en la concepción del derecho a la protección de la salud para combatir las desigualdades sociales y regionales.

Objetivamente los servicios de salud son *“todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”* (Artículo 23 de la Ley General de Salud). Estos servicios se clasifican en las categorías de atención médica, salud pública y asistencia social (Artículo 24 de la Ley General de Salud). En el rubro de atención médica, constituida por *“el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”* (Artículo 32 de la Ley General de Salud), figuran las actividades preventivas, curativas y de rehabilitación (Artículo 33 de la Ley General de Salud). *Los servicios de salud se clasifican en públicos a la población en general; a derechohabientes de instituciones de seguridad social; sociales y privados, cualquiera que sea la forma en que se contraten; y otros que se brinden de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria* (Artículo 34 de la Ley General de Salud).

Se aprobaron dos reformas a la Ley General de Salud, una de ellas para crear el Sistema de Protección Social en Salud, que sienta las bases para la integración del Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud a la Comunidad, y otra mediante la cual se incorpora a la Ley la figura de la Comisión

Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

En caso de la primera se creó el esquema a través del cual se canalizarán a las Entidades Federativas los recursos para financiar los servicios de salud a la comunidad que, de acuerdo con el Legislador, comprenden acciones y programas dirigidos a la colectividad y de extensión comunitaria, los servicios ambientales, el ejercicio y la vigilancia de la regulación sanitaria a través del control sanitario de bienes y servicios, la regulación de la atención a la salud, y las actividades vinculadas con la vigilancia epidemiológica.

Para el segundo de los casos, las Entidades Federativas recibirán los recursos correspondientes a la prestación del servicio de salud a la persona y a la prestación de servicios de salud a la comunidad, de manera independiente, lo que garantiza la disponibilidad de los mismos para cada tipo de actividad.

Así con este marco normativo se construye un México sano y fortalecido de apoyo a los grupos más vulnerables de la población.

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA MEDICINA Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

2.1 CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

2.1.1 BIOÉTICA.

Ante las interrogantes éticas que plantea la práctica de la medicina y otras disciplinas relacionadas con aquélla, surge la “bioética”. En 1970, **VAN RENSSLAER POTTER** científico Holandés y profesor de Oncología en la Universidad de Wisconsin, utilizó por primera vez ese término en un artículo denominado “*The Science of Survival*”, y posteriormente “*Survival, Brigde to the Future*”. **POTTER** observó el problema que se presentaba, sobre todo en los Estados Unidos, debido a la ruptura entre el saber científico y el saber humanístico, ruptura que amenazaba la supervivencia de todo el ecosistema.

Sugirió, como solución, el establecimiento de un puente entre las culturas científica y humanístico-social, a través de vinculación entre la ética y la biología. De ahí surgió la bioética, a la que **POTTER** denominaba “ciencia de la supervivencia de la humanidad”, que tendría como tarea el buen uso del conocimiento científico biológico para dar respuestas a los problemas éticos de las ciencias biológicas, incluyendo a la medicina y a la genética.

Así, se resume en cinco conceptos fundamentales a la bioética, mismos a saber:

1. La bioética como ciencia de la supervivencia.
2. La bio-cibernética para la convivencia en la biodiversidad, considerando los avances positivos de la tecnociencia ecológica.

3. La bioética como componente en la construcción de un sistema ético-biológico para la organización de la vida digna en sociedad.

4. La bioética reflexiva, para normar la conducta médica en la clínica, en la investigación con seres humanos y en todas las acciones de los trabajadores de la salud.

5. La bioética personalista, a partir de la dignidad de la persona humana.

En opinión de **JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN**, y citado por **SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**, la bioética surge por: a).- El aumento del poder, b).- Los efectos de la práctica médica, y c).- La necesidad de controlar ciertas conductas.¹

En el año de 1978, hizo su aparición la “*Enciclopedia of Bioethics*”, compuesta de cuatro volúmenes, en la que se presentaron cuestionamientos y diversas facetas éticas de la vida y de las ciencias de la medicina y la salud.

Para 1980, había en Estados Unidos y Canadá, quince Organismos ocupados de la Bioética, situación semejante se presentó en los Países de Europa Occidental y en unos cuantos de América Latina y Asia.

La *Enciclopedia of Bioethics*, también en el año de 1978, definió a la bioética como el “estudio sistemático” de la conducta humana, en el ámbito de las ciencias de la vida y de la atención de la salud, en cuanto a que esta conducta es examinada a la luz de los valores humanos y de sus principios.

Sin embargo, esta definición no es precisa, por lo que para **E. SGRECIA**, define a la bioética como aquella parte de la filosofía moral que considera lo lícito de los actos relacionados con la práctica y desarrollo de las ciencias médicas y biológicas.

¹ García Ramírez. *Ob cit.* p. 32.

ANTONIO CABRERA L. C. en su “*Estatuto Jurídico de la Bioética*”, *Memoria, Primer Congreso Nacional*, la definió como “La ética de la vida humana comprometida con la promoción de la calidad de vida del hombre, mediante la aplicación de las tecnologías Biomédicas más avanzadas”.²

Así las cosas, y apoyada en los conocimientos básicos de la filosofía, es ya una ciencia nueva, cuya certidumbre de validez teórica evoluciona pragmáticamente como “lo mas avanzado para hacer el bien en la convivencia global” exigiendo la rectitud de la conducta con el respeto a la dignidad de la persona y sus derechos a la salud, bienestar y seguridad social.

Como principios bioéticos aplicables al campo de la medicina, se enuncian:

- a).- Defensa a la vida física.
- b).- La libertad y responsabilidad.
- c).- La totalidad o principio terapéutico.
- d).- Sociabilidad y subsidiariedad, y
- e).- Beneficencia, de autonomía y de justicia.

La Bioética ha perneado todo el mundo, penetrando en la filosofía de las ciencias de la vida y de la salud para dirimir problemas difíciles en la prevención y atención crítica de las enfermedades, fomentando las actitudes más honradas de los Médicos, aun en los controvertidos dilemas del principio de la vida humana y de la muerte, del aborto, de la eutanasia, etc.

Para llevar la Bioética al terreno de la práctica se crearon institutos y unidades de ética hospitalaria. El primero de ellos en aparecer fue el “*Institute of Society, Ethics and the Life Sciences*”, conocido como “*Hasting Center*”. Tuvo como propósito considerar el aspecto ético, social y legal de las disciplinas médico sanitarias. “*The Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*”, fue el primer centro que llevaba como nombre

² García Ramírez. *Ob cit.* p. 32.

formal el de “Instituto de Bioética”. A partir de entonces, el número de organismos aumento considerablemente, en Estados Unidos, en el año de 1982, el 20% de los hospitales contaba con un comité de ética; en 1987 el porcentaje aumento al 60%, triplicándose en cinco años.

En el caso de México, se creó la “Comisión Nacional de Bioética”, creada para examinar y regular reflexivamente la conducta humana, especialmente la de los Médicos y otros profesionales que participan en el cuidado de la vida, de la salud y el respeto a la dignidad de la persona y de los derechos humanos.

Creada por idea de la Presidencia de la República, instalada el día 30 de marzo de 1992, en cuya acta de fundación destaca: “Por cuanto la bioética debe revisar los adelantos médico-quirúrgicos y de investigación clínica y básica, en humanos y animales, dando particular importancia a las circunstancias que justifiquen los trasplantes y las consideraciones de la genética, problemas de población e interrogantes de la eutanasia”.

La Comisión en cita tiene una política activa en términos formales para concienciar a los Médicos, a los trabajadores de la salud, a otros trabajadores afines y a la sociedad, acerca de la urgencia de detener y evitar conductas indebidas que pudieran poner entre dicho la vocación y convicciones médicas.

Así las cosas, la Bioética amplía el campo de la filosofía moral y el de la ética médica tradicional, buscando la armonía necesaria entre el hombre, la naturaleza y la cultura, con la idea prevalente de ejercer la justicia y lograr la equidad en todo ejercicio profesional, evitando sus desviaciones que llegan al exceso deshumanizado de los Médicos comprometiendo su vocación y olvidando “el arte de curar”.

En este orden de ideas, tal y como se ha citado existen diversas caracterizaciones de la Bioética, y aún no existe consenso a este respecto, se ha dicho que es la “Ética de la vida humana comprometida con la promoción de la calidad de vida del hombre, mediante la aplicación de las tecnologías biomédicas más avanzadas.”, se ha entendido como “Disciplina filosófico-práctica.”, y como

“Ciencia moderna filosófico-técnica.”. Bajo esta denominación ha de entenderse a la “Ética médica propiamente dicha por consiguiente, la Bioética no es una parte reciente y añadida de la ética médica, sino que la Ética que concierne a las intervenciones sobre la vida debe entenderse en sentido extensivo, a fin de abarcar también a las intervenciones sobre la vida y la salud del hombre.”³

2.1.2 ÉTICA MÉDICA.

A lo largo de dos milenios, la Ética Médica ha sido continuamente reflejada en la previsión del comportamiento emitido por Hipócrates y a partir de él, los códigos subsecuentes han sido esencialmente siguiendo este precepto.

La secularización de la medicina al separarse de las normas de la teología sacerdotal, el rescate de los postulados filosóficos de carácter humanista y, sobre todo, la vinculación entre su práctica y la vida humana, son aspectos que han generado la demanda social para establecer normas que regulen el ejercicio profesional de los Médicos.

Esta demanda social ha dado origen a códigos, leyes o reglamentos de carácter internacional y nacional, en los que, por una parte se atiende la preocupación del Médico por regular su actividad profesional y, por otra, se garantiza a la sociedad el respeto a los valores consubstanciales de la vida humana.

De esta forma, la Ética Médica se convierte en el sistema axiológico cuyas directrices permiten normar, regular y sancionar la actividad médica mediante tres mecanismos: *La Norma Clínica*, que regula la relación Médico-Paciente, incluye la Norma Hospitalaria y la Higiénico-Sanitaria; *La Norma Profesional*, que es el ordenamiento protector del rol profesional y del status socioeconómico de los médicos, y *la Norma Jurídica*, que es la concreción jurídica de la moral médica ubicada en un contexto histórico social determinado.

³ *García Ramírez. Ob cit. p. 33*

Resulta así oportuno preguntarnos que es la Ética, cual es su contenido y en que medida el Médico debe regirse con los principios que aquélla impone y cómo debe aplicarlos en su específica función por la responsabilidad que implica frente al hombre enfermo, frente a la sociedad y frente a los propios Médicos, además de alguna o de otra manera nos encontramos estrechamente vinculados como miembros inmersos en la sociedad.

En este orden de ideas, el vocablo “*Ética*” deriva del griego “*ethos*”, que significa costumbre, y quiere indicar todo aquello que el uso común ha aceptado, las normas que rigen la convivencia social. Ya en los poemas Homéricos en tal sentido, se designa al hombre de calidad, para el cual, lo mismo en la vida privada que en la pública, rigen determinadas normas de conducta, ajenas al común de los hombres. Y sí hablamos de *Ética Profesional* la usamos en el sentido de aquellas costumbres que son admitidas por los que ejercen la profesión y es norma y obligación sujetarse a ellas en el desempeño de la misma.

Lo ético en su contenido es lo esperable y aprobado por el medio. Atañe la conducta del individuo –en nuestro caso del Médico– en sus manifestaciones como ser social y en el manejo de aquellas normas impuestas por ese medio para una mejor relación interpersonal, tratando de lograr perfecta convivencia y equilibrada armonía.

Una de las cuestiones más exploradas y debatidas en la filosofía jurídica y la teoría del derecho, tema de antiguas y actuales reflexiones, es la relación que media entre la *Ética* y el Derecho. Ahora bien, el tema de estas reflexiones se arraiga profundamente en la *Ética*. Sería impracticable e inconcuso el examen de la actividad médica y las responsabilidades que de ella resultan, si se ignora o se olvida la ordenación *Ética* que preside el desempeño de la Medicina.

Así la *Ética* aparece una y otra vez como la compañía más fiel, pero también la más exigente, cuando se trata de establecer los deberes que tienen los miembros de una profesión con respecto a las personas que requieren sus servicios. Y sí esa consideración moral es relevante en todo caso, se vuelve mas fina y penetrante cuando viene a cuentas el desempeño de la medicina.

En la toma de decisiones médicas se debiera de tener presente no sólo los conocimientos técnicos, sino fundamentalmente, el hecho de que esta disciplina esta dirigida a un “ser como es el hombre, que es digno, que es libre y que, en función de esa dignidad y de esa libertad, tiende con su vida hacia una perfección y un fin que le son propios”.⁴

Es necesario precisar que no existe fusión o confusión entre la Moral y el Derecho. Son distintos sistemas normativos de la conducta humana, sin embargo, el Derecho constituye o aloja un “mínimo ético exigible” así la Ética Médica es la fuente por excelencia del Derecho Sanitario. Lo anterior no significa que se suprima la frontera conceptual entre la Ética y el Derecho. Solo implica el reconocimiento de que cierto genero de conductas éticamente deseables, deben ser también jurídicamente exigibles, por que tienen que ver con hechos o situaciones cuya solución jurídica –y no solo moral– se mira como dato necesario para la preservación de intereses individuales o sociales cuya tutela efectiva –coactiva, inclusive– es necesaria para la protección y prosperidad de la vida individual y colectiva. Es entonces cuando se echa mano del control social jurídico, con su amplio aparato de leyes y tribunales.

La intensa relación entre Ética y Derecho en el ámbito de la Medicina se pone de manifiesto, con la mayor evidencia, cuando la norma jurídica se remite expresamente a la norma Ética e impone su observancia, así por ejemplo, el derecho a la salud, confiere eficacia jurídica a las normas éticas; también en otros ámbitos la norma ética se convierte en jurídica, tal es el caso de lo estipulado en el Reglamento de la Policía Federal Preventiva que impone como obligación a los miembros de esta corporación cumplir las normas éticas (artículo 115).

En nuestro país, a la cabeza de las bases que sustentan la investigación médica, se encuentra la fracción I del artículo 100 de la Ley General de Salud, mismo que reza: *“Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos*

⁴ García Ramírez. *Ob cit.* p. 26.

campos de la ciencia médica". Al mismo tema sirve el establecimiento de una comisión de Ética en las investigaciones de salud, "en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos" (artículo 98 de la Ley General de Salud). En su ley Reglamentaria en materia de investigación en seres humanos deberá desarrollarse ajustándose a los "principios científicos y éticos que la justifiquen" (artículo 14, fracción I), y en ella deberá de prevalecer el "criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar" (artículo 13).

Una norma de notable amplitud, que traslada el caudal de la Ética Médica a la prestación de los servicios de salud, en todas sus vertientes, es el artículo 51 de la enunciada Ley General de Salud, mismo que cita: "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 y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares"; el mismo principio ético-jurídico destaca en otros ordenamientos; así acontece en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que resuelve en su artículo 9º: "La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica".

En el plano internacional, las encontramos en el Código de Nuremberg, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica.

El Código de Nuremberg establece diez principios fundamentales, los cuales deben ser adoptados por los Médicos cuando realizan experimentación en seres humanos; fue elaborado en el año de 1947, en ocasión al juicio seguido en Nuremberg a los Médicos nazis acusados de crímenes de guerra.

La Declaración de Ginebra, que fue adoptada en el año de 1948, por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en dicha Ciudad, como ha citado **YUNGANO RICARDO** en su obra "Responsabilidad Profesional de los Médicos", **LEÓN C.**, es una hermosa oración destinada a ser leída por los médicos en el momento de graduación, y establece: "En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica: Prometo solemnemente

consagrar mi vida al servicio de la humanidad. (...) Velar solícitamente, y ante todo, por la salud de mi paciente. (...) Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción, y aun bajo amenaza no emplear mis conocimientos para contravenir las leyes humanas.”⁵

El Código Internacional de Ética Médica fue adoptado por la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres en octubre de 1949, y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial realizada en Sydney en agosto de 1968, misma de la que citare solo lo más relevante:

“Deberes de los Médicos en general: Al llevar a cabo su misión humanitaria, el Médico debe mantener siempre una conducta moral ejemplar y apoyar los imperativos de su profesión, hacia el individuo y la sociedad. El Médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida desde el momento de la concepción. El Médico debe a su paciente todos los recursos de su ciencia y toda su devoción. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el Médico debe llamar a otro Médico calificado en la materia. El Galeno debe proporcionar el cuidado en casos de urgencia, como un deber humanitario, a menos que éste seguro de que otros Médicos pueden brindar el cuidado”.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, establece en su artículo 4º: “Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”.

El enorme peso de la Ética en la práctica médica y en las consecuencias de ésta, consideradas desde la perspectiva contenciosa, se reflejan inclusive en la organización y denominación de organismos facultados para conocer de las controversias entre Médicos y Pacientes, como es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, mismo que se abordará y desarrollará en el capítulo respectivo.

⁵ Yungano, Ricardo. *Ob cit.* p. 62.

Así las cosas, en síntesis puedo decir que la Ética en la acción médica consiste en la estrategia básica que debe fortalecer la responsabilidad de los profesionales de la salud, lo que no puede concebirse sin conocimientos básicos de filosofía, sociología, psicología, biología y economía.

Su propósito estriba en que las decisiones médicas sean meditadas mejor para que sean más rigurosos desde el punto de vista intelectual, de manera tal que se pueda construir una teoría integral y coherente para la atención médica, basada en principios universales aplicables a todas las situaciones y que justifiquen plenamente una línea de conducta aplicable a cada caso en particular.

2.1.3 EL JURAMENTO DE HIPÓCRATES.

Una vez acotado los temas sobre Bioética y Ética Médica, no menos importante es señalar otro concepto muy ligado a los mismos, y mas aún a nuestro tema y que es el juramente Hipocrático, tan antiguo como la profesión médica ha sido la necesidad de reunir codificadamente su actuación de acuerdo a las normas éticas precisas, tradicionalmente impuestas por las características que el ejercicio de dicha profesión implica. Un repaso a los Códigos y juramentos en medicina ponen de relieve cuál ha sido la evolución de dichas normas según el concepto de moral que prevalecía en las distintas épocas históricas o culturales.

Resulta imprescindible el valor no solamente histórico, tanto como su permanencia –a pesar de que muchos de los Médicos lo hayan olvidado o no le dan la importancia debida– el juramento hipócratico, cuyo texto data de hace mas de 400 años a. C. y formula las reglas éticas que regían la actuación de los Médicos, y cuyo contenido es el siguiente:

“.... Juro por Apolo Médico, por Esculapio, Higia y Panacea y pongo por testigo a todos los dioses cumplir según mis posibilidades y razón el siguiente juramento: Estimaré como a mis padres a aquel que me enseñó este arte, haré vida común con él y si es necesario partiré con él mis bienes; considerare a sus hijos como hermanos míos y les enseñare este arte sin retribución ni promesa escrita, si necesitan aprenderlo. Comunicare los principios, lecciones y todo lo

demás de la enseñanza a mis hijos, a los del maestro que me ha instruido, a los discípulos regularmente inscriptos y jurados según los reglamentos, pero a nadie más”.

“Aplicaré los regímenes en bien de los enfermos según mi saber y entender y nunca para el mal de nadie. No daré a nadie, por complacencia, un remedio mortal o un consejo que lo induzca a su pérdida. Tampoco daré a una mujer un pesario que pueda dañar la vida del feto. Conservaré puros mi vida y mi arte. No extraeré cálculo manifiesto, dejaré esta operación a quienes saben practicar cirugía”.

“En cualquier casa en que penetre, lo haré para el bien de los enfermos, evitando todo daño voluntario y toda corrupción, absteniéndome del placer del amor con las mujeres y los hombres, los libres y los esclavos. Todo lo que viere u oyere en el ejercicio de mi profesión o fuera de ella en la vida común y que no deba divulgarse lo conservaré en secreto”.

“Si cumplo íntegramente este juramento, que pueda gozar dichosamente de mi vida y de mi arte y disfrutar de perenne gloria entre los hombres. Si lo quebranto, que me suceda lo contrario...”.

En el desarrollo de la investigación de esta tesis se desprende a consideración del suscrito la necesidad de invocar el pensamiento filosófico judío de la Edad Media, de un Médico Cordobés, discípulo intelectual de Séneca, la oración de Maimónides que cita:

“Señor llena mi alma de amor por el arte y por todas las criaturas. Aparta de mi la tentación de que la sed de lucro y la búsqueda de la gloria me influencien en el ejercicio de mi profesión. Sostén la fuerza de mi corazón para que este siempre dispuesto a servir al pobre y al rico, al amigo y al enemigo, al justo y al injusto”.

“Haz que no vea más que al hombre en aquel que sufre”.

“Haz que mi espíritu permanezca claro en toda circunstancia; pues grande y sublime es la ciencia que tiene por objeto conservar la salud y la vida de todas las criaturas”.

“Haz que mis enfermos tengan confianza en mí y en mi arte, que sigan mis consejos y prescripciones. Aleja de sus lechos a los charlatanes, al ejército de parientes con sus mil consejos y los vigilantes que siempre lo saben todo; es una casta peligrosa, que hace fracasar por vanidad las mejores intenciones”.

“Concédeme, Dios mío, indulgencia y paciencia con los enfermos obstinados y groseros. Haz que sea moderado en todo, pero insaciable en mi amor por la ciencia. Aleja de mi la idea de que lo puedo todo. Dame la fuerza, la voluntad y la oportunidad de ampliar cada vez más mis conocimientos, a fin de que pueda procurar mayores beneficios a quienes sufren”:

Véase cómo en la realización fáctica de estos señalamientos se tiene ya el concepto jurídico de responsabilidad del Médico, y en ellos confluyen también otro aspecto fundamental y trascendente vinculado con el derecho penal garantista que son los derechos humanos.

Es de suma importancia que aspectos éticos como los que se han desarrollado en el presente capítulo sean integrados a los programas educativos, en atención a que la enseñanza es un medio que procura disminuir las desigualdades sociales, contribuye a la información de una sociedad más concientizada, trasmite la herencia cultural, progresa en la evolución tecnológica y tiende al máximo a evitar la dependencia exterior, da, en suma la posibilidad más directa de un mejor nivel de vida, por lo que tratándose sobre educación médica, se sugiere:

1. La finalidad de la educación médica es producir Médicos que promuevan la salud para todos y no simplemente otorgar servicios curativos a aquellos que puedan pagarlos o para que sean de más fácil acceso. Bajo esta tesis se debe asegurar:

a).- Que los programas de enseñanza incluyan todos los ámbitos y recursos de la comunidad y no únicamente los hospitales.

b).- Que los programas de estudio reflejen las prioridades de salud nacionales y la disponibilidad de recursos económicamente accesibles.

c).- Que la educación teórica se integre con la práctica mediante la solución de problemas como base para el aprendizaje, tanto en sedes clínicas como en la comunidad.

d).- Que las actividades de enseñanza permitan la consecución tanto de la competencia profesional como de los valores sociales de la medicina.

e).- Que el aprendizaje, la investigación y los servicios se lleven a cabo de manera conjunta con otras profesiones de la salud y las relaciones con la misma.

f).- Que la elección de estudiantes utilice métodos que trasciendan la capacidad intelectual y los logros académicos de los aspirantes, para incluir sistemas de evaluación de sus cualidades personales.

El significado de la vida humana es la esencia misma de la medicina, por lo que considero que se debe de exponer al estudiante de las ciencias medicas a experiencias del nacimiento, de la muerte, del dolor, lo cual es una oportunidad para que desarrolle una serie de valores, al mismo tiempo que le permite reflexionar y hacer una serie de ajuste de sus propios valores personales en torno a esas experiencias, y quizá poner fin a la deshumanización de la medicina, fenómeno que con el paso del tiempo se ha acentuado de manera importante.

2.1.4 IATROGÉNIA, NEGLIGENCIA, IMPERICIA, MAL PRAXIS Y LEX ARTIS.

Los anteriores conceptos forman parte fundamental de la práctica médica diaria, y su importancia radica en conocer lo que se entiende por cada uno de ellos, en atención a que en la mayoría de los casos de Responsabilidad Profesional Medica, los Galenos incurren en ellas, y para nosotros los Abogados

es menester conocerlos.

Sin embargo, antes de entrar en materia se debe de precisar lo que se entiende por Médico, en atención a que son ellos quienes incurren en este tipo de responsabilidad.

Si analizamos el término en cita siguiendo a **YUNGANO RICARDO** en su obra “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, en donde citan a **Abeille**, podemos decir lo siguiente: “En el dominio lingüístico indo-europeo la raíz **med** tiene el sentido de “pensar”, “reflexionar” la cual encierra a veces valores técnicos: “mensurar” “pesar”, “cuidar un enfermo” “gobernar”. De ahí “medear”, prodigar sus cuidados.⁶

Desde el origen “medear” aparece en la lengua médica con el sentido de llevar, traer remedio. De donde proviene “**medens**”, Médico, reemplazado en la época clásica por “**medicus**” con todos sus derivados: “**medicina**”, “**medicinales**”, “**médico**”, “**medicar**”, “**medicamentum**”.

En suma, el término “**medicus**” encierra y expresa el sentido de meditación y acción curativa como finalidad; es decir, involucra el concepto hermoso de una abnegada profesión.

Pero es indudable que esa misma interrelación Médico-Paciente, Médico-Sociedad, genera obligaciones, deberes y responsabilidad. Y estos conceptos atañen al problema trascendente de la Ética.

Bajo el estigma, “*Primum non nocere*”, se ha regido el actuar del Médico; a lo largo de la historia de la Medicina ha prevalecido este principio, en tal sentido, el objetivo central del profesional de la salud lleva implícito curar la enfermedad, cuando esto no es posible, mitigar el dolor y producir bienestar serán parte del compromiso con el paciente; mejorando siempre la calidad de vida.

⁶ Yungano, Ricardo. *Ob cit.* p. 297.

En el fondo, el análisis, la penetración lógica de una expresión nos permite adentrarnos en el tema, por lo que hace a la llamada yatrogenia o iatrogenia, que denota su origen griego, vendría siendo como la derivación de varios vocablos helénicos: por un lado, “*Ἴατρος, ος*. Médico”; por el otro, “*Ἱατρεια*. curación”; y, finalmente, génesis (*γενναω*: engendrar); generación, origen.⁷

Conviene advertir que la yatrogenia se latiniza y la “y” se convierte en “i” romana, y su consecuencia es la expresión latina ya romanceada, es decir, vertida al idioma español y concretada en la palabra iatrogenia. En esta tesitura, hace su aparición el iatrogénico, que literalmente se refiere “a toda alteración del estado del paciente producida por el Médico”.⁸

De manera indistinta se ha utilizado el término de iatrogenia o yatrogenia como un resultado negativo de la actuación del médico, sin embargo, en sentido estricto, según las raíces etimológicas de la palabra, ésta significa todo lo producido o generado por el Médico, en el entendido de que el producto de la actuación médica traduce beneficio para el paciente en la mayoría de los casos.

Por lo tanto, la producción de alteraciones negativas como resultado de la actuación del Médico o cualquier profesional de la salud corresponden en forma acertada: error médico, daño iatrógeno, iatrogénesis nociva o iatropatogenia, éste último ilustra mas acertada el concepto en estudio, sin embargo, solo para fines prácticos conceptualizaré lo que se entiende por error médico, considerado este como la conducta inadecuada del profesional de la medicina que supone una inobservancia técnica, capaz de producir daño a la vida o agravio a la salud mediante impericia, imprudencia o negligencia.

Del anterior concepto no debemos de perder de vista los términos de impericia, imprudencia o negligencia, mismos que serán retomados en el desarrollo del presente capítulo.

⁷ Márquez Piñero, Rafael. “La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de los Pacientes”. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Academia Nacional de Medicina. p. 32

⁸ Márquez Piñero, Rafael. *Ob cit.* p. 35.

El término yatrogenia, o iatrogenia, fura del argot médico, es relativamente poco conocido. No obstante, puede decirse que existen diversos conceptos y/o acepciones del mismo, con perfiles científicos muy claramente definidos.

De esta forma se dice:

- a).- Que consiste en la enfermedad originada por el Médico.
- b).- Que reside en el daño inferido al paciente por un tratamiento médico.
- c).- Que se trata de consecuencias malignas, dimanantes de acciones médicas que, por otra parte, y en aspectos distintos, tratan de beneficiar al enfermo.
- d).- La ya clásica definición de **HARRISON** citada en la obra de **MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL**, titulada “*La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de los Pacientes*”, que denomina yatrogénico o iatrogénico al efecto indeseable que puede evitarse si el Médico es mas cuidadoso y prudente y tiene mayores cuidados”.⁹

Nótese de la anterior definición “*el efecto indeseable*”, que podría traducirse como culpa, sin embargo, profundizare y acotare lo correspondiente a la iatrogenia, dejando lo relativo a la culpabilidad en el capítulo siguiente sobre teoría del delito.

En relación al multicitado término, convendría deslindar dos campos cobijadores de distintas nociones del hombre y, por consiguiente, de todos los problemas médicos relacionados con él.

En un lado, tenemos lo que podemos considerar como la teoría tradicional del derecho natural. Esta teoría ha tomado de la antropología empírica, que examina críticamente y jerarquiza de manera sistemática los datos de la experiencia de la realidad humana, dos nociones fundamentales: en primer lugar, ha constatado que siendo el hombre poseedor de un cuerpo y, por tanto, un ser muy cercano al reino animal, constituye un género único en sentido zoológico, por

⁹ Márquez Piñero, Rafael. *Ob cit.* p. 35.

la sencilla razón de que todas las razas humanas son susceptibles de mestizajes ilimitados.

La segunda noción “con relación a líneas anteriores”, que la teoría tradicional toma de la antropología empírica es que el hombre es un ser racional, es decir, dotado de razón. Es el “*homo faber*” el único ser viviente fabricante de utensilios; gracias, precisamente, a su capacidad de comprender, mediante la generalización, la relación entre causa y efecto. Es también el único ser que tiene la capacidad de determinar su conducta conscientemente. Su capacidad de conocimiento y autodeterminación lo distinguen “esencialmente” del mundo animal en su calidad de animal *rationale*, en otras palabras, de “*homo sapiens*”.

En estas condiciones, la teoría tradicional del derecho natural utiliza los resultados obtenidos para poder afirmar que la naturaleza del hombre se encuentra condicionada por su cuerpo y su espíritu, inteligencia o alma, todo lo cual desemboca en el hecho, de que medicina busca fines tan nobles, y estrechamente enlazados a los derechos inalienables de la vida.

El Doctor **LIFSHITZ**, señala que un aspecto aplicable al juicio sobre iatrogenia es la perspectiva teleológica, la cual se fija en el desenlace, resultado y daño; si el paciente resultó dañado la acción fue mala, independientemente de cómo se haya aplicado. La perspectiva deontológica, analiza si las cosas se hicieron bien, si a pesar de eso hubo un daño. Ahí lo importante no es el resultado de la acción, sino la acción misma.

Bajo esta perspectiva conviene apuntar que la **IATROGENIA** puede ser por **ACCIÓN U OMISIÓN**; en donde: “Iatrogenia por acción son las acciones imprudentes, precipitadas e irracionales que puedan producir un daño grave al enfermo, mientras que en la iatrogenia por omisión es considerada cuando el Médico no se da cuenta de las lesiones que un enfermo presenta por falta de exploración sistemática o no realiza el diagnóstico y la terapia necesaria.”¹⁰

¹⁰ Cote Estrada, Lilia. “La Práctica Médica y sus Consecuencias Jurídicas”. México. Revista Científica. p. 39.

Ejemplifica lo anterior el siguiente caso:

Una paciente con antecedente de alergia a la penicilina, fue sometida a safenectomía bilateral por insuficiencia venosa bilateral; al término de la cirugía el Médico adscrito indicó a su colega residente realizar las anotaciones relativas a la cirugía y las indicaciones, incluyendo un antibiótico, sin la supervisión correspondiente. El residente prescribió penicilina; ya en piso, la enfermera del turno vespertino iba a aplicar el antibiótico; la paciente preguntó respecto al medicamento que le iba a administrar, la enfermera confirmó el medicamento, en ese momento la paciente manifestó que era alérgica a la penicilina, y suspendió su aplicación, sin hacer las anotaciones pertinentes o avisar al Médico responsable. Durante el turno nocturno otra enfermera aplicó el medicamento; en esta ocasión, la paciente se encontraba dormida, presentó inmediatamente datos de choque anafiláctico y muerte.

En este caso –de los mas comunes respecto a alergias a medicamentos– se ponen de manifiesto las dos conductas, por acción: el Médico residente por indicar un medicamento sin investigar los antecedentes alérgicos, y la enfermera del turno nocturno por no aplicar el medicamento correcto, aunque en este caso seguía una indicación del Médico tratante. Respecto a la omisión, el Médico adscrito omitió supervisar al Médico residente, y la enfermera del turno vespertino omitió realizar las anotaciones en el expediente clínico o avisar al Médico tratante para que la indicación fuera modificada, y así evitar el desenlace.

Es importante señalar que dentro del quehacer diario de los Galenos y sus auxiliares existen múltiples iatrogenias, mismas a saber:

IATROGENIA QUIRÚRGICA.- Es el resultado negativo secundario a un procedimiento quirúrgico, generado por descuido, desconocimiento, o falta de destreza, independientemente a una condición inherente al paciente y a las condiciones de los tejidos propios de la patología, que pueden favorecer accidentes.

Como ejemplo de lo anterior tenemos:

Una paciente femenina de 24 años de edad con embarazo de término y ruptura prematura de membranas, ameritó cesárea, su evolución en el postoperatorio inmediato fue aceptable y fue egresada del Hospital; inmediatamente presentó dolor abdominal, loquidos fétidos, e hipertermia. Acudió al hospital donde se mantuvo en observación 48 horas persistiendo la sintomatología, con leucocitosis de 23 000. En la exploración física se detectaron datos de irritación peritoneal; se indicó laparotomía exploradora con los siguientes hallazgos: apendicitis y salpingitis derecha; el cirujano realizó apendicectomía y salpingooforectomía derecha. La evolución fue tórpida con datos de sepsis, 72 horas después, nuevamente se practicó laparotomía exploradora, en esta ocasión se identificó endometritis, motivo por el cual se practicó histerectomía la paciente evolucionó con datos de choque séptico y falleció. El informe histopatológico del apéndice cecal fue periapendicitis; en el útero se identificó endometritis abscedada.

Del análisis de este caso se desprende que el primer procedimiento quirúrgico fue erróneo, pues la paciente tenía antecedentes de cesárea por ruptura prematura de membrana, cuadro clínico compatible con endometritis; sin embargo, al practicar la primera laparotomía se justificó el abdomen agudo por la presencia de inflamación del apéndice, lo que propició la persistencia del foco infeccioso (útero). Y cuando éste fue extirpado la paciente presentaba datos de choque séptico irreversible. De tal suerte que el criterio quirúrgico equivocado, condujo al desenlace.

IATROGENIA FARMACOLÓGICA.- En la medida que han ido apareciendo nuevos fármacos han surgido también nuevos efectos adversos, se ha planteado que no existe ningún medicamento absolutamente seguro, a pesar de lo cual la sociedad contemporánea confía más en las medidas terapéuticas. Cada vez hay más medicamentos, lo que favorece la confusión de quien prescribe. El uso combinado de estos aumenta la posibilidad de iatropatogenia por sinergismo o antagonismo farmacológico, veamos:

Una paciente cursaba con acné severo, condición que motivo a su Médico

a indicar roacutam, la paciente se embarazó. Al acudir a control prenatal, informó a su Médico familiar tal situación, quien no realizó el cambio en la prescripción; al nacimiento del producto se detectó cardiopatía congénita.

El desconocimiento de la farmacología impidió al Médico considerar que este medicamento tiene efectos teratogénicos, para así tomar decisiones y evitar las secuelas.

IATROGENIA DIAGNOSTICADA.- Como consecuencia de una pobre semiología y exploración física superficial se puede establecer un diagnóstico erróneo con el tratamiento equivocado, que generará consecuencias.

Una paciente de 46 años de edad le fue practicada colecistectomía por litiasis vesicular; en el postoperatorio inmediato curso en forma satisfactoria, sin embargo, dos semanas después de su egreso presentó dolor abdominal intenso en hipocondrio derecho, además de ictericia, acudió con su Médico tratante, quien encontró a la paciente angustiada, inquieta, con cierto grado de hiperventilación, el Galeno estableció el diagnóstico de neurosis conversiva, indicó analgésico y la derivó al psiquiatra.

La paciente acudió con otro facultativo quien realizó valoración clínica exhaustiva, y auxiliares de diagnóstico, detectó litiasis residual en colédoco por lo que fue necesario practicar nueva intervención quirúrgica.

Evidentemente el dolor es totalmente subjetivo, lo que hace imposible confirmar su presencia y su intensidad, sin embargo, la ictericia era un signo objetivo que fue pasado por alto y se estableció un diagnóstico erróneo.

IATROGENIA POR AUXILIARES DE DIAGNOSTICO.- Una paciente presentó nodulación mamaria, la biopsia por aspiración demostró "neoplasia maligna"; por carecer de recursos, acudió a otra institución, en donde, sin realizar protocolo de estudio completo ni confirmar el diagnóstico le practicaron mastectomía radical modificada. El informe definitivo de la pieza quirúrgica no evidenció malignidad.

IATROPATOGENIA INVASIVA.- Todos los procedimientos invasores tienen un potencial mas o menos elevado de ocasionar una reacción adversa. Muchos de los problemas antes citados se podrían haber evitado si se hubieran aplicado medidas muy simples de precaución.

Una paciente presentaba datos de claudicación en la extremidad superior derecha, clínicamente y por auxiliares de diagnóstico se consideró síndrome de secuestro de la arteria subclavia. Para establecer el diagnóstico de precisión se indicó arteriografía, procedimiento que fue realizado sin aparentes complicaciones, la paciente subió a piso, refiriendo dolor en extremidad inferior derecha, la revisión consistió en valorar las condiciones de la pierna, estableciendo el diagnóstico de trombosis en dicha extremidad, se planteó resolución quirúrgica, sin embargo, desde su ingreso a quirófano la paciente se encontraba con hipotensión acentuada, las condiciones generales se fueron deteriorando, detectaron hipoventilación severa, la radiografía mostró opacidad total del hemotórax derecho, la toractomía demostró hemotórax de 4,200 mL, así como infiltración hemática en aorta mediastino, la paciente falleció antes de identificar el sitio de la perforación arterial.

IATROPATOGENIA EN CASCADA.- Se ha denominado así a una serie de eventos ligados uno a otro y todos ellos llevan implícita una acción iatropatogénica. Muchas ocasiones hemos escuchado “que mala suerte tiene este paciente, todo se le complica”.

Paciente femenina en tratamiento por presentar hemorragias disfuncionales, ameritó legrado uterino, durante el cual el Médico detectó hemorragia, practicó laparotomía, identificando perforación uterina, la cual fue reparada con histerorrafia. La evolución postoperatoria fue tórpida con datos abdominales, reintervenida al cuarto día de su intervención quirúrgica se identifico perforación intestinal que fue considerada como secundaria a salmonelosis. Cinco días después se practicó nueva cirugía por oclusión intestinal. Cursó además con infección de herida quirúrgica, absceso hepático y neumonía. Por las condiciones de sepsis fueron utilizados aminoglucósidos dentro del tratamiento antibiótico, que produjeron datos de insuficiencia renal, así como hipocausia, la cual fue

irreversible.

Fue manejada en terapia intensiva, con mejoría lenta y egreso.

Finalmente la iatropatogenia se puede clasificar en necesaria e innecesaria.

IATROPATOGENIA NECESARIA.- Esta condición se presenta aun bajo el conocimiento del Médico, respecto a producir un efecto adverso para el paciente, pero por otro lado, resulta indispensable para la solución de la patología.

El síndrome de *Cushing* consecutivo a la administración prolongada de esteroides en casos de lupus o linfomas es evidente iatropatogénico, pero el enfermo deberá ser informado de que sino recibe esteroides seguramente morirá a corto o mediano plazo, en tanto si los recibe mejorará y probablemente se controlará aun que aparezca el *Cushing*.

Otro ejemplo es la utilización de la quimioterapia, la cual producirá caída del pelo y alteraciones digestivas, sin embargo, es necesaria en el manejo de algunas neoplasias.

En conclusión, sí bien es cierto, que el riesgo de un error es una constante que acompaña a la participación humana en cualquier actividad, también lo es que para hacer menos probable el error, los profesionales deberán renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, establecer una buena relación Médico-Paciente basada en la comunicación total, aplicar preponderantemente el método clínico y utilizar todos los medios de diagnóstico a su alcance que crean adecuados, sabiendo interpretarlos y utilizarlos en beneficio del enfermo.

LA NEGLIGENCIA.

Iconográficamente representada por una mujer desaliñada, recostada junto a un reloj caído, la negligencia equivale a descuido y omisión. Jurídicamente, puede interpretarse como falta de la debida diligencia en el cuidado indispensable

en la ejecución de un acto determinado.

La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o la profesión, esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o a la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace. Que teniendo la pericia, es decir, los conocimientos y la capacidad necesaria, no se pongan al servicio en el momento en que se necesitan. En resumen la negligencia es lo contrario al sentido del deber.

A la negligencia también se le puede definir como la falta de adopción de las precauciones debidas, sea en actos extraordinarios, sea en los de la vida diaria. Es un “hacer menos”, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es negligente el que no guarda la precaución necesaria o tiene indiferencia por el acto que realiza; el que actúa con descuido u omisión de la diligencia debida. Es la forma pasiva de la imprudencia y, por consecuencia, comprende el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observancia hubiera prevenido el resultado.

Un caso frecuente de negligencia en el ejercicio de la cirugía consiste en el olvido de retirar instrumentos o gases del campo de la operación.

LA IMPERICIA.

En cuanto a la impericia en el arte o profesión, comprende los actos que se ejercen con ignorancia de las reglas respectivas. Es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importe un desconocimiento de los procedimientos mas elementales, verbigracia es el caso de los Médicos que dan un diagnóstico evidentemente equivocado o comete fallas de técnica operatoria, pero no cuando el hecho proviene de convicción científica.

Dicho de otra manera, existe impericia cuando en determinada situación el Galeno no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones, con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

MAL PRAXIS.

La praxis médica, en sus distintas modalidades, se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del enfermo y los principios racionales del arte médico. Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional, queda configurada la mal praxis.

El Black's Law Dictionary define a la mal praxis como "la omisión por parte del Médico, de prestar apropiadamente los servicios a que esta obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a éste."¹¹ Así la mal praxis tiene dos partes esenciales: una, que el Médico deje de cumplir con su deber, y otra que, como consecuencia de ello, cause un perjuicio definido al paciente. Resulta difícil involucrar dentro de una fórmula general toda forma de conducta inadecuada, pero lo cierto es que el no ceñirse a las normas esperadas –derivándose de ello un perjuicio– hace al Médico legalmente responsable de su conducta y de los daños ocasionados.

LEX ARTIS.

Las demandas por mala praxis –la omisión por parte del Facultativo, de prestar apropiadamente los servicios a que esta obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a éste– en el caso de lesiones, homicidio y aborto, dependerá para su procedencia y estimación, de una serie de factores que jugando armónicamente no puedan ser coonestados –de apariencia buena a una acción que no es– por la observancia estricta de las postulaciones correspondientes a la lex artis.

La lex artis es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la "*veterata consuetudo*" y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica.

¹¹ Yungano, Ricardo. *Ob cit.* p. 62.

La valoración que se haga de tales reglas señalará responsabilidad o no, reputándose como insustituibles y de estricto cumplimiento para la neutralización de cualquier imputación a título de culpa, cuando no de dolo –tema en el cual se profundizará en el capítulo supra–.

El sometimiento a tales prescripciones no puede ser sino irrestricto y su trasgresión obliga a hacer válida la imputación pertinente.

Cuando se va a afrontar una intervención quirúrgica el paciente conoce las cualidades o antecedentes del Médico que ha de intervenirle –o debería saber–. Esta es la razón de la consulta originaria –generalmente– y de conformidad posterior para la intervención. Significa ello el reconocimiento a una idoneidad o capacidad que el Galeno le significa y proporciona.

Al responder con conocimiento del arte y ciencia, en ese momento de la concreción, queda evidenciada aquella idoneidad exigida por el profesional, abstracción hecha del resultado que se obtenga, cuando una lesión a un deceso acaece, las exigencias así cumplimentadas son causales justificatorias de una intervención correcta, respondiendo a las exigencias formales y de fondo.

La citada idoneidad es de observancia de una conducta médica que se corresponda con la intervención quirúrgica practicada o a practicarse.

Es esencialmente de admisión el temperamento que acoge la idoneidad como presupuesto básico de la *lex artis*; la impericia –falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importe un desconocimiento de los procedimientos mas elementales– caracterizaría al hecho como ilícito y haría factible la incriminación culposa; los términos en debate establecen una clara oposición o antagonismo; la idoneidad aparece como factor de suficiencia y capacidad, y la impericia como aplicación de principios cuyo desconocimiento califican el hecho culposo.

El comportamiento médico se traduce así como el acogimiento de una

indiscutible pericia en el cometido profesional; los eventos ulteriores que no puedan ser imputados a aquel título y que se canalizan hacia la lesión o hacia la muerte del asistido, no pueden gozar de una influencia que no tienen; las peculiaridades complicatorias son las que producen la disminución física y no pueden ser atribuidas a la intervención profesional –sino previo análisis de todos los elementos o circunstancias que se desarrollaron–.

La *lex artis* y su sometimiento a ella implica también: total asepsia para su intervención: El medio donde se procederá a la intervención quirúrgica deberá de contar con un instrumental apto y competente para encarar el éxito aquélla. El entorno debe gozar de las mismas particularidades evitando toda perturbación a esta obligada asepsia; un quirófano que pueda advertirse como impropio apareja responsabilidad que se hace extensiva no sólo al Galeno sino a la Institución a la que pertenece o se practica.

De producirse el evento de la lesión o del deceso por inobservancia de preceptos reglamentarios y que hacen a la asepsia exigible con mayor razón en supuestos de intervenciones quirúrgicas, resulta inexcusable la responsabilidad emergente, eso no sólo para la institución médica sino exigible al equipo médico participante.

Es cuestión prioritaria que requiere la concentración de todo esfuerzo, enderezado al conocimiento insustituible de toda la sintomatología como asimismo las posibilidades que existen o necesidad de la intervención. Un meduloso examen que lleva al razonamiento de la cuestión médica planteada como así la recurrencia a elementos o presupuestos idóneos para la individualización correcta de la afectación, son cuestiones cuya producción no podrá eludirse como tampoco mezquinar los medios aptos para la dilucidación correcta de la emergencia.

Cuando las circunstancias no sean impeditivas, este presupuesto de la *lex artis* debe ser satisfecho en plenitud, pues con ello se logra la verdad e intensidad de la dolencia y facilita la elección de medios para la concreción operatoria.

2.2 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN

DIVERSAS MATERIAS.

El interés de estudiar al Médico como sujeto de responsabilidad penal surge, precisamente, de su propia condición, de la idoneidad que le es o que le debe ser propia, de la trascendencia social de sus funciones, de la responsabilidad que carga el Estado sobre sus espaldas.

La responsabilidad del Médico surge cuando el profesional, por dolo, imprudencia, negligencia, etc, ha ocasionado un daño en la persona de aquellos que han requerido sus servicios. Se dice que alguien es responsable cuando surge a su cargo cierta obligación frente a otra persona, como consecuencia jurídica de su conducta indebida. Desde la perspectiva clásica sobre esta cuestión, la responsabilidad aparece cuando se reúnen tres elementos, a saber, acto u omisión indebido, perjuicio producido y nexo causal entre aquellos y este.

Así las cosas podemos establecer a la figura jurídica de responsabilidad como genero, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del Médico como una sub-especie. La responsabilidad profesional se encuentra dentro de la teoría general de la responsabilidad y se sujeta a normas generales.

Es relevante, señalar que cuando hablamos de la responsabilidad profesional del Médico nos movemos dentro de diversos cuerpos de leyes: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Sustantiva Penal Federal, Ley Sustantiva Civil Federal, Ley General de Salud, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud, Ley General de Profesiones, Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre otras.

Al hablar de la figura jurídica de responsabilidad como genero, deberé de

precisar en primer término que el vocablo “*responsabilidad*” proviene del latín “*respondere*”, interpretable como estar obligado. Entre los muchos conceptos formulados al respecto, se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. En otro sentido, viene a ser la relación de causalidad existente entre el acto y su autor, o sea, la capacidad de responder por su resultado. En un sentido mas concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico.

De las anteriores definiciones y realizando un estudio de las mismas, puedo concretar que por responsabilidad debe entenderse como la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido o el daño causado a un tercero, por que así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, se desprenda de ciertos hechos ocurridos, o por la relación o la calidad de garante entre los sujetos.

Para el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, lo define de la siguiente manera: “Deuda, obligación de reparar de satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causas legales.”¹²

En este orden de ideas, es necesario señalar que la responsabilidad profesional, el sujeto activo cuente con una calidad específica, que es la de que el profesionista posea título o certificado de especialización debidamente expedido y registrado por la autoridad educativa competente; así; la ley General de Salud en su artículo 79 señala: “*Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas, y las demás que establezcan otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las*

¹² De la Garza Salazar, Jaime. “El Aspecto Civil de la Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos”. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Academia Nacional de Medicina. 1996. p. 19.

autoridades educativas competentes. Para el ejercicio de actividades técnicas y auxiliares que requieren conocimientos específicos en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, enfermería, laboratorio clínico, radiología, terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, prótesis y órtesis, trabajo social, nutrición, citotecnología, patología, bioestadística, codificación clínica, bioterios, farmacia, saneamiento, histopatológica y embalsamiento y sus ramas, se requiere que los diplomas correspondientes hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes”.

Bajo esta tesis el artículo 5º de la Ley Reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, cita: *“Para el ejercicio de una o varias especialidades se requiere autorización de la Dirección General de Profesiones, debiendo comprobarse previamente: 1. Haber obtenido título relativo a una profesión en los términos de esta ley; 2. Comprobar, en forma idónea, haber realizado estudios especiales de perfeccionamiento técnico-científico en la ciencia o rama de que se trate”.*

De lo contrario, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, establece: *“El hecho de que alguna persona se atribuya el carácter de profesionista sin tener título legal o ejerza los actos propios de la profesión, se castigará con la sanción que establece el artículo 250 del Código Penal vigente, a excepción de los gestores señalados en el artículo 26 de esta Ley”.*

De tal manera, el Médico que ejerza una especialidad y no cuente con la autorización de la Dirección General de Profesiones, comete el delito de usurpación de profesiones.

De acuerdo a lo establecido por el citado ordenamiento en su artículo 24 señala el concepto de *“ejercicio profesional”*, entendiéndose como la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aún que solo se trate de simple consulta o la

ostentación del carácter del profesionalista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro medio. No se reputa como ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

YUNGANO RICARDO en su obra “Responsabilidad Profesional de los Médicos” al citar a **GISBERT CALABUIG**, sobre el concepto de responsabilidad médica la conceptualiza como: “La obligación que tiene el Médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión.”

13

En otras palabras, el Médico que, en el curso del tratamiento ocasione, por su culpa, un perjuicio al paciente, deberá de ser responsable por los daños acaecidos, en este caso la integridad física, o inclusive de la propia vida.

Así las cosas, y al hablar sobre la responsabilidad del profesional Médico se ha percibido de diferentes maneras, **JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO**, sintetiza las teorías de la responsabilidad médica que han surgido en el curso de la historia. La primera predica una total irresponsabilidad del Galeno en sus actuaciones técnicas; la segunda, denominada de la “*culpa lata*”, implica que el Médico solo deberá indemnizar cuando incurra en aquella forma de culpa, finalmente, la tercera teoría, la cual sostiene que la responsabilidad del Médico cuando cometa faltas dentro de su ejercicio profesional.

Se considera que alguien es responsable cuando surge a su cargo cierta obligación frente a otra persona como consecuencia jurídica de su conducta indebida.

Desde la perspectiva clásica la responsabilidad aparece cuando se reúnen tres elementos, a saber: acto u omisión indebidos, perjuicio producido y nexo causal entre aquellos y éste.

2.2.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹³ Yungano, Ricardo. *Ob cit.* p. 36.

Una vez acotado el concepto de responsabilidad, conviene trasladarnos al campo del derecho civil, y como es que surge esta figura, y aquellos conceptos vinculados a este, sin embargo, mi propósito es examinar la responsabilidad penal en la práctica médica, no la civil; empero, es imposible excluir ésta de nuestras actuales consideraciones y difícilmente se entendería la responsabilidad penal sin abordar la civil, que encierra elementos necesarios para ambos espacios.

Al hablar de la responsabilidad, es aludir a ciertas consecuencias jurídicas, –como ya oportunamente he señalado– sin embargo esto nos coloca en el campo de las obligaciones. En los términos de la Ley Sustantiva Civil Federal las fuentes de las obligaciones son: el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los actos ilícitos y el riesgo profesional (artículos 1792 y siguientes).

Agregamos: la ley, que a su turno regula todas las figuras antes citadas. Pero para nuestro estudio solo poseen relevancia esta última, el contrato y el acto ilícito.

El contrato ocupa un lugar muy destacado entre las fuentes de las obligaciones. Se entiende por contrato al convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos, (artículo 1793 de la Ley Sustantiva Civil Federal de ahora en adelante se citara L.S.C.F.); mientras que por convenio se define como el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos (artículo 1792 de la L.S.C.F.). La relación entre un profesional que actúa por su cuenta –no así el empleado de un organismo público de salud o seguridad social– y la persona que lo requiere y recibe sus servicios es una relación contractual. Así, entre estos sujetos surge un vínculo regulado por el derecho, que trae consigo ciertas consecuencias para cada uno de ellos.

En materia de obligaciones es necesario primero revisar brevemente el concepto de capacidad, inherente a la personalidad jurídica y vinculado con nociones que revisten la mayor importancia para este estudio.

Al respecto existen dos vertientes de la capacidad jurídica: de goce y de ejercicio. La primera se resume en la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la segunda en la de realizar actos propios con eficacia jurídica.

Robustece lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial: *“Tratándose de la capacidad jurídica se distingue entre la de goce y la de ejercicio; la primera es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por consiguiente, es inherente e inseparable a toda persona, y la segunda consiste en la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces; dicha capacidad de obrar tiene casos de excepción específicos, como son la interdicción, la minoría de edad, la falta de personalidad, mismas que constituyen un impedimento para efectuar actos jurídicos por sí mismos, como comparecer a juicio a deducir sus derechos”*. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis: VI.2º. 150 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, enero 1998, página 1092, materia civil, precedente: Amparo en revisión 613/97, 09 de octubre de 1997, unanimidad de votos, ponente Carlos Loranca Muñoz.

Para que exista un contrato es preciso que se actualicen ciertos elementos, uno de ellos, cuya comprensión tiene suma importancia para el tema que ahora examinamos, es el consentimiento –elemento esencial o de existencia del contrato–. Éste implica la aceptación de obligarse y adquirir derechos, la cual a su vez, supone una información adecuada acerca de lo que se pretende y se admite, y una voluntad libre, no viciada, por parte de los sujetos de la relación jurídica. Si no hay consentimiento, no hay contrato, como tampoco lo hay si la relación jurídica carece de objeto: es decir, de aquello que se quiere, se busca, se conviene; lo que se debe dar o no dar, o bien en su caso, hacer o no hacer (artículo 1824 de la L.S.C.F.). Sería impensable –en el orden jurídico– un contrato sin objeto y sin consentimiento de las partes. Añadiría que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. (artículos 1812 y 1795 fracción II de la L.S.C.F.), y que el hecho positivo o negativo que sea objeto el contrato debe ser posible y lícito. (Artículo 1827 de la L.S.C.F.).

Una vez que las partes han consentido, el contrato es perfecto, a no ser

que la propia ley exija determinada formalidad, o incluso cierta solemnidad; y cuando el contrato se ha celebrado, obliga “a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley” (artículos 1796 y 1832 de la L.S.C.F.).

En un supuesto hipotético, el contrato se ha celebrado debidamente y produce todos sus efectos. Esto implica que las partes han contraído obligaciones y derechos: deben cumplir aquellas y pueden ejercer éstos. Sin embargo, cabe la posibilidad de que alguna de las partes –o ambas– incumpla el contrato, es decir, no atienda las obligaciones que tiene a su cargo en virtud del convenio.

De ahí surge una *responsabilidad civil* de carácter contractual, que aparece ejecución forzosa y, en su caso, indemnización por el daño causado, cuyas características y alcance también regula la Ley Sustantiva Civil Federal.

La responsabilidad contractual es aquella que tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir, la que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, que exige, en su caso de quedar incumplida, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, señala que la responsabilidad civil es “El nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros.”¹⁴

Para afrontar el incumplimiento, las partes pueden establecer en el propio contrato la llamada cláusula penal, que prevé “cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se efectuó de la manera convenida”; si se fijó, pues, una pena convencional, el acreedor puede exigir el cumplimiento del contrato o el pago de aquella; si ocurre lo segundo, la consecuencia del incumplimiento para el contratante omiso queda circunscrita a la

¹⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. “De las Obligaciones, Editorial Porrúa, México. 2000. p 35.

citada pena convencional. (artículos 1840 y 1846 de la L.S.C.F.).

Veamos ahora otra posibilidad que nos interesa mas para el presente estudio; no se cumple el contrato y no existe cláusula penal. En este supuesto, la Ley Sustantiva Civil Federal dispone: *“El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios”* (artículo 2104 de la L.S.C.F.), en la inteligencia de que el daño es “la perdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación” (artículo 2108 de la L.S.C.F.) –así el daño es condición *sine qua non* de la responsabilidad civil, para que exista ésta se requiere que exista culpa, daño, y la relación causal entre ambas– .

El acto ilícito es también fuente de obligaciones: *“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la victima”* (artículo 1910 de la L.S.C.F.).

La ley y el convenio son guía para acreditar la licitud o ilicitud de la conducta; también las costumbres, los usos, es decir, las prácticas amplia y rigurosamente aceptadas por los individuos como regla de su trato ordinario; y así mismo la buena fe, esto es, la probidad activa, que aconseja ciertos comportamientos y reprueba otros, tomando en cuenta las circunstancias y condiciones en que se vive o se trabaja. La actividad humana –y desde luego la especifica de los profesionales, en el ejercicio de su actividad– deben ajustarse a esos principios y normas; sino sucede así, se incurrirá en una contravención – ilicitud– o se violaran los usos o la buena fe que debieron observarse.

En fin de cuentas, el acto ilícito definido por **MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ**, es: “La conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente”.¹⁵

¹⁵ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob cit. p. 246.

Hasta aquí me he referido a las obligaciones derivadas de un convenio o de otras causas civilmente relevantes, también he citado que la relación entre un profesional independiente y quien solicita y recibe sus servicios suele ajustarse a la figura del contrato, denominado “prestación de servicios profesionales”.

Por lo que ahora corresponde exponer brevemente esta última figura, la cual es definida por **LOZANO NORIEGA** como: “Un contrato por virtud del cual una de las partes, llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de la otra, –a la podríamos denominar cliente–, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, y en ocasiones, un título profesional para su ejercicio”.

Conviene señalar que el contrato de servicios profesionales no es necesario que se realice por escrito, de manera detallada, basta el acuerdo tácito de voluntades. Esto sucede extensamente en el caso de la medicina, cuyos practicantes atienden a sus pacientes bajo la figura del contrato, sin que aquellos y éstos suscriban algún documento en el que consten recíprocas obligaciones y facultades. En el caso que nos ocupa, la ley no exige forma especial para la celebración del contrato entre un Médico y el solicitante de sus servicios, sin olvidar, por supuesto, que determinados actos médicos deben hallarse autorizados bajo formas estrictas. La posibilidad de que exista contrato sin que se hubiese pactado la retribución para el profesional a cambio de sus servicios, se desprende del artículo 2607 de la L.S.C.F.

Como he citado el paciente adquiere el derecho principal de recurrir al facultativo y recibir de este una atención ética y técnica adecuada, y el tratante, que debe brindar aquella atención esperada, tiene a su turno el derecho de recibir determinada contraprestación por sus servicios.

La mayoría de las disposiciones específicas de la Ley Sustantiva Civil Federal, sobre prestación de servicios profesionales se destina a regular los honorarios de los “profesores”, que es como denomina la citada ley, heredando la tradición de los ordenamientos precedentes, a quienes hoy llamamos

profesionales o profesionistas.

Finalmente, he de citar el artículo 2515: *“El que preste servicios profesionales solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito”*. Dicho precepto merece la atención de algunos comentarios, primero, existe un deslinde entre las responsabilidades penal y civil, que trae consigo una misma conducta ilícita. La civil reviste, por fuerza, carácter patrimonial, o se traduce en esta forma, y la penal acarrea otras consecuencias sancionadoras.

Bajo esta tesitura conviene señalar que el artículo 34 de la Ley Sustantiva Penal Federal, prevé la reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente y tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales. (...) Cuando dicha reparación debe exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitara en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

¿Quién tiene derecho a la reparación del daño proveniente de una conducta ilícita?

El artículo 30 bis de la Ley Sustantiva Penal Federal, establece que tienen derecho a la reparación del daño el ofendido, en caso de fallecimiento de éste, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

No debemos olvidar que la reparación del daño en materia penal, tiene su nacimiento en aquellas conductas relevantes y consideradas por el Legislador como punibles, por lo que no debemos perder de vista que en este tema se ventila únicamente la responsabilidad civil y sus diversas formas, así como las

consecuencias jurídicas de su incumplimiento, por lo que en líneas subsecuentes ahondara sobre el tema en el capítulo sobre teoría del delito.

2.2.2 LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad de los servidores públicos, en la vertiente que ahora nos interesa, es en atención a que la gran mayoría de los Médicos se encuentran adscritos a los Hospitales del Sector Público, y por ende aparecen regulados por el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual abarca, con amplitud las responsabilidades, ya sean de índole política – generadora del juicio de la misma naturaleza–, penal, administrativa, y civil.

Destaquemos que el servidor público –Médicos del sector público– pueden ser sujetos de más de un tipo de responsabilidad por una misma conducta. En este sentido se pronuncia la siguiente tesis jurisprudencial: *“El vínculo existente entre el servidor público y el Estado, acorde al sistema constitucional y legal que lo rige, involucra una diversidad de aspectos jurídicos en sus relaciones, entre los que destacan ámbitos legales de naturaleza distinta, como son el laboral, en su carácter de trabajador, dado que efectúa una especial prestación de servicios de forma subordinada, el administrativo, en cuanto a que el desarrollo de su labor implica el de una función pública, ocasionalmente el político cuando así esta previsto acorde a su investidura, y además el penal y el civil, pues como ente (persona), sujeto de derechos y obligaciones debe responder de las conductas que le son atribuibles, de manera que el servidor público le pueda resultar responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal, civil e inclusive político en los supuestos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la Constitución local correspondiente y así mismo laboral”*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, agosto de 1999, Tesis IV. 1º a. t. 16 a, Página 799, Materia Administrativa, tesis aislada. Precedente: revisión fiscal 31/99.

El artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, invoca los principios que han de regir la función de los servidores públicos: *“Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores*

públicos determinaran sus obligaciones, a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia en el desempeño de sus empleos, cargos y comisiones”.

Con el anterior fundamento, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de marzo de 2002, establece el ámbito subjetivo de validez de sus normas, es decir, señala quiénes pueden incurrir en responsabilidad administrativa: *“Los servidores públicos mencionados en al párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquéllas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales”* (artículos 2º y 46).

De conformidad a lo establecido por el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son sujetos de dicha responsabilidad los representantes de elección popular, los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal, “los funcionarios y empleados, y, en general (...) toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, (primer párrafo), y los Gobernadores de los Estados, Diputados a las Legislaturas locales y Magistrados de los correspondientes Tribunales superiores de justicia y en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales, tanto por violaciones a la Constitución de la República y a las Leyes Federales. “como por manejo indebido de fondos y recursos federales” (tercer párrafo).

Las obligaciones de los Servidores Públicos se hallan contenidas en el artículo 8º de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, las consecuencias por su inobservancia se hayan inmersas en el artículo 13 de la Ley en cita y se hacen consistir en amonestación privada o pública, suspensión del empleo cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal; el procedimiento para la aplicación por faltas administrativas se encuentra regulada en los artículos 21 y subsecuentes.

Desde luego existe otro conjunto de disposiciones en materia de faltas,

contenido en ordenamientos que miran específicamente el tema de la salud. Tales son los casos de la Ley General de Salud y de las Leyes de la materia en las entidades federativas; entre éstas, la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Bajo esta tesitura existen sanciones de carácter administrativo en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, que regula la creación, modificación, y observancia de las Normas Oficiales Mexicanas, –régimen que también debe acatar el profesional de la medicina, pues tiene carácter obligatorio (artículo 52) –.

A su vez el diverso artículo 112 señala: *“El incumplimiento a lo dispuesto en esta ley y demás disposiciones derivadas de ella, será sancionado administrativamente”*. Al respecto es importante señalar que éste precepto ha sido tachado de inconstitucional. En una tesis jurisprudencial se sostiene: *“El citado precepto viola garantías de legalidad y seguridad jurídica, pues si bien establece diversas sanciones que pueden imponerse con motivo de las infracciones que se cometan, sin embargo, omite establecer los parámetros necesarios que permitan a la autoridad determinar el tipo de infracción que da lugar a la imposición de las sanciones especificadas”*. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Noviembre de 1997, tesis P./J. 83/97, página 24, materia administrativa constitucional. Precedente: amparo en revisión 2362/96.

Y el artículo 112-A fracción I, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, estipula una multa de quinientas a ocho mil veces el salario mínimo cuando: “se contravengan las disposiciones contenidas en las Normas Oficiales Mexicanas” (inciso D).

Es imposible mencionar aquí todas las faltas consideradas en este sector del derecho administrativo; son muy numerosas y se hallan recogidas en diversos estatutos. La Ley General de Salud advierte que las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus Reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos” (artículo 416).

Las sanciones aplicables son amonestación con apercibimiento, multa, clausura temporal o definitiva –en ambos casos, parcial o total– y arresto hasta por treinta y seis horas (artículo 417).

Nos olvidemos que la sanción administrativa debe de imponerse mediante resolución debidamente fundada y motivada, dictada por autoridad competente, en la que deberá de tomar en cuenta los daños que se han producido o pueden producirse en la salud de las personas, la gravedad de la infracción, las condiciones socioeconómicas del infractor y la calidad de reincidente de éste, en su caso.

2.2.3 LA RESPONSABILIDAD LABORAL.

Nos encontramos frente a un derecho que no pertenece ni al derecho público, ni al derecho privado; se trata mas bien de un derecho social, es decir, un orden que aporta medios para corregir la desigualdad social y que reconoce derechos a ciertos agregados humanos.

Este derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismos que protegen a la clase trabajadora, es decir a aquellos que se encuentran en desventaja dentro de la lucha entre los factores de producción: el capital y la fuerza de trabajo. El derecho laboral protege la “energía de trabajo del hombre”.

El precepto que consolidó el carácter social del derecho laboral fue el artículo 123 Constitucional, cimiento del derecho de la clase trabajadora, al que deben sujetarse las normas secundarias de la materia. Es importante señalar que el artículo 5º de la Ley Federal del Trabajo fija los caracteres formales del derecho del trabajo: son normas de orden público, circunstancia que les otorga el carácter de derecho imperativo, lo que excluye la renuncia, por parte de los trabajadores, a sus derechos, beneficios y prerrogativas, es decir, la legislación del trabajo está dotada de imperatividad absoluta y son irrenunciables los beneficios que en ellas se consagran a favor de los trabajadores. Lo anterior, en virtud del carácter protector, de este derecho, que por otra parte es reflejado por **GARCÍA**

RAMÍREZ, SERGIO, al citar a **MARIO DE LA CUEVA**, en donde: “... en el deber impuesto a los trabajadores de exigir el respeto de sus derechos, y es así por que quien no hace respetar su derecho daña a la clase a la que pertenece.”¹⁶

Tómese en cuenta el principio consagrado en el artículo 18 de la citada Ley Federal del Trabajo, que impone la obligación de interpretar la ley conforme a la finalidad de las normas del trabajo –el equilibrio y la justicia social entre patronos y trabajadores–; en donde: “En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.”.

La relación que se establece entre el Estado y sus trabajadores, conocidos como servidores públicos, no deriva de la lucha de clases, pues el interés estatal debe de ser de la colectividad; por ello esta relación de trabajo no se encuentra regulada por la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, obviamente se trata también de un esfuerzo humano que debe quedar amparado por la ley. Por ello cuenta con una regulación específica depositada en el apartado B) del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, –reglamentaria de dicho apartado–.

NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL DEL MÉDICO.

Los servicios que brinda el Médico generalmente corresponden a la prestación de servicios profesionales –como lo he analizado en este capítulo–; sin embargo, en ocasiones pueden quedar abarcados en una relación individual de trabajo, conforme al apartado A) del artículo 123 de la Constitución Federal, es decir, “la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario” (artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo).

La subordinación diferencia la relación de trabajo de otro tipo de prestación

¹⁶ García Ramírez. *Ob cit.* p. 104.

de servicios. Así se entiende por ésta a la relación jurídica que se crea entre un trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa.

El Médico será un trabajador de confianza si desarrolla funciones de esta naturaleza, independientemente de la designación que se atribuya al puesto que ocupe. Dichas funciones se encuentran reguladas en el artículo 9º de la Ley Federal del Trabajo (son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento).

El Galeno –como he citado– no sólo puede estar vinculado a una relación laboral de carácter privado (trabajador-patrón) regulada por el Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo, sino también a una relación laboral que se establezca entre los “Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores” (Apartado B del citado artículo 123 de la Constitución Federal); este vínculo laboral ofrece rasgos propios. En esta hipótesis ya no reviste fundamental importancia la relación de subordinación, sino el nombramiento, o bien, que el trabajador figure en las listas de raya. Así, el trabajador es “toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales”, según el artículo 3 de la Ley Federal de los Trabajadores del Estado, ley aplicable para determinar la responsabilidad laboral de los servidores públicos, como son los Médicos que laboran en Hospitales del Sector Público (Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Hospital General de México, entre otros).

Bajo el régimen de esta ley, se distingue también entre trabajadores de base y de confianza. Contrariamente a lo que sucede en la Ley Federal de Trabajo, son trabajadores de confianza –también denominados funcionarios– aquéllos cuya función se encuentre expresamente señalada en la ley con ese carácter artículo 123 Apartado B).

Bajo la óptica del derecho burocrático –sistema de normas que estudian o regulan la relación entre el Estado y los servidores públicos, derivada ésta de la capacidad de acción, denominada función pública–¹⁷ las obligaciones de los servidores públicos se contempla en el artículo 44 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que de manera general incluye deberes de diligencia, obediencia, legalidad, discreción, puntualidad, observancia de buenas costumbres, abstención de propaganda en los lugares de trabajo, y capacitación. Con base en lo anterior, la responsabilidad en que incurra el trabajador podrá acarrear el término de la relación laboral, siempre que cometa faltas de probidad, honradez o moralidad, o cuando se muestre imprudente, negligente o descuidado, revele secretos, desobedezca ordenes, destruya objetos relacionados con el trabajo, falte por más de tres días consecutivos a su trabajo sin causa justificada, o asista habitualmente bajo el influjo de alcohol o de alguna droga, incumpla las condiciones generales de trabajo, o este sujeto a prisión decretada en sentencia firme. (Artículo 46).

También podría darse la suspensión temporal de las relaciones laborales, cuando se presenten las siguientes causas: que “el trabajador contraiga alguna enfermedad que implique peligro para las personas que trabajan con él” o bien, “la prisión preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria o el arresto impuesto por autoridad judicial o administrativa, a menos que, tratándose de arresto el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, resuelva que debe tener lugar el cese del trabajador” (artículo 45).

2.2.4 LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La cual es el objeto de esta tesis, y aquí solo comentare algunos aspectos, toda vez que el mismo se desarrollará en el capitula *supra*.

Sin embargo citare que dicha responsabilidad atañe conductas más lesivas o peligrosas en que puede incurrir un profesional de la Medicina –trátese de un particular o de un servidor público–, y por eso mismo entraña medidas de reacción muy severas: las más intensas de que dispone el control jurídico. En el

¹⁷ Martínez Morales, Rafael I., “Derecho Burocrático”. México. Harla, 1999, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, vol. 5. p.30.

ius puniendi se despliega todo el poder punitivo del Estado, ahí se manifiesta, en su máximo rigor, el monopolio de la fuerza –la violencia– que corresponde al Estado: es una forma de fuerza abrumadora, legitimada, que menoscaba o suprime bienes personales de suma importancia.

La responsabilidad penal se sustenta, dicho sea de forma sintética, en la conducta ilícita mas grave que puede desplegar una persona: el delito, y trae consigo reacciones jurídicas extremas, si se les compara con las inherentes a la responsabilidad civil, administrativa o laboral. En el catalogo de estas reacciones, llamadas penas y medidas de seguridad, mismas que se consagran en el artículo 24 de la Ley Sustantiva Penal Federal, figuran sanciones como la prisión, que hoy en día es la más importante y la más frecuente prevista por las leyes de la materia, aunque existan vientos favorables al relevo general o particular de la prisión por otras sanciones menos graves y más útiles, social e individualmente.

CAPITULO III.

TEORÍA DEL DELITO SOBRE HOMICIDIO, LESIONES Y ABORTO, Y SU AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

3.1 CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos mas antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyeron un obstáculo, para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuere éste hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

Así las cosas, del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación a un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras que la segunda lo identifica como una acción antisocial y dañosa.

RAFAEL GARÓFALO, estructura su concepto de delito desde una perspectiva natural, viendo en él una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad para la adaptación del individuo a la sociedad. Sin embargo, tal concepto ha recibido múltiples críticas. Aunque **GARÓFALO** trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera que no estuviera sujeto a la

constante variedad de su estimativa según la evolución histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto resultó estrecho e inútil.

FRANCISCO CARRARA, con su concepto de “ente jurídico” distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes. Lo consideró como: “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. De esta definición destaca, como esencial, que el delito es una violación a la ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no dictada precisamente por el Estado, con lo cual separa, definitivamente, la esfera de lo jurídico de aquellas otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos. Al precisar que tal violación debe ser el resultado de un acto externo del hombre, **CARRARA**, excluye de la tutela penal al pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado por el ser humano, único dotado de voluntad, acto dotado de naturaleza positiva o negativa, con lo cual incluye en la definición de actividad o inactividad, el hacer o el no hacer, en fin la acción o la omisión, formas de manifestación de la conducta. La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación de dañosa (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada.

3.1.1 DEFINICIÓN JURÍDICA DE DELITO.

Aunque en algunas Leyes Sustantivas, como la Federal, se ha pretendido dar una definición del delito, la cual se hace consistir en el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7), tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delito. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición una síntesis incompleta.

En efecto, el citado artículo 7, precisa el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado integrando así un hecho. La conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta –resultado– nexo causal) deben estar amenazados de una sanción penal (“acto u omisión que sancionan las leyes penales”); así, de la propia definición surge el elemento Punibilidad ya referido.

Como bien señala **MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, en la definición del precitado artículo 7, hállase implícito el elemento culpabilidad, formulado expresamente en el artículo 8 de la Ley Sustantiva Penal Federal, cuando precisa que las acciones delictivas solamente pueden realizarse dolosa y culposamente.

No menos importante es señalar que la palabra delito deriva del verbo latino “delinquere”, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero de la ley.

Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, adhiriéndome, por tanto, a un criterio pentatómico, por cuanto considero –al igual que muchos autores– son cinco sus elementos integrantes: a). Una conducta o un hecho; b). la tipicidad; c). la antijuridicidad; d). la culpabilidad y e). la Punibilidad.

FRANZ VON LIZT señala que el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena. **ERNESTO VON BELING** lo define como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.

EDMUNDO MEZGER lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto al cual se adhiere **CARLOS FONTÁN BALESTRA**; mientras que **MAX ERNESTO MAYER** el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

JIMÉNEZ DE ASÚA, estima al delito como un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción.

3.1.2 EL HECHO COMO DELITO.

Como sabemos el delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social. Por ello, en el campo del derecho penal, se identifica el término “hecho” con el delito mismo dándosele, igualmente, una connotación diversa, en sentido restringido como elemento del delito. Para **CAVALLO**, cita que el término “hecho” posee dos significados, uno amplio, por el cual es considerado como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma, y otro, en sentido estricto o técnico, por el cual sólo se refiere solamente a los elementos materiales del tipo.

Por su parte **PAVON VASCONCELOS** al citar a **PANNAIN**, subraya que por hecho se entiende: “Al delito en el conjunto de sus elementos tanto objetivos como subjetivos.”¹, distinguiendo el hecho como delito del acto como una parte del mismo. El criterio anotado parece ser un punto de vista general aceptado por los autores. El delito cita este autor “es un hecho jurídico que se encuentra comprendido dentro de la categoría de los hechos jurídicos voluntarios. **ANTOLISEI** expresa que delito es, en todo caso, un hecho realizable en el mundo exterior; “en el delito, por consiguiente existe indefectiblemente, un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual del derecho, aquél no es concebible.”²

Así las cosas, en suma y desde un punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo, a tal proceder se suma, en algunos casos, un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, el cual, al encuadrar en la hipótesis legal, se dice resulta típico. Por tanto, en una prelación lógica, primero existe la conducta o el hecho y después la tipicidad; a continuación tiene lugar la calificación que se hace sobre la

¹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 181

² *Ibidem.*

conducta o hecho típico, bien en el plano puramente objetivo o en un estrado de valoración subjetiva, para por último, determinar la integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores.

3.1.3 CONCEPCIÓN TOTALIZADORA Y ANALÍTICA DEL DELITO.

Dos corrientes opuestas pretenden establecer el criterio privatista del estudio del delito. La concepción totalizadora o unitaria ve en él un bloque monolítico imposible de escindir en elementos; el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia. La concepción analítica o atomizadora lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento. Yo al igual que la mayoría de los autores aceptamos la segunda acepción, la cual sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos, pues bien cita **JIMÉNEZ DE ASÚA**, sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción y omisión sancionadas por las leyes.

Para el citado autor el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, por que su esencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho; llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella.

CELESTINO PORTE PETIT precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Asimismo niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y, aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión, y a la cual me adhiero, es hablar de una prelación lógica, “habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concorra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concorra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, por que ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro

elemento exista.”³

Una vez acotados el concepto jurídico de delito, definido los conceptos totalizador y analítico del delito, –ésta última la cual comparto y que será la metodología a seguir en el desarrollo de este capítulo– conviene señalar que los conceptos subsecuentes serán en base a la propuesta hecha en la presente tesis, titulada “La Necesidad de Creación de un Tipo Autónomo de la Responsabilidad Profesional Médica”; lo anterior obedece a la gran variedad de estudios hechos sobre homicidio, lesiones y aborto, para ello, se analizara desde el punto de vista de los conceptos fundamentales señalados en el capítulo que nos antecede, proponiendo la inclusión de los mismos para su creación, sin perder de vista su aspecto teórico y realizando el estudio dogmático de los mismos; proponiendo la adición de los artículos 293-Bis, 302-Bis, 315-Bis I, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 293-Bis.- Si las lesiones fueron causadas por un Médico, Enfermero o Residente como consecuencia de algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis, previo dictamen pericial emitido por dos especialistas, a un paciente, si la lesión no pone en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince días, se le impondrá de seis meses a un año de prisión, o de cincuenta a cien días multa, o ambas sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de un año a tres años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Sí la lesión perturba para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales se le impondrá de cinco a ocho años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

Si de la lesión inferida resulte una enfermedad segura o incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de

³ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 167.

una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o la pérdida total de algún sentido o impotente o con deformidad incorregible, se le impondrá una pena de ocho a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa.

De igual manera se les aplicara suspensión para el ejercicio de su profesión igual a la pena privativa de libertad a los sujetos activos de los delitos en cita.

Artículo 302-Bis.- Si el homicidio, lo causare un Médico, Enfermero, Residente y/o quien haya participado de manera directa en la atención médica del paciente y se determine por dictamen pericial emitido por dos especialistas, algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis medica se la aplicara la sanción que contempla el artículo 307.

Artículo 315-Bis I.- Para los efectos de lesiones y homicidio resultante de la practica médica se entiende por iatrogenia al daño inferido al paciente por tratamiento médico; mal praxis a la omisión por parte del Médico, Enfermero o Residente de prestar apropiadamente los servicios a que esta obligado en su relación profesional con su paciente; la lex artis se define como el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico, ético en el tratamiento médico.

Respecto al **aborto** es necesario citar la hipótesis normativa contenida en el artículo 330 de la Ley Sustantiva Penal Federal, mismo que a la letra cita: “Al que hiciere abortar a una mujer se la aplicara de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando faltare el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión.”.

En concordancia a lo antes citado y con relación al tema fundamental materia de la presente tesis destaca lo establecido en el artículo 331 del ordenamiento punitivo en cita, el cual es del tenor siguiente: “Sí el aborto lo

*causare un médico, cirujano o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión". Por lo cual **considero que este tipo penal debe quedar intocado por lo que hace a la propuesta de esta tesis.***

Una vez que han quedado delimitadas las hipótesis normativas, procederé a realizar el pertinente estudio analítico y dogmático de los mismos, no sin antes mencionar que actualmente la Ley Sustantiva Penal Federal establece que la responsabilidad profesional es considerada como un agravante a la pena, como lo menciona el artículo 228 de la precita Ley Punitiva Federal, mismo que es del tenor siguiente: *"artículo 228.- Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso: I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos".*

Robustece lo anterior el criterio sostenido nuestro máximo Tribunal en las siguientes tesis:

Octava Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: X, Noviembre de 1992. Página: 306.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. CIRCUNSTANCIA AGRAVADORA Y NO TIPO PENAL AUTÓNOMO. El análisis del contenido del artículo 228 del Código Penal Federal, lleva a la conclusión de que no contiene los elementos de un tipo penal autónomo, sino que describe una circunstancia personal del sujeto activo, como lo es la profesión, y a virtud de ello la procedencia de una penalidad accesoria en caso de resultar responsable de la que correspondiera al delito que

resultara consumado, por lo que más que estar en presencia de un tipo delictivo autónomo, se está ante una circunstancia agravadora.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 194/91. Carmen Vázquez Badillo. 15 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jorge Luis Silva Banda. Amparo en revisión 191/91. Carlos David Ángeles Weintraus. 15 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jorge Luis Silva Banda.

“MÉDICOS, AGRAVANTES DE LA PENA EN OTRO DELITO COMETIDO POR LOS. Y NO DELITO AUTÓNOMO.- El artículo 228 del Código Penal Federal mas que la expresión de un delito autónomo contiene la descripción de una circunstancia agravadora de la penalidad ordinaria correspondiente al delito que resulte consumado, lesiones, homicidio, aborto, abandono de enfermos, etc., pues la suspensión para ejercer la profesión de médico, tanto esta considerada en el artículo 60 que sanciona los delitos imprudenciales, como en el artículo 228, por lo cual no puede sustentarse que se esta en presencia de dos tipos de delito; uno cometido por imprudencia y el otro intencional, si el segundo propiamente no contiene elementos de un tipo penal, y si una circunstancia que hace una agravación de la pena”.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª. Parte Segunda Página: 108. Amparo Directo 4635/79.

Bajo este orden de ideas, es menester señalar los conceptos o definiciones jurídicas y doctrinales para los ilícitos de homicidio, lesiones y aborto, lo cual nos permite acercarnos y comprender la valía de los bienes jurídicos que tutela, y su trascendencia y relación con los practicantes de la Medicina y su enorme responsabilidad.

Para el caso de homicidio, se han elaborado un sin fin de conceptos y definiciones, para **ANTOLISEI**, el homicidio es: “La muerte de un hombre ocasionado por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el

concurso de causas de justificación”.⁴

Para definir al homicidio basta referirse al elemento material, o sea, “al hecho: privación de la vida”. Por ello me parece acertada la opinión de **PORTE PETIT, CELESTINO** al citar a **MAGGIORE**, cuando dice: “El homicidio es la destrucción de la vida humana”.⁵

La ley Sustantiva Penal Federal, en su artículo 302, establece: “*Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro*”.

Robustece lo anterior el siguiente criterio:

HOMICIDIO, DELITO DE. Conforme al derecho penal, comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, es decir, la acción del agente le es reprochable estando referida a una consecuencia jurídico de punibilidad, cuando en la total consumación exterior del tipo no se da una circunstancia excluyente del injusto o una circunstancia modificativa del mismo, para los efectos de la penalidad de la acción. Ello quiere decir, que el delito es ante todo acción típica, antijurídica y culpable.

Amparo penal directo 6733/46. Por acuerdo de la Primera Sala, en fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 9 de febrero de 1954. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXIX. Página: 885.

Respecto al ilícito de lesiones, en el citado ordenamiento punitivo, en su artículo 288 se establece: “Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en

⁴ Porte Pettit Candaudap Celestino. Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal. México, Porrúa. p. 08.

⁵ *Ibidem.*

el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por causa externa”.

La lesión por definición legal, es toda alteración en la salud y cualquiera otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa, es decir, la definición envuelve como presupuesto indispensable, la actualidad y realidad del daño, sobre lo que debe de estructurarse indefectiblemente la clasificación legal de la lesión, para el efecto de la penalidad a imponer.

Por lo tocante al aborto nuestra Ley Sustantiva lo define en su artículo 329 como *“la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”*.

Para **DE PINA, RAFAEL**, en su obra **“DICCIONARIO DE DERECHO”**, lo define: “Es la muerte del feto mediante la destrucción en el seno de la madre o por su expulsión prematura, provocada por cualquier medio interno o externo, mecánico o químico”.⁶

Aborto es la interrupción intencional o culposa del proceso fisiológico, de la gravidez con supresión del embrión o muerte del feto.

Una cuestión altamente debatida es la relativa al derecho a la vida. A su alrededor surgen diversos temas, como el sexo, la natalidad, la condición del ser concebido, el nacimiento, la posibilidad de interrumpir el embarazo no deseado, la educación, etc.

Ante el hecho de la concepción con independencia de los motivos de la relación sexual en que se originó, puede surgir la inquietud de interrumpir el proceso de la gestación, es decir, de acudir al aborto. Hay casos en que el embarazo es deseado, otros en que es resultado de un simple proceso natural ajeno a la voluntad consciente de quienes tuvieron la unión.

⁶ De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, México. p. 18.

3.1.4 EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO.

Sólo el hombre es sujeto activo del delito, por que únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (coparticipación).

Bajo esta tesitura, el artículo 13 de la Ley Sustantiva Penal Federal, establece: “Son autores o partícipes del delito: Fracción I.- Los que acuerden o preparen su realización. Fracción II.- Los que lo realicen por sí. Fracción III.- Los que lo realicen conjuntamente. Fracción IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro. Fracción V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo. Fracción VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión. Fracción VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos citados en las fracciones VI, VII y VIII, se le aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.” (hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso de acuerdo a la modalidad respectiva).

Respecto al sujeto pasivo se le conoce como al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. También se le denomina como al titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que recibe el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo u ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; ejemplifica lo anterior en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de su vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

Así las cosas y en atención al estudio dogmático **el sujeto pasivo** lo es para el caso de lesiones por responsabilidad profesional médica el paciente, para el caso de homicidio lo es el occiso y el ofendido sus familiares, para el caso de aborto es el producto de la concepción.

En el caso de *homicidio y lesiones causados o generados por un Médico, Enfermero o Residente*, **el sujeto activo** son los antes citados, o mejor dicho estamos en presencia de una calidad específica del sujeto activo, es decir se exige la concurrencia de una determinada cualidad o relación personal de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos.

Tratándose del aborto y en atención a lo establecido en el citado artículo 330 de la Ley Punitiva Federal, sí existe consentimiento de la madre estaremos en presencia de lo establecido en el artículo 13 fracción III, el cual habla de quienes son autores o partícipes del delito; y es aquí donde de igual forma existe una calidad específica que es que la mujer se encuentre embarazada o preñada.

Cobra relevancia el siguiente criterio sostenido por nuestro máximo Tribunal:

ABORTO. IMPRUDENCIA. Si la muerte de la ofendida se debió a tratamiento obstétrico, consecuencia de las maniobras abortivas que realizó el acusado en sus órganos genitales, aun suponiendo que la condición orgánica de la víctima hubiera contribuido a su deceso, no puede fundadamente estimarse inexistente el nexo de casualidad entre la conducta y el resultado, ya que en el orden natural y a pesar de la concurrencia de concausas, que adquieren la categoría de condiciones, las citadas maniobras abortivas constituyen una condición más que, en concurrencia con las demás, llevó al resultado de muerte. En estas condiciones la conducta sigue teniendo eficacia causal en el resultado de muerte. Por otra parte, la esencia de la culpa radica en la previsibilidad del efecto nocivo, que es de naturaleza prevenible. De ahí que pueden estimarse como elementos constitutivos del delito culposo: a) un acto inicial voluntario; b) un resultado comprendido dentro de un tipo penal determinado; c) ausencia de

intención delictuosa; d) relación casual entre el acto voluntario inicial y el resultado; e) falta de previsión del resultado y f) naturaleza previsible del evento. Y la forma en que se realizaron las maniobras abortivas y los datos que arroja el certificado de autopsia son por sí mismos suficientes para concluir en que el procesado obró con negligencia, es decir con descuido y falta de atención, sin prever el resultado previsible y evitable y, además con impericia, si el certificado aludido está demostrando que carecía de la capacidad técnica necesaria, por deficiencia, para realizar la referida intervención.

Amparo directo 2766/57. Carlos Bonavides Pérez. 11 de noviembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, XVII. Página: 9.

3.1.5 EL RESULTADO.

El resultado, en su más amplia acepción consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. Dentro de tan amplio concepto, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar, positivo o negativo, como los efectos producidos.

En un sentido más restringido, el término resultado debe separarse de conducta para aludir, exclusivamente, a las modificaciones que la misma produce en el mundo fenomenológico. Tal idea fundamenta la definición de **MAGGIORE**, quien al ser citado por **PAVON VASCONCELOS**, afirma que el resultado es; “El efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa.”⁷ Semejante criterio es adoptado por **BATTAGLINI**, para quien “el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o negativa del agente”.⁸

⁷ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 205.

⁸ *Ibidem.*

Es menester señalar que los múltiples efectos que, con su conducta, puede producir el hombre en el mundo exterior, no constituyen todos ellos un resultado para el derecho; sin embargo, si serán relevantes aquellos para la integración del tipo. Bajo esta tesitura y aceptando la expresión de **MAGGIORE**, he de reconocer que el resultado es la consecuencia de la acción u omisión, que la ley considera decisiva para la realización del delito; o lo que es lo mismo, la realización del tipo fijado en la ley, o como cita **ANTOLISEI**: “El efecto natural de acción relevante para el derecho penal”. En el mismo sentido, cobra especial interés, el concepto de **LIEPMANN** cuando expresa: “Hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en su presupuesto y en sus consecuencias a los requisitos de contenido de delito bien concreto y determinado”.

Para los delitos de homicidio, lesiones y aborto por responsabilidad profesional médica, realizare el siguiente estudio para cada uno de ellos.

Homicidio.- Su resultado consiste en la privación de la vida humana.

Lesiones.- Aquí el resultado se desprende de la propia definición o concepto de lo establecido en el artículo 288 de la Ley Sustantiva Penal Federal, el cual es toda alteración en la salud, ya sea desde el punto de vista anatómico, fisiológico o psíquico, –heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, o toda alteración en la salud–, y ya de manera concreta en las propuestas establecidas en este trabajo, las cuales son señaladas infra en negritas y cursivas.

Aborto.- Lo es la muerte del producto de la concepción, o la interrupción al proceso fisiológico de la preñez.

3.1.6 NEXO DE CAUSALIDAD.

Entre la conducta –que en el siguiente punto se desarrollara– y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva, -ya más adelante se precisara el nexo causal que existe en los delitos de comisión por omisión que son materia de la

presente tesis—.

En atención a lo antes citado debemos recordar que el hecho se integra con la conducta, el resultado y el nexo de causalidad entre la primera y el segundo. La ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre.

Conviene precisar que la distinción hecha entre resultado jurídico y resultado material nos lleva a precisar, en primer término, que sólo es propio hablar de nexo causal con relación a aquellas conductas productoras de un resultado material, pues únicamente en el mundo naturalístico y no en el jurídico tiene vivencia tal fenómeno —como cita el maestro **PORTE PETTIT**— criterio que certeramente ha observado **MEZGER**, pues el concepto de causalidad es concepto lógico y no jurídico, por constituir una forma del conocer que debe ser entendida como “categoría”, esto es, como una posición de la actividad de pensamientos por medio de la cual se trata de “comprender las conexiones dentro del mundo de la experiencia”. Como expresamente lo señala el destacado autor, el concepto de causalidad es un concepto que supone una referencia, es decir, nos informa sobre una conexión entre dos procesos; entre la “causa” por un lado y “el efecto” por el otro.

Defino como nexo causal en el derecho penal adhiriéndome al criterio sostenido por **RANIERI**, en el sentido de que es el vínculo o relación existente entre la conducta y el resultado, mediante la cual se hace posible la atribución de ésta a aquélla como su causa.

MAGGIORE manifiesta que en el concepto de acción se sugiere la idea de una relación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, puesto que por aquella se entiende un hacer o un no hacer que producen un cambio en el mundo. Dicha relación es dinámica y productiva, puesto que la acción produce el resultado al obrar como su causa.

Para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, el resultado sólo puede ser incriminado si existe

“un nexo causal o una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado producido”. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*). Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: “*sublata causa tollitur effectus*”. Este concepto se basa en la aceptación de una teoría concreta, en la afirmación del carácter causal de la condición identificada con el acto humano, pues la prueba negativa, hipotéticamente verificada, sólo confirma el valor causal de todas las condiciones concurrentes en la producción del resultado.

Alrededor de este tema existen toda una serie de teorías, la cuales únicamente me limitare a citar las más importantes así como sus representantes, y un comentario al respecto de cada una de ellas.

a).- TEORÍA DE LA ÚLTIMA CONDICIÓN.

Cuyo representante es **ORTMANN**. Para esta teoría, del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado. Desecha, por tanto, el valor causal de las demás condiciones “mediatas”, para otorgarle el título de causa únicamente a la inmediata.

Al respecto, manifestare que al destacar una de las condiciones y otorgarle el carácter de causa, niega la existencia de las “concausas”, y no resuelve por tanto el problema de la participación. Si en la serie causal son varios los actos realizados, en ejecución del delito, por varias personas, habría de tenerse por condición-cause la última de ellas, aun cuando todos los sujetos hubieran ejecutado el delito e intervenido en él con carácter de coautores, dándose así una solución extravagante y alejada de la realidad a la cuestión de la responsabilidad que, aunque propia de la relación causal, encuentra, indudablemente, apoyo en el hecho, elemento objetivo del delito.

b).- TEORÍA DE LA CONDICIÓN MAS EFICAZ.

Desarrollada por **BIRKMEYER**, esta teoría apoyada en criterio cuantitativo, pretende que “tendría valor causal aquella condición que, en conflicto entre fuerzas antagónicas desplegara eficacia preponderante”.

De acuerdo con esta teoría –cita **PORTE PETIT**–, “debe considerarse causa mas eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido mas”.⁹

Al respecto citare que la misma trata de reducir el valor de la causa que es cualitativa, a una expresión cuantitativa, señalándose, además la dificultad que tiene, en la practica, determinar el verdadero valor de cada una de las varias condiciones, esto es, la contribución que positivamente aportan en la producción del resultado, sin que exista por ello una razón suficiente para considerar causa únicamente a la condición que más contribuyo en la realización del efecto. Por último, de aceptarse que causa eficaz sólo puede ser una tendrían que suprimirse las “causas concurrentes”, con exclusión del problema de la participación de varias personas en la comisión de un delito.

c).- TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.

VON VAR, su representante, pretendió restringir el concepto de la conexión causal al amparo del derecho, limitando por tanto la corriente naturalista sobre el nexo causal al sólo ámbito de lo jurídico. Conforme a ella, es causa en la producción del resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo.

De tal precepto inferimos que esta teoría combate la causalidad material pretendiendo elaborar un concepto de causalidad exclusivo de lo jurídico, destaca dentro del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, solo a la de carácter de “apropiada”, con exclusión de las “irrelevantes”, se convierte en una teoría individualizadora.

La posible crítica es que deja impunes aquellos casos en que la condición

⁹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 217.

causal no adquiere el carácter de condición “adecuada” por no producir “regularmente” el resultado, de acuerdo con el dato estadístico, confunde la causalidad material en el delito, con el problema de la culpabilidad del autor, aplica la idea de la posibilidad, no donde existe realmente, sino donde se presenta la realidad de un acontecimiento, introduciendo elementos extraños, tales como antijuridicidad y la imputabilidad.

No menos importante es señalar lo referente al nexo de causalidad en los delitos de omisión, aunque cabe hacer la mención de que como en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, sino únicamente en los de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, por que producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

Quizás se agudice el problema de la causalidad en los llamados delitos de comisión por omisión; se dice que sí la omisión consiste en un no hacer, a quien nada hace no se le puede exigir responsabilidad alguna. Para **SEBASTIÁN SOLER**, la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible –como se trata de la responsabilidad profesional médica y nuestra propuesta– sin embargo, para que exista este supuesto deben concurrir tres casos diferentes: que emane de un precepto jurídico específico, que exista una obligación especialmente contraída para ese fin y, por último, cuando un acto precedente impone esa obligación.

Así, en la llamada omisión impropia, se observa que la inactividad produce una transformación de índole material en el mundo externo del sujeto. Luego, debe conectarse, igualmente, a la comisión por omisión, aquí la problemática surge del nexo causal para determinar cuándo la inactividad del agente, es decir, su omisión, ésta en relación causal con el evento producido.

Fundados en la idea de que la causa constituye un sinónimo de fuerza activa, de condición positiva productora de un resultado, los pensadores y juristas del siglo pasado trataron, inútilmente, de encontrar una solución otorgando el carácter de condición causal a una condición positiva y excluyendo por tanto, como tal, a la omisión misma. Consecuencia necesaria de tal premisa fueron la

serie continuada de desesperados esfuerzos en pos de la demostración de la naturaleza causal de estos delitos. Desde el momento en que la bibliografía no se satisface ya con admitir simplemente la punibilidad de ciertos delitos de comisión por omisión, a lo sumo explicándosela tan solo en virtud de una obligación de hacer legal o contractual, y pretende una prueba más sólida, trasladando en consecuencia el problema desde la antijuridicidad a la propia tipicidad, la conclusión a que, en definitiva habría de llegarse, estaba prejuizada. Pues el dogma causal y aquel concepto de causalidad antes indicado, al ser las premisas que la dogmática misma había establecido, habían necesariamente de llevarla a no poder solucionar positivamente este problema.

A mi parecer la solución al problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión esta en la propia omisión. Esto es, que solo en virtud de la acción esperada adquiere relevancia jurídica la omisión pues ésta no consiste en no hacer nada sino en dejar de hacer algo que la norma espera.

Robustece lo antes manifestado el siguiente criterio:

NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.

Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito.

Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995.

Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón.

Octava Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV-II, Febrero de 1995. Tesis: IV.3o.144 P. Página: 415.

Para el caso de lesiones por responsabilidad profesional médica deberá de existir entre el resultado y la conducta ese vinculo al que hemos llamado nexos causal, de tal manera que para atribuirle a un Médico, Enfermero o Residente – calidad del sujeto activo– la alteración en la salud personal del paciente – resultado– deberá de existir esa relación entre la actividad o inactividad desarrollada por ellos.

Tratándose del delito de Homicidio por responsabilidad profesional medica, el nexo causal es el vinculo que existe entre la conducta del activo (Médico, Enfermero o Residente) y el resultado típico.

En relación al antijurídico de aborto el nexo causal es la conducta desplegada por el activo y el resultado previsto en la norma, esto es, todas aquellas manifestaciones exteriores que causen la muerte del producto de la preñez, con el consentimiento o sin él de la madre.

3. 2 ACCIÓN Y OMISIÓN.

3.2.1 (ACCIÓN). CONCEPTOS, ELEMENTOS.

Para los que estiman a la acción con un contenido “*lato*”, está constituye tanto el movimiento corporal, representado en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, como el no hacer o inactividad (omisión).

JIMÉNEZ DE ASÚA, expresa que el acto, término substitutivo del de acción, es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior.

BELING, cita que la acción positiva comprende la fase externa (objetiva) y la interna (subjetiva), identificado a la primera con el movimiento corporal y a la segunda con la voluntariedad, mas el no hacer u omisión; por tanto, la acción comprende tanto el movimiento corporal como el no hacer u omisión.

CUELLO CALÓN considera a la acción, en sentido amplio, como la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado, comprendiendo en su opinión tanto la conducta activa, hacer positivo o acción en sentido estricto como la conducta pasiva, negativa u omisión.

Así las cosas no debe de estimarse a la acción como analogía del hecho, pues ello equivaldría a hacer comprender en ella tanto el momento volitivo como el efectivo, incluyendo también el resultado, confundiendo una parte con el todo. Sobre este particular afirma **CAVALLO**, algunos autores tienen de la acción un concepto puramente naturalístico, comprendiendo en ella la actividad física, entendida como conducta, separando al resultado; otros, por el contrario, cuando se refieren a la acción comprenden en ella a la consecuencia del movimiento corporal, es decir, a la mutación del mundo exterior.

Por último en cuanto a la voluntad con referencia a la acción diré que ésta siempre se integra con el movimiento corporal siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

3.2.1 (OMISIÓN). CONCEPTOS, ELEMENTOS.

Frente a la acción como conducta positiva, la cual implica motividad del cuerpo traducida en una actividad típica voluntaria, encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

Lo omisión puede presentar dos formas, mismos a saber: a).- La omisión

simple o impropia, originante de los delitos de omisión, y b).- La omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión –situación que se actualiza en el desarrollo de la presente, y de la cual se profundizara, aunque ambas presentan ciertas similitudes pero a la vez diferencias esenciales como se precisara mas adelante–.

La omisión para **CUELLO CALÓN**, es la conducta negativa, mas no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto definirse como: “La inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado”; a su vez **CAVALLO** nos ilustra diciendo: “Omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, que se expresa en una conducta que realiza una situación distinta de la querida por la norma.”¹⁰

Al decir de **MAGGIORE**, omisión es toda inercia de la voluntad, consistente en alguna abstención, dolosa y culposa, de la acción material, contraría a la obligación de obrar y que produce alguna mutación en el mundo exterior. ¹¹

JIMÉNEZ HUERTA, manifiesta “Es una inacción corporal, es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad que es, como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es comportamiento frente al mundo externo.”¹²

En colusión a lo antes vertido, considero que al hablar de omisión propia, el deber jurídico de obrar contenido en la norma penal, solo es posible establecer un concepto de esta con referencia a la acción esperada y exigida, observándose como elementos los siguientes: inactividad, inacción, o el no hacer esperado y exigido por el mandato de obrar, y voluntad de omitir el deber de actuar, sea en forma dolosa o culposa. Así las cosas por lo que hace al concepto de “deber jurídico de obrar” que da contenido a la omisión, no puede encontrarse mas que en una norma penal, por ser los delitos de omisión simple incumplimiento a

¹⁰ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 200.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

mandatos de hacer contenidos en tipos penales. Robustece lo anterior lo manifestado por **PORTE PETIT**, “un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica sin resultado material”.¹³

Es menester precisar la omisión impropia o comisión por omisión, que es la esencia de esta investigación, figura que se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. Por ello **JIMÉNEZ DE ASÚA**, estima que dichos delitos existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente.¹⁴

A diferencia de la omisión propia o simple, en la cual no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico, en la omisión impropia la actividad del agente produce un cambio material en el exterior. En síntesis, se está en presencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.

Son por tanto elementos de la omisión impropia los siguientes: a).- La voluntad (no consiente en los delitos de olvido), b).- Inactividad o no hacer, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, y c).- Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados, aun cuando el último no constituye, en propiedad un elemento, sino la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad. El resultado cuya diferencia constituye la inactividad, expresión física de la conducta.

Debemos de precisar que en el caso de la omisión impropia, no siempre es la norma penal el fundamento del deber de obrar, a continuación citare diversos criterios:

¹³ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 201.

¹⁴ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 202.

a).- **MEZGER**, cita que el deber de obrar deriva de un precepto jurídico, bien sea de la ley o de una ordenanza equiparada a ella, sin que pueda hacerse una “numeración cerrada”, resultando determinante el total derecho público y privado.

b).- Un segundo criterio, afirma **MEZGER**, sobre los casos de la aceptación de un deber en virtud de un negocio jurídico, y especialmente sobre la base de un contrato, sin embargo, aclara, que no es suficiente por sí sola la existencia de un deber jurídicamente fundamentado, siendo menester, en virtud de la aceptación de dicho deber, que se haya producido una situación especialmente peligrosa o un aumento del peligro ya existente y la aceptación tiene lugar al objeto de evitar dicho peligro. Aquí se podría hablar quizás de una puesta en peligro, sin embargo, no deja de ser un criterio del citado autor.

En ocasiones estos criterios no resultan ser suficientes, por ello acudiré a un tercer criterio, el cual encuentra la fundamentación del deber de obrar en un hacer precedente. Cuando el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de deberes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación del peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico.

En resumen, de las dos primeras acepciones se observa que en los casos del deber jurídico fundamentado en la ley o deducido de una aceptación del sujeto el especial punto de vista de la situación de peligro, ofrece dificultades en orden a la fundamentación de la responsabilidad criminal y ha de ser examinado en cada caso concreto, mientras que en el último de los criterios es indudable la situación de peligro, pero, en cambio, el deber jurídico que de ella se deduce exige una cuidadosa y especial demostración.

Sin embargo, no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se está en precedencia de un claro delito de acción y no de

omisión, en el cual el sujeto tiene la obligación de no hacer, violando, en consecuencia, un deber jurídico de abstenerse, sólo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso.

Antes de entrar al estudio dogmático de las figuras propuestas en el presente trabajo, señalare las diferencias fundamentales entre la **omisión simple** y la **comisión por omisión**:

1.- En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

2.- En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y;

3.- En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras que en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.

Corresponde el turno de continuar con el estudio dogmático de los delitos de lesiones, homicidio y aborto por responsabilidad profesional médica, destacando en primer término para estos ilícitos y atendiendo a la calidad del sujeto activo –Médicos, Enfermero o Residente–, que estamos ante la presencia de un delito de acción y de comisión por omisión, recalcando que será en cada caso en lo particular y previo análisis o estudio de la conducta la que así lo determinara; verbigracia, una conducta de acción se presenta cuando el Galeno al insertar el bisturí para practicar una cesárea llega a lesionar en el cráneo al producto, o bien será omisiva cuando alguno de los activos omite el practicar estudios de laboratorios necesarios al paciente para su intervención y con ello produce el resultado típico).

3.3 LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

3.3.1 DEFINICIÓN.

Afiliados a la concepción analítica del delito y concluido el examen de la conducta o hecho, el primero de los elementos constitutivos, corresponde el estudio de su aspecto negativo: “la ausencia de conducta o de hecho”.

Éste, por su mayor contenido, comprensivo de la conducta humana, de su resultado y del nexo causal entre una y otro (relación de causalidad) integra comúnmente el término de mayor aceptación. La ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a).- ausencia de conducta, b).- inexistencia del resultado, y c).- falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado. Destacando de las tres cuestiones la inexistencia del resultado en los delitos materiales y la comprobación de la relación causal suponen una conducta humana, pero sin ésta no es posible plantear las hipótesis anteriores.

Retomando los conceptos anteriormente descritos sobre la conducta, traducida como el peculiar comportamiento de un hombre, (actividad o inactividad voluntaria). Tal concepto comprende las formas en las cuales se puede expresar en una acción u omisión.

Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no verificar la actividad esperada. El por que insistí en ello, es por lo siguiente:

El movimiento corporal sin voluntad, como la inactividad involuntaria no conforman una conducta, considerada tal por el Derecho, pues a la expresión puramente física o material faltaría el coeficiente necesario para atribuir la acción o la omisión a un sujeto, y decir que tal conducta “es suya”. En síntesis, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo acertadamente, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por carecer en ellos la voluntad.

La moderna dogmática del delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta los siguientes:

3.3.3 LA FUERZA IRRESISTIBLE O VIS ABSOLUTA.

La vis absoluta o fuerza irresistible supone, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede por sí sola integrar una acción o una omisión relevantes para el derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse.

Esta fuerza absoluta se encuentra recogida como “excluyente de responsabilidad”, en el artículo 15 fracción I de la Ley Sustantiva Penal Federal, llamada fuerza física. En ella, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.

El precepto aludido declara: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias”. De tal texto inferimos:

- a).- Una motivación consistente en una actividad o inactividad involuntaria.
- b).- Motivada por una fuerza física, exterior e irresistible.
- c).- Proveniente de otro hombre que es su causa.

De estos elementos se desprende una autonomía psíquica respecto al sujeto medio y al sujeto impulsor, pues aquél ha obrado como instrumento de éste, en el orden material, al no haber podido resistir el impulso de la fuerza física puesta consciente y voluntariamente en movimiento.

Nuestro máximo Tribunal ha sostenido el siguiente criterio jurisprudencial:

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño.

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte. HO. Tesis: 883. Página: 563. Sexta Época:

Amparo directo 4786/53. Antonio Alcázar García. 21 de abril de 1953. Cinco votos.

Amparo directo 86/52. Lorenzo Acosta Velázquez. 19 de febrero de 1954. Cinco votos.

Amparo directo 2216/53. Vidal Morales de la Cruz. 10 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5191/48. José Terrón López. 17 de marzo de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 1348/61. Rosendo Martínez Solís. 11 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Como conclusión citare que no existe punibilidad como consecuencia de la falta de culpabilidad, pero la falta de esta, a su vez obedece a la ausencia de conducta (tanto material como jurídicamente relevante); ausencia de conducta

que origina la inexistencia del hecho y consiguientemente, inexistencia del delito.

3.3.4 LA FUERZA MAYOR.

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Por tanto, se diferencia de la vis absoluta en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquélla encuentra su origen en una energía distinta, ya sea natural o sobrehumana.

La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta; y por ello la fuerza mayor (vis maior), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Si el hacer o el no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

Son múltiples las definiciones dadas sobre la fuerza mayor. Así **PAVON VASCONCELOS** al citar a **PORTE PETIT** declara: “Existe fuerza mayor o vis maior, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física irresistible, natural o sobrehumana”.¹⁵

LÓPEZ GALLO, la define: “La fuerza mayor es una energía no humana (natural, sobrehumana o animal) física, irresistible, padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto, por ser patente la ausencia de su conducta”. **ANTOLISEI** precisa: “Por fuerza mayor debe entenderse en general toda fuerza externa que, por su poder superior, determina a la persona, de modo necesario e inevitable, a un acto positivo o negativo (movimiento corpóreo o inacción).¹⁶

¹⁵ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 258.

¹⁶ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 258.

3.3.5 EL SUEÑO, SONAMBULISMO, HIPNOTISMO Y LOS ACTOS REFLEJOS.

El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consiente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultado dañosos.

En opinión de **IGNACIO VILLALOBOS**, el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según sea el caso, a una “actio liberae in causa”, cuando el responsable la prevé y la conciente al entregarse al sueño.

Ejemplifica lo anterior el hecho de que si una mujer de sueño agitado, al moverse en su lecho sofoca y priva de la vida a su hijo recién nacido, colocado ahí por su cónyuge sin consentimiento de ella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, mas faltara el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante para el campo de derecho penal. Al no integrarse la conducta, por falta de la voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

En el citado ejemplo podrá surgir responsabilidad culposa, si la madre, sabiendo que su hijo recién nacido la acompaña en el lecho y conociendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar su cuerpo sobre él durante un movimiento inconsciente, pues el resultado no fue previsto por ella teniendo la obligación de preverlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho, o habiéndolo representado tuvo la esperanza de su no aparición.

EL SONAMBULISMO.

El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido, hay movimientos corporales inconcientes y por ello involuntarios.

En opinión de **JIMÉNEZ DE ASÚA**, los actos realizados por el sonámbulo

son automáticos, estando en ellos abolida tanto la conciencia como la voluntad, criterio compartido con **IGNACIO VILLALOBOS**, y añade, si existe conducta, mas falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes solo producen “una especie de conciencia” no correspondiente a la realidad.

EL HIPNOTISMO.

Constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias.

Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, al grado de hipnotismo.

El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hiptonizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de la conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizado, a virtud de mandato impuesto por el hipnotizador, la responsabilidad de éste, a través de la sugestión hipnótica. En todo caso, la operancia del mandato impuesto en el sueño hipnótico, depende de la persona hipnotizada y de la resistencia que oponga a la obediencia que presente a la orden transmitida.

Para **IGNACIO VILLALOBOS**, sostiene que en el hipnotismo la imputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice que hay “una obediencia automática” hacia el sugestionador sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia, pero aun admitiendo esto, no debe de perderse de vista que solo se sanciona a quienes mediante su

discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad.

LOS ACTOS REFLEJOS.

Estos son –al decir de **MEZGER**–, “los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento”.¹⁷

En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta.

Una vez acotados los conceptos sobre la fuerza irresistible, la fuerza mayor, el sueño, sonambulismo, hipnotismo y los actos reflejos, mismos que son considerados en la teoría del delito como una ausencia de conducta, y por ende un elemento negativo del delito, es menester continuar con nuestro estudio dogmático precisando que en los delitos en estudio –lesiones, homicidio y aborto por negligencia, iatrogenia, mal praxis cometidos por Médicos, Enfermeros, o Residentes, en ninguno de los casos en cita podría darse o actualizarse, a menos claro esta que en el caso de la primera de ellas se requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño, en el caso de la fuerza mayor se trate de una fuerza exterior proveniente de la naturaleza, como podría ser el caso de un sismo o temblor o de la presencia de un huracán y que en esos precisos momentos se encuentre en el supuesto hipotético de la norma, esto es, que se este en una relación directa del activo con el pasivo o nuestro caso del Médico, residente o enfermero con su paciente; para el caso de el sueño, sonambulismo, hipnotismo, no descartamos la posibilidad de su presencia, sin embargo, será motivo de estudio en cada caso en lo particular; para los actos

¹⁷ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 263.

reflejos será aún mas difícil de acreditar en el caso de que se llegase a presentar.

3.4 EL TIPO, TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

3.4.1 CONCEPTO.

El estudio de la tipicidad, segundo elemento del delito, hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido.

Se ha estimado, por destacados autores de la materia, que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de "*corpus delicti*", posteriormente desarrollado por **VON BELING**, usado en leyes y códigos de ascendencia latina y el cual perdura en algunos hasta nuestros días. Aunque primitivamente el desenvolvimiento del concepto no se apartó del ámbito procesal, en el cual se identificó con la prueba material del delito, posteriormente se le dio significado diverso, confundiéndolo con el objeto material del mismo o con el hecho descrito en la ley, llegándose en algunos casos, a fundir tal concepto con el de tipicidad.

Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja acepción del término, **ERNESTO VON BELING** y **FRANZ VON LIST. MEZGER** alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del derecho, como: "El conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica".¹⁸

El "*corpus delicti*", en el sistema jurídico mexicano es esencial y lo vemos invocado día a día en las sentencias de los Tribunales, constituyendo la base misma del enjuiciamiento penal, y su fundamento se encuentra en el artículo 168 de la Ley Adjetiva Penal Federal, mismo que reza: "Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en

¹⁸ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 265.

el caso de que la descripción típica a si lo requiera.”

En sentido mas restringido, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito.

Para **BELING** no es el conjunto de las notas del delito sino: “La suma de los elementos objetivos descritos en el tipo”, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; mas claramente, la acción delictuosa con las notas que la caracterizan y la realización del resultado que con ésta se encuentra vinculado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad. Según esta teoría el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del precepto en torno al cual se agrupan los demás elementos.

En síntesis ¿Qué es el tipo?. Múltiples son las definiciones dadas. Retomando a **MEZGER** dice: “El tipo en el propio sentido jurídico penal significa mas bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal.”

JIMÉNEZ DE ASÚA, define al tipo como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Para **IGNACIO VILLALOBOS**, el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente como tal), en su aspecto objetivo y externo. En tanto que **JIMÉNEZ HUERTA**, concibe el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.

En atención a las definiciones precedentes, se puede resumir de ellas un concepto sobre el tipo, mismo que es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma a su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella la sanción penal.

No es de pasar inadvertida nuestra propuesta de creación de los nuevos tipos penales sobre la responsabilidad profesional médica referente a lesiones,

homicidio y aborto los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 293-Bis.- Si las lesiones fueron causadas por un Médico, Enfermero o Residente como consecuencia de algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis, previo dictamen pericial emitido por dos especialistas, a un paciente, si la lesión no pone en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince días, se le impondrá de seis meses a un año de prisión, o de cincuenta a cien días multa, o ambas sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de un año a tres años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Sí la lesión perturba para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales se le impondrá de cinco a ocho años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

Si de la lesión inferida resulte una enfermedad segura o incurable, al inutilización completa o la perdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o la perdida total de algún sentido o impotente o con deformidad incorregible, se le impondrá una pena de ocho a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa.

De igual manera se les aplicara suspensión para el ejercicio de su profesión igual a la pena privativa de libertad a los sujetos activos de los delitos en cita.

Artículo 302-Bis.- Si el homicidio, lo causare un médico, un cirujano, o enfermero o quien haya participado de manera directa en la atención médica del paciente y se determine por dictamen pericial emitido por dos especialistas, algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis medica se la aplicara la sanción que contempla el artículo 307.

Artículo 315-Bis I.- Para los efectos de lesiones y homicidio resultante de la practica médica se entiende por iatrogenia al daño inferido al paciente por tratamiento médico; mal praxis a la omisión por parte del Médico, Enfermero o Residente de prestar apropiadamente los servicios a que esta obligado en su relación profesional con su paciente; la lex artis es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico, ético en el tratamiento médico.

De la definición precedente no debemos pasar inadvertido que podría llegarse a la confusión con el de la tipicidad, el cual consideramos como sinónimo de la adecuación típica.

3.4.2 DIFERENCIA ENTRE TIPO Y TIPICIDAD.

Para entender la diferencia entre ambas definiré lo que se entiende por tipicidad, considerada esta como la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa. De tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o sustitución del hecho concreto al tipo legal.

La diferencia entre ambas figuras radica en que el tipo es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto mientras que la tipicidad es uno de los elementos constitutivos.

PAVON VASCONCELOS al citar a **FERNANDO CASTELLANOS TENA**, manifiesta: “No debe confundirse el tipo con la tipicidad –advierte–. El tipo es la creación legislativa, es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”¹⁹

En síntesis la tipicidad es considerada como sinónimo de adecuación típica, definiendo esta última como el proceso conceptual mediante el cual un

¹⁹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 289.

concreto comportamiento humano encuadra dentro de un tipo penal determinado.

3.4.3. LA AUSENCIA DE TIPICIDAD O ATIPICIDAD.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo; esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o un hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra en la perfecta adecuación en el precepto legal por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues, ausencia de adecuación típica.

En caso concreto se origina la hipótesis de atipicidad cuando:

a).- Falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo. Entendida por calidad del sujeto activo como aquella característica de este de acuerdo a su función, nombramiento, actividad, etc, que se haya contenido en el mismo tipo penal, en nuestro caso se trata de un Médico, Enfermero o Residente.

b).- Falte la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo. Esto es, una característica esencial de la persona sobre la que cae la conducta del activo y en el caso en particular se trata de un paciente o aquella persona que se encuentre en tratamiento o recibiendo atención medica.

c).- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos. Destacando que por objeto se entiende como la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, precisando que no debe de confundirse con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

d).- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo. Aquí nos encontramos ante el supuesto de que el tipo para su configuración esta condicionada a determinadas

referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción o de la omisión. Por lo que referente a nuestra propuesta y únicamente por lo que hace a lesiones y estas no se consideren como mortales, de acuerdo a lo establecido por el artículo 303 de la Ley Sustantiva Penal Federal, cuando: La muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, o por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

e).- Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley. Esto es, por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en cierto casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Tal es el caso de alguno de los tipos penales como son el artículo 181 de la Ley Sustantiva Penal Federal, la cual cita: “Se equipará a la resistencia y se sancionará con la misma pena que ésta, la coacción hecha a la autoridad pública *por medio de la violencia física o de la moral*, para obligarla a que ejecute un acto oficial, sin los requisitos legales u otro que no esté en sus atribuciones”, o el diverso 265: “Al *que por medio de la violencia física o moral* realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años”, o en el caso del antijurídico de allanamiento de morada, previsto en el artículo 286: “Al que en despoblado o en un paraje solitario haga *uso de violencia* sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentamiento para cualquier fin; y *cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee*, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años”. En lo particular y en referencia a nuestro tema de estudio no se aplica, ya que no existen los citados medios comisivos.

f).- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal. Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos dice **JIMÉNEZ DE ASÚA**, exceden del mero marco de

referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. Hay tipos en donde se contienen estos elementos, los cuales constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos “*voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas, etc.*”. En este caso en particular los elementos subjetivos del tipo no se actualizan.

3.5 ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

3.5.1 CONCEPTO, ELEMENTOS. (ANTI JURIDICIDAD).

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictiva, sino que debe ser típica, antijurídica, culpable y punible, esta última como resultado de la culpabilidad; por lo que es menester señalar el tercero de los elementos positivos del delito “la antijuridicidad”.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo desde el punto de vista gramatical, como es el “anti”, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho. **CASTELLANOS TENA** al citar a **JAVIER ALBA MUÑOZ**, señala: “El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales (...), como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”.²⁰

Para el autor Argentino **SEBASTIÁN SOLER**, no basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. El autor cita: “Nadie ha expresado con más elegancia que **CARRARA** ese doble aspecto de

²⁰ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 178.

adecuación a la ley y de la contradicción del derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora”.²¹

Es preciso tener presente que el juicio de antijuridicidad comprende a la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiendo sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores de un Estado. “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación”.

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores. Como cita **REINHART MAURACH**, los mandatos y prohibiciones de la ley penal “rodean protegiendo y salvaguardando al bien jurídico”.

Tomando en consideración las definiciones anteriormente descritas concibo a lo antijurídico como un juicio valorativo, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Y en lo particular respecto al análisis que se viene desarrollando es antijurídico toda vez que si el actuar del activo con su conducta contraviene la norma jurídico penal, y no exista una causa de exclusión del delito.

En referencia al estudio que se ha venido realizando, destaca que este elemento se tendrá por acreditado, toda vez que la conducta si la llega a desplegar el activo, la misma se opone rotundamente a las citadas normas de conducta reguladas por el Estado, siendo contrario a derecho y actualizándose

²¹ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 179.

con ello las hipótesis normativas supra citadas.

3.5.2 CONCEPTO, ELEMENTOS. (CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN).

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito.

En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, o causas de licitud o bien suele catalogárseles bajo la denominación causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación.

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho impiden su configuración. Nuestra Ley Sustantiva Penal Federal utilizaba las circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa; actualmente son llamadas “causas de exclusión del delito”.

RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es el más adecuado que el termino antes aludido por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra “circunstancias” por “causas”, pues como bien dice **JIMÉNEZ DE ASÚA**, “circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.”²²

No debemos de olvidar que las causas que excluyen al delito son: la

²² Citado por **CARRANCÁ y TRUJILLO**, *Derecho Pena Mexicano*, T. II, Editorial Porrúa, México, pag. 56.

ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad, todas ellas contenidas en el artículo 15 de la Ley Sustantiva penal Federal.

Si bien es cierto, las fracciones contenidas en el artículo en comento establecen diferentes hipótesis que se encuentran relacionadas con los elementos negativos del delito como podría ser la ausencia de la conducta –por citar solo un ejemplo– también lo es, que tratándose de los delitos en estudio se actualizan varias de las hipótesis normativas antes aludidas, mismas que se desarrollaran en el presente capítulo, señalando como la primera de ellas la contenida en la fracción VI, misma que es del tenor siguiente:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando: fracción VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”

La anterior hipótesis normativa podría actualizarse, lo anterior es así, ya que si el activo –Médico, Enfermero o Residente– al momento de realizar la acción –la omisión no podría configurarse, toda vez de que existe obligatoriedad jurídica por parte de éste como se ha explicado en el capítulo precedente– se presenten complicaciones en una intervención quirúrgica ajenas al mismo y se encuentre ante la disyuntiva de tener que extirpar un órgano para salvaguardar la propia vida del paciente estaría ante el cumplimiento de su deber.

Otras causas que excluyen la incriminación y no menos importantes son – aunque no se actualicen tales supuestos– son a saber: La legítima defensa y el estado de necesidad.

Sobre la **legítima defensa**, múltiples son las definiciones dadas por diversos tratadistas, así **CARRANCA y TRUJILLO**, la define: “Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el

agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección.”²³

Al respecto **FRANZ VON LIST** cita: “La defensa estimada necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor”.²⁴

De las anteriores definiciones y tomando algunos de sus elementos considero como la legítima defensa a la repulsa, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados del derecho.

Nuestra ley Sustantiva Penal Federal establece en el artículo 15 fracción IV, lo siguiente. El delito se excluye cuando: IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

De la anterior hipótesis normativa se desprenden como elementos constitutivos los siguientes:

a).- La existencia de una agresión, real, actual o inminente, queriendo con ello significar que suceda en el presente, pues si la agresión fuera pasada la reacción constituiría una venganza, en tanto que si fuese futura se estaría en aptitud de preparar la defensa mediante la intervención de la autoridad o de evadirla por cualquier otro medio.

Elemento que se robustece con el siguiente criterio jurisprudencial sostenido por nuestro máximo Tribunal visible en la Novena Época, Instancia: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, Junio de 1996. Tesis: VII.P. J/14. Página: 647.

²³ Carrancá y Trujillo. *Ob cit.* p. 179.

²⁴ Franz Von List. *Tratado de Derecho penal.* T. II. Trad. Luis Jiménez De Asúa, pag. 335.

LEGITIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESIÓN.

Doctrinalmente se ha establecido que para que la excluyente de legítima defensa pueda surtir efectos es menester que concurren, entre otros requisitos, el inherente a que la agresión, además de ilegítima y actual, debe ser inevitable.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito.

Amparo directo 33/95. Santos Hernández Cortés. 14 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo en revisión 60/95. Juez Primero de Primera Instancia de Orizaba, Veracruz. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Amparo directo 562/94. María del Carmen Pérez García. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Pablo Pardo Castañeda.

Amparo directo 553/95. Nabor Rodríguez Elotlán. 9 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 584/95. Constantino García González. 25 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Octava Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV-II, Febrero de 1995. Tesis: VI.1o.155. Página: 392.

LEGITIMA DEFENSA, LOS ACTOS EJECUTADOS DESPUÉS DE LA AGRESIÓN NO LA INTEGRAN. Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste, no pueden ya estimarse como evitativos que justificasen legítima defensa, sino actos de

represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.

Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo directo 44/89. Modesto Tentle Nanco. 12 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: Ezequiel Tlecuitl Rojas.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII-Junio, página 316.

b).- El elemento "sin derecho"; se refiere a que la agresión antijurídica no significa necesariamente lesión al derecho atacado, pues siendo la defensa legitimada una repulsa de aquella, tendiente a evitar la violación del bien protegido, basta se haya emprendido la acción en forma injusta, esto es sin derecho haciendo inminente el peligro de lesión al bien jurídico.

c).- En protección de bienes jurídicos propios o ajenos, observándose que el objeto de la tutela abarca toda clase de bienes y no sólo a la integridad física de la persona, de su honor, y que estos puedan ser por su naturaleza materia de agresión y por ello de defensa, ya sean propios o ajenos.

d).- Que exista necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende; lo anterior se refiere a que si bien es cierto todo bien es susceptible de defensa, también lo es que esos medios deben de ejercerse con moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido. La proporcionalidad exigida para la defensa tiende a establecer un justo equilibrio, la debida proporción entre el acto agresivo y su repulsa, eliminando así la posibilidad del exceso.

Respecto al **Estado de Necesidad**, como causa de justificación, éste se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace

imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

JOSÉ ALMARAZ lo define como una situación de peligro actual, grave e inminente, que obliga a ejecutar una acción u omisión delictuosas para salvar un bien propio o ajeno.

FRANZ VON LIST, lo considera: “Una situación de peligro actual a los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.”²⁵

Con el fin de profundizar en el tema en cuestión y delimitando el concepto de estado de necesidad, el mismo es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Si bien es cierto, en el estado de necesidad existe, como causa excluyente de incriminación o de exclusión del delito, el hombre se ve obligado, para salvar un bien propio o ajeno, al sacrificio de un interés tutelado jurídicamente, pero en la relación valorativa entre ambos bienes, el salvado tiene mayor preponderancia sobre el sacrificado.

VILLALOBOS, al ocuparse de esta figura afirma que la justificación proviene de la racionalidad y conveniencia de proteger el interés mas valioso y, por tanto, la excluyente existe lo mismo para salvar la propia vida que para la conservación de cualquier otra clase de bienes jurídicos, siempre que el daño causado sea menor.

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de

²⁵ Franz Von List. *Ob cit.* pag. 352.

mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera una causa absoluta –lo cual se analizará al tratar a la culpabilidad y su aspecto negativo–.

Destaca por su importancia el remitirnos a la fracción V del artículo 15 del ordenamiento punitivo federal, el cual es del tenor siguiente: *“Artículo 15.- El delito se excluye cuando: Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo”*.

De la hipótesis normativa antes señalada se desprenden como elementos del estado de necesidad, los que a continuación se señalan:

a).-Una situación de peligro, real, actual o inminente; aquí el peligro es la posibilidad de sufrir un mal, el cual debe ser real, –cita la ley– si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no puede configurarse la eximente. El legislador exige que sea, además, actual o inminente. Destacando que lo actual es lo que ésta ocurriendo; inminente es lo próximo o muy cercano.

b).- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente. Para la ley no se integra la excluyente por estado necesario si el agente, intencionalmente ocasiona la situación de peligro, esto es que el sujeto no determine la situación de peligro mediante una acción consiente y voluntaria.

c).- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídico tutelado propio o ajeno. Esto es que cuando el estado de necesidad se presente, es posible la salvación de cualquier bien jurídico con sacrificio de otro.

d).- Que el peligro no sea evitable por otros medios. La exigencia legal

hace inevitable el uso del medio y la lesión al interés ajeno, lo cual significa la imposibilidad de superar éste de manera diversa.

e).- El agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Concatenado con lo anterior cobra especial relevancia la tesis Jurisprudencial número 11/2002, en la controversia constitucional 10/2000, la cual es del tenor siguiente:

EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la Ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpada desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpada, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

3.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

3.6.1 TEORÍAS, CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Antes de definir a la culpabilidad es necesario acotar las diversas teorías que se vierten sobre la misma, lo anterior se hace necesario en razón de precisar si la imputabilidad es considerada como elemento propio del delito o es presupuesto de la propia culpabilidad, lo cual nos servirá para estructurar la propia definición de ésta.

Para ello existen dos posiciones diversas a saber, la teoría psicológica y la normativista.

a).- Teoría Psicológica.- Para esta teoría la culpabilidad consiste, como cita **ANTOLISEI**, es el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, o como anota **FONTÁN BALESTRA**, es la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él.”²⁶

Así entendida la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación, admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el presupuesto de aquella.

En concreto, para la citada teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

De lo anterior inferimos que para esta teoría lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.

b).- Teoría Normativa.- Al igual que la psicológica, ésta presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico.

WELZEL agrega, a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla. ²⁷

La culpabilidad, para esta teoría, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar a la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa; este camino, necesario, no agota la investigación del concepto de culpabilidad, pues

²⁶ Citado por Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 364.

²⁷ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 365.

determinados los motivos debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presente los motivos y la personalidad del autor, le era “exigible” una conducta acorde con el derecho. La culpabilidad, en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, pues como se ha citado, el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor.

Bajo este tenor, es importante recalcar que sólo el hombre, como entidad individual, puede ser sujeto activo de delito, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia penal es necesario su carácter imputable. La imputabilidad y la imputación son conceptos esenciales, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad.

El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El primero es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que uno es culpable; en el segundo es un juicio que tiene por contenido la posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable, lo anterior es así en base a que no se puede reprobado ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y castigo.

Más situados en el ángulo jurídico, considero a la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del derecho represivo.

Si la imputabilidad –de acuerdo al criterio antes aludido– es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone la ausencia de la citada capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea a esa comprensión.

En la inimputabilidad lo que se advierte es la falta de capacidad psíquica para entender y querer el hecho que a la postre resulta antijurídico. Pero esa falta de capacidad, en todo caso debe ser total, y en todo caso también, debe estar

referida a la conciencia de delinquir.

En efecto, cuando hablamos de que la falta de capacidad psíquica debe ser total si se quiere la inimputabilidad, nos referimos a aquella situación en que el sujeto llegó al tope de su capacidad psíquica en busca del entendimiento de la antijuridicidad del hecho, o buscando comportarse de acuerdo a ese entendimiento; por tanto, cuando la capacidad psíquica sólo esta disminuida, pero a juicio de la ley o del Juez le alcanzaba al sujeto para comprender lo ilícito del hecho cometido, no habrá inimputabilidad, sino, cuando mas, imputabilidad disminuida.

La Ley Sustantiva Penal Federal sólo prevé a la inimputabilidad partiendo de dos grandes géneros de incapacidad psíquica: padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, según la fracción VII, del artículo 15 del ordenamiento punitivo en cita, establece: “Artículo 15.- *El delito se excluye cuando: Fracción VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible*”.

“Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 de este Código.”

De la hipótesis normativa en cita cobra relevancia la palabra “padecer”, la cual no debe de verse estrictamente en sentido literal, sino como una forma de la ley para referirse a cualquier estado psicológico que tenga como efecto inmediato la perdida de la capacidad psicológica para entender o querer el delito al momento en que éste sucede.

Así también, tenemos que la falta de capacidad psíquica para entender y querer el delito, debe existir “al momento de realizar el hecho típico”, no antes ni

después; respecto a la “previsibilidad” debe entenderse como: “lo indudable de un hecho relativo a la personalidad del agente, de tal forma que éste bien puede, en conocimiento de su propio temperamento, anticiparse al acontecimiento futuro”.

En resumen, toda alteración de las facultades mentales producida por una enfermedad física, biológica, psicológica, fisiológica, cuyo resultado sea la pérdida de la capacidad psicológica para entender y/o querer el hecho delictivo cometido a la hora de su comisión será causa de inimputabilidad; igualmente lo serán las circunstancias que sin representar una verdadera enfermedad, en forma repentina e imprevisible y por corto tiempo o transitoriamente producen en el sujeto esa incapacidad al momento del hecho típico.

Por lo referente a “desarrollo intelectual retardado” –salvo definiciones psiquiátricas– se define: “Es el rezago de las facultades mentales, en comparación con aquellos coeficientes de salud mental previamente establecidos.”²⁸

Aquí es importante mencionar que si el citado rezago o disminución de facultades mentales era suficiente para declararlo inimputable será en razón de valorar si su capacidad psicológica era suficiente para distinguir el hecho ilícito al momento de su comisión, para lo cual se podría recurrir al examen pericial en materia de psicología y será el Juez quien le de el valor jurídico de prueba en cada caso en lo particular.

Al tratar sobre la inimputabilidad no pasa inadvertido lo referente a los llamados menores infractores; comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de dieciocho años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del derecho penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo, desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de diecisiete años, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades; en este caso, al existir la salud y el desarrollo mental, sin duda el sujeto es plenamente capaz.

²⁸ Vergara Tejada José Moisés. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ángel Editor. pag. 294.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal, en su artículo 4 establece en su párrafo segundo lo siguiente: “Respecto a los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde su hubieren realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la Federación y los Gobiernos de los Estados.”

Aunque para algunas otras legislaciones sobre la materia contemple la mayoría de edad a los diecisiete años como la de Michoacán.

En este sentido **CASTELLANOS TENA** al comentar a **SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**, cita: “Al menor se le excluye del horizonte penal por que es inimputable, por lo tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre los que señalan las causas de inimputabilidad, y con ese inciso declararle inimputable, juris et de jure, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento...”²⁹

Robustece lo anterior el siguiente criterio de nuestro máximo Tribunal, visible en la Octava Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV-II, Febrero de 1995. Tesis: II.2o. P. A. 262 P. Página: 370.

INIMPUTABILIDAD. MENORES INFRACTORES DE LOS. Si en el momento en que sucedieron los hechos, el inculpado era menor de edad y por ello no puede ser castigado conforme al artículo 4o. del código punitivo del Estado de México, ya que para que el menor de edad sea juzgado por este ordenamiento, es presupuesto sine qua non que sea culpable y para ello es necesario que primero sea imputable, es decir, para que conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de entender y de querer, y un menor carece de esta capacidad, por ello resulta inimputable, y toda vez que la imputabilidad es un presupuesto necesario para la culpabilidad elemento del delito, faltando ésta, la conducta asumida no puede ser considerada como tal, por lo que el menor se encuentra exento de la aplicabilidad de las normas penales,

²⁹ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 231.

pues la corrección de su conducta se encuentra sujeta a instituciones especiales como el Consejo Tutelar para Menores, por lo tanto si el inculpado al desplegar la conducta definida como delito era menor de edad; debe decirse que no existe el supuesto jurídico necesario para que las leyes penales le sean aplicables y para que un juez de instancia tenga jurisdicción para juzgarlo, ni aun cuando en la fecha en que fue librada la orden de aprehensión que se impugna éste hubiera cumplido la mayoría de edad, en virtud de que lo que debe tomarse en cuenta es la edad del activo en el momento de la comisión de sus actos, no en la época posterior a su realización.

Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito. Amparo en revisión 230/94. Oscar Salgado Arriaga. 13 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretaria: Luisa García Romero.

Una vez acotados los temas referentes a la inimputabilidad y en relación con nuestro tema en concreto, puedo afirmar que las excluyentes a las que hecho mención –trastorno mental, desarrollo intelectual retardado o minoría de edad– no se aplican para los casos de lesiones, homicidio o aborto por responsabilidad profesional medica, esto es en razón a la calidad del sujeto activo que son profesionales de la medicina, enfermeros o practicantes, los cuales por su instrucción no se encuadran en la hipótesis normativa contenida en la ya analizada fracción VII del artículo 15 de la Ley Sustantiva Penal Federal.

No menos importante es mencionar la figura denominada “acciones libres en su causa”, o las llamadas “actio libera in causa”, expresión que hace directa referencia a ciertas acciones que, ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimadas, sin embargo, por el derecho como manifestaciones de una libre y consiente en su origen.

FRANZ VON LIZT, afirma la presencia de las llamadas acciones libres en su causa cuando se produce un resultado contrario al derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad.

La problemática de las acciones libres en su causa se inicia desde el planteamiento mismo de la posibilidad de su existencia, a través de hipótesis en las que se afirma un estado de inimputabilidad que debe necesariamente conectarse con uno anterior de plena capacidad del agente.

La Enciclopedia jurídica "Omeba" cita: "Lo que el agente crea libremente, mediante un acto intencional o imprudente, es su estado de inimputabilidad que, a su vez, representa la causa de su obrar u omitir delictivo. De esta manera, el concepto de "actio libera in causa" se refiere a una acción en dos grados: el resultado es atribuible a dos actos ligados por una relación de causalidad, el primero de los cuales es libre, según las reglas de la imputabilidad."³⁰

La anterior posición –la cual es correcta– no prescinde de la noción de imputabilidad, pero no la refiere al instante mismo de la comisión del hecho delictivo, supuesto que la "actio libera in causa" da por inexistente la imputabilidad del agente durante la ejecución del delito, sino que la traslada al tiempo en que el sujeto se procura, dolosa o culposamente, el estado de inimputabilidad, en el cual tiene plena capacidad de entender y querer.

Cobra especial atención y robustece lo antes citado la siguiente tesis jurisprudencial visible en la Octava Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990. Tesis: I.2o. P. J/9. Página: 659.

ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA. SU REGULACIÓN Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. Lo que la doctrina ha definido como "actio liberae in causa" consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad) cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico

³⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica. T. I, p.317.

positivo recoge en el artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente"; por tanto es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquel aspecto negativo de la culpabilidad, no lo releva, exime o atenúa de su responsabilidad, si éste previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 1130/89. Jesús Bárcenas Lucía. 15 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Rubén Arturo Sánchez Valencia.

Amparo directo 1042/89. Salvador Solís Tovar. 15 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Ángeles.

Amparo directo 602/89. Marcelino Ramírez Sánchez. 13 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 682/89. Víctor Manuel Muñiz Razo. 16 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Enrique Escobar Ángeles.

Amparo directo 916/88. José Luis Hernández Rodríguez. 15 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Ángeles.

3. 7 LA CULPABILIDAD (TEORÍAS: PSICOLÓGICA Y NORMATIVISTA), EL DOLO Y LA CULPA.

Adoptando la tesis –la cual comparto– de considerar que ésta denota una disposición conciente del sujeto para cometer la conducta antijurídica –cuando hay capacidad psicológica para entender y querer el delito: imputabilidad– tenemos entonces que la culpabilidad refleja una situación psíquica del agente respecto a dicha conducta, de tal forma que la sociedad le reprocha su actitud lesionante de bienes jurídicos protegidos y, por ende, le impone una sanción, todo esto a través del llamado pacto social; así existen una diversidad de teorías de esta figura jurídica, destacando por su importancia las siguientes:

TEORÍA PSICOLÓGICA.

En el año de 1881, **FRANZ VON LIST**, inició la llamada teoría psicológica de la culpabilidad, –la cual es seguida por muchos tratadistas hasta nuestros días– la misma parte de lo objetivo y lo subjetivo del delito, refiriéndose a lo primero como la antijuridicidad, y a lo segundo como a la culpabilidad; en consecuencia, ésta es un elemento abstracto y subjetivo del delito que encuentra dos formas de presentarse a saber: el dolo y la culpa, y tiene como presupuesto a la imputabilidad; la culpabilidad, por su parte (una vez que hay imputabilidad), sólo se niega en las causas de inculpabilidad como son: “el error” y la “coacción”. El primero anula el elemento “cognoscitivo” de la culpabilidad y el segundo anula el elemento “volitivo”, de tal forma que cuando alguno de esos elementos llegase a faltar se ve anulado y no hay culpabilidad.

TEORÍA NORMATIVISTA.

En razón a lo anterior, aparecieron innumerables detractores de la citada teoría, sobre todo cuando aparece **WELZEL** y su famosa “Teoría Finalista”. En efecto, los finalistas crean una nueva teoría sobre la culpabilidad, la llamada Teoría Normativista, la cual si bien es cierto, se vislumbra en el finalismo de un alemán de nombre **REINHAR VON FRANK**, quien a su vez se ve influenciado por **KANT**, la cual no debe entenderse a la culpabilidad como nexo psicológico entre

el individuo y el hecho antijurídico como sostiene la Teoría Psicológica, sino más bien como un “reproche” que la sociedad, por conducto del Juez, hace al individuo por no comportarse de la manera que la ley establece; es pues la culpabilidad un “juicio de reproche” hacia la personalidad del delincuente por no acatar la norma, ya sea que lo haya hecho con intención (dolo) o por descuido (culpa); de ahí que lo que importa es la desobediencia a la norma jurídica.

Así pues para la citada Teoría Normativista la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, no su presupuesto, por tanto, cuando no hay imputabilidad, no hay culpabilidad, y con ella se excluye el delito.

De la dos Teorías en mención podemos citar como diferencias las siguientes:

Para la “Teoría Psicologista”, la culpabilidad supone un estado psicológico entrelazado con el hecho que el sujeto realiza, de tal forma que la pena debe aplicarse atendiendo a ese estadio en que se encontraba el individuo al momento de realizar la conducta antijurídica. El nexo psíquico en esta Teoría, se da entonces entre el autor y el hecho. Se analiza así la situación interna –subjetiva–; la culpabilidad entonces reside en su fuerza interna, de tal manera que si su “fuerza moral” es decididamente hacia el delito, habrá dolo, y si su fuerza es desordenada, de tal forma que se realice el delito sin verdadera intención de cometerlo, habrá culpa.

En cambio para la Teoría Normativista, no toma esencialmente a la culpabilidad como una relación psíquica entre el autor y el hecho, sino más bien como una reprochabilidad al autor por no haber actuado (o haber dejado de hacerlo) conforme lo exigía la norma, aun cuando vacilante se fija en el estado psíquico del autor, pero sólo para fundar en él alguna causa de inculpabilidad como el “error y la coacción”. Bajo esta Teoría no se ve la relación psíquica entre el autor y hecho, sino se parte de la exigibilidad que la ley le hace al individuo de comportarse con cierto sentido, tomando en cuenta que bien podría haber actuado diferente a como lo hizo por que tiene capacidad psicológica para hacerlo y por que la sociedad espera que sus componentes obren siempre de acuerdo a las normas, por eso se dice que “el normativismo” deviene en gran medida del

positivismo.

Frente a esta teoría, lo único que importa es que el sujeto actúe conforme a derecho; si no lo hace, se le reprocha declarándolo culpable y se le impone la sanción que el mismo derecho indica. “La inimputabilidad” por su parte, sólo es una causa de inculpabilidad al igual que el “error y la coacción”. Por lo referente al dolo y la culpa, que bajo el psicologismo, son formas de culpabilidad, en el normativismo solo tienen valor como conductas gravadas por el juicio de reproche, por cuanto son simples conductas adoptadas por el individuo pero que al final producen el mismo resultado: la violación o el quebrantamiento de la norma.

Para el caso del sistema Penal Mexicano y las citadas teorías, considero que éste comprende un sistema “mixto”, esto es así en base a que no se podría adoptar exclusivamente al subjetivismo o psicologismo desperdiciando al normativismo, o al contrario, habida cuenta que para declarar culpable a una persona, nuestra ley exige el análisis del estado psicológico en relación con el hecho realizado, pero siempre bajo la jurisdicción de la norma.

Después de lo anterior se puede definir que si bien la culpabilidad representa un nexo psicológico entre el autor y el hecho, ese nexo sólo puede valorarse mediante el derecho, de tal forma que de éste se desprenda si se le reprocha o no al sujeto esa actitud subjetiva que lo inclino a cometer el hecho típico y antijurídico y que además es punible. Así las cosas la culpabilidad es la actitud subjetiva del sujeto que se le reprocha por haber realizado un acto típico antijurídico y punible, cuando después de haber valorado las circunstancias internas y externas en que actuó, se infiere que bien podía haberse determinado en el sentido de la norma jurídica.

3.7.1 DOLO, CONCEPTO, DEFINICIÓN, TEORÍAS Y CLASES.

El dolo, la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoyan el elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo

hacen en la representación, en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho, o de su antijuridicidad, o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto, las cuales por su importancia destacan:

a). - **TEORÍA DE LA VOLUNTAD.**

Aparece en primer término y priva entre los “clásicos” **CARRARA**, quien le dio verdadera expresión, aunque se refirió a la “intención” como el ingrediente necesario que acompaña al acto delictivo.

PAVON VASCONCELOS al citar a él Maestro de Pisa, estructura su definición del dolo de la siguiente manera: “La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley.”³¹

De la anterior definición observamos los siguientes elementos:

Un conocimiento de la naturaleza del hecho.

La intención de realizar el hecho.

Sin embargo, tal definición no incluye el “*animus nocendi*”, pues los que han exigido el mismo como condición del dolo no han visto la verdadera objetividad jurídica del delito, troncando el daño particular con el daño universal. “En los delitos dirigidos contra el individuo –dice **CARRARA**– el ánimo de daño (o sea de lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo. Pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, por que la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea del daño social. En una palabra, la falta de “*animus nocendi*”, puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la intención de dañar...El primero consiste en la previsión del perjuicio;

³¹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 388.

el segundo, en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensable la primera.

De la teoría antes señalada se desprende el error de definir el dolo como la intención, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al llamado dolo eventual, en el que propiamente no existe intención.

b).- **TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.**

Pretendiendo superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, otros autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o representación.

Se puso de manifiesto que las expresiones “doloso e intencional” no se identifican, pues actuar intencionalmente o de propósito implica dirigir la voluntad a un fin concreto cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no existió intención de causarlo. De ahí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente substituye voluntad por representación, haciendo consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

Sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo, sin embargo, a medida que evoluciona la técnica se substituye voluntariedad por representación. En tal sentido la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

Para **FONTAN BALESTRA** no son fundamentales las divergencias entre las citadas teorías, en atención a que la Teoría de la Representación se ha propuesto más que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las

circunstancias externas que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de esta última no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado.

c).- **TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y DE LA VOLUNTAD EN FORMA VINCULADA.**

Una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta para integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad directa o indirectamente, a la causación del resultado.

En esta posición, **TOUZZI**, empieza por afirmar el necesario conocimiento del hecho en sí y en sus efectos, así como la contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la inteligencia que prepara el discernimiento, lo cual lleva al sujeto a determinarse, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la libertad externa.³²

MAGGIORE cita: “el que obra dolosamente prevé y quiere el delito (en la totalidad de sus elementos: acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad).

De la anterior definición destacan dos elementos a saber:

La previsión, o representación del resultado y la volición de él. “No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el derecho no puede contentarse con ninguna de las dos... Previsión es la representación del resultado y denota el momento intelectual de la conducta... Voluntad es el acto de autodeterminarse en vista de algún fin. Querer es entender a un objeto y a un fin (presentes en la conciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia”...

³² Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 390.

Se declaran partidarios de esta teoría, además, **BETTIOL, ANTOLISEI, DE MARSICO, BATTAGLINI y MEZGER**, entre otros. El primero al definir el dolo como “consecuencia y voluntariedad del hecho conocido como antijurídico”, el segundo al rechazar los criterios aislados de la voluntad y la representación, afirmando la existencia del dolo cuando el sujeto ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales”; el tercero al concebir el dolo como “la voluntad no coartada de realizar un hecho comisivo u omisivo que la ley estima delictuoso con la previsión del evento derivado de la propia acción u omisión y la intención de producirlo”; el cuarto por cuanto estima inaceptable la teoría de la voluntad, considerando necesaria la previsión y formula la noción del dolo diciendo: “Consiste en la conciencia (conocimiento) y en la voluntad del agente de ocasionar con la propia acción u omisión, el evento dañoso y peligroso considerado en la ley penal”, y el último al expresar que actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado.”³⁴

La teoría en mención, es a nuestro criterio correcta, lo anterior es así ya que como he citado en el desarrollo de la presente investigación que la voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien, la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.

Ahora, por lo que hace al dolo este rebasa el estrecho ámbito de la conducta al abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado.

Para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, dolo es: “La producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Pavón Vasconcelos. Ob cit. p. 390.*

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 o ratifica.”³⁵

De la definición anteriormente mencionada se desprenden dos elementos:

a).- Un elemento intelectual, consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber) y;

b).- Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

CASTELLANOS TENA, al citar a **CUELLO CALÓN**, éste define al dolo de la siguiente manera: “Es la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.”³⁶

En epitome, el dolo consiste en el actuar, consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Bajo este tenor, nuestra legislación penal federal establece en su artículo 8o lo siguiente: “*Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente*”, y el artículo subsecuente define y/o puntualiza sobre lo que se entiende por un actuar doloso, considerando a éste como: “*el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...*”.

Como se advierte del precepto legal en cita prácticamente se otorga un “todo” sobre lo que hay que saber acerca de esta forma de culpabilidad, ya que obra con dolo el que conoce, el que prevé, el que quiere o el que acepta la realización del hecho típico o su resultado.

³⁵ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 394.

³⁶ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 239.

Así las cosas, tenemos que el dolo se funda esencialmente en dos aspectos y/o elementos subjetivos del individuo: el conocimiento del tipo penal y la determinación para realizarlo o aceptar el resultado; al primero de ellos se le ha denominado “elemento cognoscitivo”, y al segundo “elemento volitivo”, de donde:

El elemento cognoscitivo al cual nos referimos como al conocimiento o entendimiento que el sujeto tiene respecto al “tipo penal” o respecto al resultado dañoso que su conducta típica y antijurídica va a producir. El dolo, mediante este elemento, aparece cuando el individuo conoce o entiende todas las circunstancias relativas al tipo penal, no necesariamente a sus elementos objetivos y normativos, añadiendo que el agente es sabedor de la misma ocasionara un resultado previsto en la norma punitivo –claro en la medida de su formación cultural o mental mas adecuada al medio en que delinque, para deducir validamente que entiende o conoce; ahora bien, a contrario sensu nos encontraríamos ante la situación de que sólo los peritos o especialistas en la materia serán responsables a titulo de dolo, por el contrario, conocer los elementos del cuerpo del delito o su resultado solamente requiere que el sujeto tenga una idea de la antijuridicidad del hecho que realiza, así todo ser humano sabe que es ilícito robar, matar, lesionar, atendiendo al sistema jurídico positivo del lugar de que se trate–, así en conclusión debe entenderse al hablar de “conocimiento de los elementos en cita o su resultado (como elemento cognoscitivo del delito), no es el conocimiento o entendimiento de los elementos técnicos del cuerpo del delito (normativos y objetivos o en su caso los subjetivos), no que el resultado sea propio de un tipo penal conocido, sino, que el sujeto activo entienda que su actuar es antijurídico, que es injusto, que nunca lo hubiese querido para sí.

Por lo que referente al elemento volitivo se le agrega el hecho de la toma de decisión de realizarlo, o por lo menos aceptar el resultado de esa decisión, lo cual constituye la esencia de este elemento en estudio.

En efecto, no basta pensar en desear causar un mal a otra persona para que por sí sola esa actividad subjetiva produzca culpabilidad en forma de dolo, sino que la exteriorización del mismo traducido en movimientos corpóreos o en

inactividad se llega a conformar el dolo.

Es momento idóneo de conceptualizar o definir los diferentes tipos de dolo, tomando en consideración la clasificación más usual.

El dolo directo, figura donde el sujeto activo se ubica cuando entiende claramente que su acción realizara o se adecuara en los elementos de un tipo penal determinando, y por tanto, al decidirse a realizar dicha acción u omisión quiere y acepta el resultado determinado en la norma; a esta figura también se le ha llamado “dolo de intención”, por que es evidente el elemento volitivo intención directa del activo o del agente para la realización del tipo y obtener el resultado deseado.

Para **SOLER**, el dolo directo se caracteriza por su contenido más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado; dolo directo cita **IGNACIO VILLALOBOS**: “Es aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico”; es decir, el dolo en que hay intención, tomada ésta en su propio sentido; para **CUELLO CALÓN** el dolo es directo cuando: “El agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente.”³⁷

Respecto al dolo eventual, éste se presenta cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe el dolo eventual cuando el activo, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose el mismo.

Para **BATTAGLINI**, el dolo eventual se verifica cuando el agente, a la vez que el evento tenido como fin, se representa, o prevé como posible consecuencia

³⁷ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 396.

de la propia acción, también un evento penalmente ilícito y diverso que, sin embargo, no evita. “Se tiene entonces la hipótesis de la representación de varios eventos con voluntad limitada a uno de ellos, hipótesis que no puede ser referida al dolo directo, ni a la culpa con previsión”. Por su parte **FRANZ VON LISZT**, se encarga de distinguir el dolo directo del dolo eventual en los siguientes términos: “El dolo se da intencionalmente, cuando el autor tiene por seguro la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como posible (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esa conclusión: “el resultado no sobrevendrá”.

La previsión del acontecimiento asemeja al dolo eventual y la culpa consiente (con representación), sin embargo, se distinguen ambas, pues en el primero se acepta el resultado, lo que implica la voluntad, en la segunda ni se quiere ni se acepta el mismo, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

Continuando con el dolo eventual **VASCONCELOS**, manifiesta: “Es una derivación del dolo directo, toda vez que éste consiste, –según se ha visto–, en la previsión de un evento posible, aceptando voluntariamente al no renunciarse a la ejecución del hecho”.³⁸

En concordancia con lo señalado se considera que las lesiones, homicidio y aborto cometidos por Médicos, Enfermeros o Residentes, inferidas por estos, si bien es cierto no se descarta la posibilidad de darse a título de dolo directo tal y como se puede apreciar en la siguiente tesis jurisprudencial, de la Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Junio de 1991, Tesis: I.2o. P. J/28, Página: 151, bajo el título:

DELITO INTENCIONAL. CASO EN QUE DEBE ESTIMARSE DOLOSA LA CONDUCTA DEL ACTIVO, AUN CUANDO SU INICIO FUESE DE

³⁸ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 239.

CARÁCTER IMPRUDENCIAL. Si de la mecánica del evento se evidencia que el sujeto activo ocasionó en forma imprudente un resultado típico (lesiones, daño en propiedad ajena u otro), en contravención a un deber de cuidado que sus circunstancias y condiciones personales le imponían; con inmediatez a lo cual, respecto al mismo pasivo y en extensión complementaria al acto inicial, voluntariamente lo reitera (lesiones, homicidio, etc); la conducta doble resultante involucra a su autor no en responsabilidad culposa sino en el ámbito del dolo directo, en cuanto a que, en el subsecuente momento privó la conciencia y la voluntaria representación del nuevo hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 396/88. Anastasio Santillán García. 30 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Ángeles.

Amparo en revisión 56/90. José Salomé Hernández. 28 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 956/90. Félix Rutilo González. 31 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 932/90. Miguel Solís Aranda. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 368/91. Enrique Hernández García. 10 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin.

También lo es, que el fin de un Médico, Enfermero o Residente es la salvaguarda del bien jurídico tutelado siendo la salud y/o integridad física o la propia vida, inclusive, sin embargo, como ha quedado precisado supra en el

capítulo respectivo, no se descarta la hipótesis de la comisión a título de culpa, por imprudencia considerada esta en materia penal como la falta de atención, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, produciendo una situación de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo, siempre y cuando contravengan un deber de cuidado, que sus circunstancias y condiciones personales le imponían; con una inmediatez a lo cual, respecto al mismo pasivo y en extensión complementaria al acto inicial, voluntariamente lo reitera.

En conclusión, si se puede dar la comisión de los delitos en estudio a título de dolo directo y a título de culpa.

3.7.2 CULPA, SU DEFINICIÓN, TEORÍAS Y CLASES.

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina casualmente. En tales circunstancias se afirma la existencia de la culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, de la atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

Cuando se trata de establecer la noción de la culpa, acudiendo a la opinión de los doctos, es fácil extraviarse por los muy diversos senderos a que conducen las variadas concepciones elaboradas sobre ella.

Así las cosas, la culpa al igual que el dolo, es una relación causal – subjetiva– entre el mundo de lo intangible del individuo con resultado típico; por lo que tratare en las líneas subsecuentes de explicar el porqué es necesario que la sociedad por medio del Juez, reproche al individuo su actuar delictuoso imponiéndole una sanción cuando, a diferencia del dolo, en la culpa se entiende de antemano que el sujeto no actuó con intención directa de realizar el hecho antijurídico o aceptar el resultado típico, esto es, no actuó con ánimo delictivo

como sucede con el dolo.

Lo que la sociedad sanciona no es en sí el resultado dañoso, sino la relación causal de éste, es decir, el grado con que el sujeto autor entendió y se determinó por el delito, o en su caso, el grado con que lo debió prever el resultado; ante cualquier perspectiva, no hay duda que nos inclinamos por castigar más severamente al que entendiendo que su acción es delictuosa, aun así se empeña a llevarla adelante, que aquel que por olvido, imprudencia, impericia, etc, produce el resultado dañoso.

Y es al llegar a este punto –en donde se cuestiona o se debate a que punto es posible evitar el resultado– en donde la culpa se enfrenta a diversas teorías, esencialmente, la teoría subjetiva (o subjetivista) y la objetiva (o normativista).

Al tenor de la **teoría subjetivista**, el sujeto es culpable por el incorrecto desempeño de su psique, de un mundo subjetivo, por no adecuarlo al de los demás, esto es, de no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de sus congéneres, lo cual se acerca a la idea de culpabilidad.

El problema de esta teoría es que no explica la negligencia (culpa inconsciente), toda vez que si bien es cierto si se sanciona al individuo por no haber adecuado su mundo subjetivo respecto de los demás elementos de la sociedad, también lo es que la falta total de acción intelectual (adecuación) como sucede en el olvido o la ignorancia, no haría al agente culpable, por cuanto lo único que se persigue y se castiga es que la reflexión intelectual fue inadecuada, pero la hubo, lo que no sucede en la negligencia. No hay duda que la acción subjetiva inadecuada produce lo que llamamos imprudencia, y bajo este calificativo resulta el daño de que se trate.

Sin embargo, a esta teoría le falta decir que pasa cuando el agente o el sujeto activo no ejerce acción intelectual alguna, esto es “olvida” reflexionar como debió hacerlo, todo lo cual refleja que, por si sola esta teoría es inaceptable en nuestro sistema penal mexicano, el cual sí castiga la negligencia.

En cuanto a la **teoría normativista**, ésta se inclina a sancionar todo

incumplimiento de una norma por parte del agente, ya sea porque su actuar subjetivo fue inadecuado (imprudencia), o por que ni siquiera hubo ese actuar subjetivo (negligencia) con tal de que por cualquiera de ambas causas se produzca un resultado típico y antijurídico, lo cual se acerca mas a la idea de antijuridicidad.

La observación a esta teoría se hace en cuanto a que únicamente declara culpable al agente o al activo cuando viola una norma jurídica y que, por tanto, produce un resultado típico, desde luego, sin haber querido, esperado o aceptado el resultado.

Así las cosas, y en relación a las teorías en cita tenemos que la culpa tiene como punto de partida la exigencia de previsibilidad. Pero esa exigencia, sólo puede partir de un deber de cuidado, de tal forma que si éste no existe, la exigibilidad de prever tampoco podrá existir.

Bajo esta tesitura encontramos en nuestra Ley Sustantiva Penal Federal, que toma de las dos teorías elementos, mismos que se encuentran comprendidos en el numeral 9 párrafo segundo, del ordenamiento punitivo en mención, el cual es del tenor siguiente: *“Artículo 9 Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”*.

Obsérvese que en nuestra Ley Punitiva Penal Federal atiende tanto a la imprudencia como a la negligencia, declarando que es culpable del daño típico a título culposo, aquel que “no previó siendo previsible o previó confiado en que el resultado no se producirá” de lo cual obtenemos que la culpa puede sobrevenir por negligencia o imprudencia. Esto es así, toda vez que la palabra “prever” se entiende como “un actuar psíquico adecuado a la regla social de no lesionar los bienes jurídicos de los demás” por tanto, si por descuido, olvido, desatención, etc, el sujeto no actuó psíquicamente (no previó) cuando podría haberlo hecho, responde del resultado típico a título de culpa; una culpa llamada de otra forma por algunos juristas como “culpa consiente, culpa sin representación”, que no es otra cosa que negligencia.

Pero además de la negligencia, la ley penal declara culpable al sujeto, a título culposo, del resultado típico en aquellos casos en que sí previó, esto es, cuando si actúa psíquicamente representándosele la posibilidad del daño que podía cometer, mas sin embargo, confía en que no se producirá, ya sea por subestimar sus facultades, por desestimar las circunstancias, o por subestimar los bienes jurídicos afectados. Esto es relevante toda vez que como se observa se toma la idea de la subjetividad en el actuar de las personas para reprocharles el resultado típico a título de culpa, prolonga esta idea para reprochar no sólo una actuación psíquica defectuosa o inadecuada (imprudencia), sino también la falta de actuación (negligencia).

Nuestro Código Punitivo Federal, si bien acepta que la conducta antijurídica puede situar al individuo en la culpa, cuando su obrar antijurídico produce un resultado, también contempla como atribuible el daño a título culposo en aquellos casos en que si bien no se obra antijurídicamente, el sujeto bien podía evitar la lesión con sólo haber actuado con cuidado, lo cual eleva la ley a un deber. Es así que el llamado “deber de cuidado” a que alude el precitado segundo párrafo del artículo 9º, no sólo se circunscribe a actuar jurídicamente sino a actuar psíquica y físicamente con la debida diligencia o precaución de no afectar o producir un daño a los bienes jurídicos protegidos por la ley, aun y como lo he establecido se este actuando dentro de la norma.

Entonces, el asunto de la culpa se reduce a mera exigencia de previsibilidad, y no depende de que el sujeto se encuentre violando una norma o se encuentre realizando un acto ilícito cuando se produce el resultado típico, depende mas que nada de las circunstancias y condiciones personales del sujeto en relación con el hecho, de tal forma que la ley en cada caso en lo particular, deja al Juez valorar esas circunstancias y esas condiciones para decidir si le era exigible esa “previsibilidad “ esto es, si de acuerdo a esas circunstancias y condiciones debía y podía actuar subjetivamente y objetivamente en el sentido de evitar el resultado.

Es el momento oportuno de desglosar los elementos de la culpa, mismos que son a saber: una conducta objetiva de acción u omisión precedida de una

acción u omisión subjetiva y un resultado típico producto de aquella acción, en donde:

a).- *La acción u omisión psíquica.* En el dolo según ha quedado asentado líneas precedentes aparecen dos elementos: el entender y determinarse por el delito. En la figura que estamos analizando –culpa– puede entenderse o no la antijuridicidad del acto, pero lo relevante aquí a señalar es que nunca se quiere un resultado típico; de ahí que se diga con acierto que el dolo y la culpa son verdaderas formas de culpabilidad, y no grados de culpabilidad.

En el dolo, la conducta psíquica del individuo siempre será en el sentido de producir, de esperar o aceptar el resultado dañoso o típico, en tanto que en la culpa no se quiere el resultado, ni se espera, ni se acepta. Pero el no querer, ni esperar, ni aceptar el daño puede tener dos causas distintas: una acción subjetiva y objetiva inadecuada a las circunstancias que rodean el hecho, o falta total de esa acción.

Así en la acción subjetiva, también se le ha llamado “culpa consciente o culpa con representación o culpa por imprudencia”, dentro de la cual el agente o el activo actúa subjetiva y objetivamente en cierto sentido, pero lo hace con ligereza, esto es, sin acatar el cuidado que debe de tener para evitar el resultado típico; así se dice que obra “con imprudencia”.

El ejemplo más claro a lo anterior se da cuando el Médico y/o profesionalista esta atendiendo un parto por cesaría y al realizar la incisión con el bisturí no prevé que un exceso de fuerza en daña el cráneo del producto produciendo con ello lesiones graves.

Dentro de la segunda causa de la culpa tenemos la falta total de la acción subjetiva, que se ha denominado “culpa inconsciente, culpa sin representación, o simplemente negligencia”. En este caso el sujeto activo omite reflexionar, se olvida, se descuida lo que debió haber hecho, por simple pereza psíquica.

El mas claro ejemplo y concatenado con nuestro tema es cuando el Médico, Enfermero o Residente que teniendo el resguardo, la obligación o el

deber de un paciente olvida, omite el proporcionar o suministrar el medicamento que debía haber aplicado se le olvida o se duerme u omite leer el expediente clínico de éste y se presenta el resultado típico.

b).- El resultado típico. Es relevante señalar que la imprudencia o la negligencia, no pueden ser suficientes para decir que un sujeto es culpable a título de culpa, si no hubo una consecuencia dañina de ese actuar subjetivo y objetivamente inadecuado (imprudencia) o la falta total de ese actuar (negligencia).

CASTELLAS TENA al referirse a esta figura jurídica y citar a **EUGENIO CUELLO CALÓN**, manifiesta: “Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. **EDMUNDO MEZGER**, cita que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.”³⁹

En concordancia con lo antes vertido y tomando en consideración los elementos de la culpa se define a está como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

La culpa se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de la causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. La culpa es consciente –retomando a **EUGENIO CUELLO CALÓN**– cuando el agente o el activo se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se

³⁹ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 247.

producirán; **MAGGIORE**, la define como el actuar previniendo un defecto, sin voluntad de que el mismo se verifique; y **SOLER**, la identifica como aquella en que el evento es previsto como posible, pero no querido y, además, el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirá.⁴⁰

Por lo contrario, se está en presencia de la culpa inconsciente (sin representación) cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por así su naturaleza y evitable.

Para **J. J. HAUS** manifiesta: “En la culpa sin previsión el agente no ha previsto necesariamente el mal resultado de su acción o inacción pero que había podido preverse.”. Esta culpa es susceptible de dos modificaciones: La primera, el agente activo no ha conocido la naturaleza de su acción; no ha sabido que podría producir el resultado de que ha sido causa, existiendo en el caso una ignorancia o error sobre un hecho especial o sobre sus circunstancias esenciales, pero el autor se encuentra en culpa por haber dejado de adquirir su conocimiento. La segunda, el agente ha conocido la naturaleza de su acción, sabía que consecuencias deplorables podían resultar, pero no ha pensado en la desgracia que ha sobrevenido. Habría, pues, podido preverla, si hubiera reflexionado, si hubiera hecho de sus facultades intelectuales el uso que el deber le prescribía. La causa interna de delito es una desatención, una irreflexión culpable.⁴¹

En lo referente a diferenciar los grados de culpabilidad o el grado de reproche que se le puede hacer a un sujeto, por haber actuado subjetiva y objetivamente en forma inadecuada, o por no haber actuado, de tal forma que teniendo un deber de cuidado, no lo observa, produciendo así el resultado típico. En otras palabras, se trata de diferenciar entre la mayor o menor posibilidad que el agente tuvo para accionar su psique en el sentido de evitar el daño típico no querido, ni esperado, ni aceptado, dando lugar a diversos “tipos de culpa” que esencialmente son graves y leves.

Nuestra legislación penal federal establece en su artículo 60, párrafo cuarto

⁴⁰ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 413.

⁴¹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 413.

y en sus cinco fracciones, las circunstancias especiales que se deberán de observar para calificar la gravedad de la culpa, mismas que son del tenor siguiente: *“... la calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes: I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; II.- El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan; III.- Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes; IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios y V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras y en general, por conductores de vehículos; –no debiendo omitir que el precepto en mención debe concatenarse con los diversos 51 y 52 del ordenamiento punitivo en comento–.*

La gravedad de la culpa deberá de calificarse partiendo del grado de exigibilidad de la previsibilidad, comparando este grado con el esfuerzo que debía y podía realizar el sujeto para adecuar su psique y su acción objetiva a la inevitabilidad del daño típico. Tomando como base lo citado en estas líneas tenemos que a mayor exigencia de prever, mayor esfuerzo psíquico debe hacer el sujeto; por consiguiente, si no lo lleva a cabo la gravedad de la pena aumentara, esto sin dejar de observar el valor del bien jurídico tutelado, lo anterior se ve plasmado en el artículo 52 de la Ley Sustantiva Penal Federal, mismo que establece: *“El juez fijara las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II.-La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; V.- La edad, educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un pueblo indígena se tomaran en cuenta,*

además sus usos y costumbres; VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”.

Para nuestro más alto Tribunal ha establecido en términos generales la naturaleza de la culpa en el delito, la cual se encuentra visible en la Séptima Época, Instancia: Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 97-102 Sexta Parte, Página: 71, bajo el título:

“CULPA EN EL DELITO. NATURALEZA. En términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando actúa de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo. En otro orden de ideas, la culpa, como actitud mental en la ejecución de un acto, puede existir aun cuando no se produzca un efecto material típicamente antijurídico; sancionándose entonces bajo el concepto de falta que resulta aludido por el artículo 21 constitucional, pero sólo puede juzgarse como delito si se ha tipificado como tal; así, por ejemplo, si se conduce un vehículo a gran velocidad se obra con imprudencia y por ello se sanciona aun cuando no se realice ninguno de los daños previstos como posibles consecuencias de su proceder, pero no se comete delito mientras no se satisfaga una tipicidad. Por esto es impropio hablar de "resultados" o de "daños", suscitando dudas y polémicas. Puesto que se estudia el delito, debe el juzgador concentrar la atención en la terminología propia para su descripción: acto humano, antijuricidad, tipicidad, punibilidad y culpabilidad. Hay culpa en el delito y no delito de culpa; esto es, no hay un delito de culpa como entidad autónoma y unitaria que pudiera sumarse al catálogo de los delitos, junto al fraude, robo, homicidio, etcétera; sino que culpa es uno de los grados, una de las formas con que puede presentarse el factor subjetivo de culpabilidad en los delitos tipificados, mientras no sean éstos especialmente incompatibles con las características particulares de la culpa. Debe hablarse pues, de los delitos de

homicidio, de lesiones, de daño en propiedad ajena, etcétera, cometidos dolosa o culposamente, y no suponer una especial individualidad en el "delito de culpa" que no existe. En nuestro derecho positivo no cabe dudar de tal interpretación, pues ante todo rige el principio de legalidad en los delitos y no existe "tipo" alguno específico que consagre el "delito de culpa" por sí mismo; y aun cuando procediendo ligeramente pudiera dudarse por la forma en que el artículo 50 del Código Penal de Durango sanciona esta clase de infracciones con una pena que quiere ser especial y definida (de tres días a cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años, o privación de derechos para ejercer profesión u oficio), es fácil advertir que tal pena se pregonaba para "los delitos de imprudencia" y no para el delito que quisiera crearse con ese nombre; además, el artículo 51 disipa todo equívoco al establecer, en lo conducente, que los delitos de imprudencia se castigarán con penas que no excedan de las tres cuartas partes de las que correspondería si el delito fuera intencional; finalmente, se tiene el texto del artículo 4o que declara que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de culpa; y así se puede decir para facilitar y encauzar el estudio de este tema, oscurecido por diversos razonamientos desviados de la esencia del delito, que tan impropio es dictar un auto de formal prisión por el delito imprudencial con resultado de daño en propiedad ajena, como hacerlo por el delito intencional con resultado de daño en propiedad ajena".

3.8 INCULPABILIDAD.

3.8.1 CONCEPTO, IGNORANCIA Y ERROR, TIPOS DE ERROR.

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad; de acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto activo es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad a saber: el error y las llamadas eximentes putativas.

En donde el error se subdivide en error de tipo y error de prohibición.

Es momento oportuno el hablar de la ignorancia y el error, lo anterior obedece a que en la investigación de este trabajo los autores en consulta lo citan, sin embargo, al realizar la compulsa y análisis cobra relevancia desde el punto de vista psicológico una distinción fundamental entre la ignorancia y el error; la primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción respecto a un objeto determinado, es un estado negativo, mientras que el error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo. En suma la ignorancia consiste en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.

Sin embargo, esta concepción es irrelevante para el derecho positivo y en la práctica judicial. Las leyes suelen unificar la ignorancia y el error por que consignan a una y otro los mismos efectos; y por ello, los Jueces –criterio al cual me adhiero– no hallan la necesidad de investigar si, en el caso concreto que ante ellos se presenta existe el error o la ignorancia, finalmente lo que prevé la ley es la figura del error.

Así, no se niega que filosóficamente y psicológicamente, puedan y deban distinguirse las nociones sobre ignorancia y error, no hallamos ventajas prácticas para distinguirlos en la esfera técnico-dogmática del derecho penal y adoptamos la corriente unificadora que trata del mismo modo a ambas figuras.

Sobre los tipos de error, citare primeramente al de hecho; el cual se define como aquel que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento; para que el error se considere de hecho, ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico, es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias terminantes al objeto o los sujetos expresados en el tipo legal. Es, en suma el error acerca de la materialidad del hecho ejecutado. Resumiendo en el error llamado de hecho, la ignorancia o el desconocimiento de los elementos fácticos (que se refieren al tipo legal) impiden que en la psique del agente se forme la representación del acto, que la ley declara punible, en orden a su realidad objetiva.

Este error se subdivide a su vez en **error esencial** y en **error accidental**, en donde: **el error de hecho esencial** produce inculpabilidad en el sujeto cuando es **invencible**, pudiendo *recaer sobre los elementos constitutivos del delito*, de carácter esencial o sobre alguna agravante de penalidad, el error esencial **vencible** (aquel en que el sujeto pudo y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad; –esto es recae sobre la conducta o hecho tipificado, recae sobre el objeto, sobre el sujeto pasivo, sobre el carácter legítimo de la conducta o de hecho (eximentes putativas) y sobre el carácter legítimo de orden (obediencia, aunque a la fecha no es muy utilizada) –, en el **error accidental** no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simple circunstancias objetivas, etc, comprendiendo así los llamados casos de “*aberratio ictus* y *aberratio in persona*” o dicho de otra forma error en el golpe y error en la persona o en el objeto, respectivamente, figuras que a continuación se precisan.

En el “*aberratio ictus*” existe una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto, **CARRARA** había propugnado el criterio unitario, al expresar que la voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de un ciudadano y su brazo la ha producido, la anterior aseveración se hace tomando en cuenta el ejemplo clásico que a continuación se enuncia: “sí un sujeto “A” dispara un arma contra otro sujeto “B”, con animus necandi, pero por su mala puntería hace que el proyectil se impacte en otro sujeto “C” causando su deceso, a quien no tiene la intención de matar, responderá por homicidio doloso.

Sobre el “*aberratio in persona*” el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a la errónea representación. Siguiendo el ejemplo que antecede “A” queriendo matar a “B”, lo confunde con “C” causando el deceso de este, existe error en la persona, respondiendo por homicidio doloso.

Por lo referente al *error de derecho* **PAVON VASCONCELOS** recordando a **SAVIGNY** y quien en su estudio respectivo al derecho romano afirma: “El error de

derecho; es decir, sobre las condiciones que el hecho debe revestir para la aplicación de una regla jurídica”.⁴² No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros, por **BINDING** y **VON LISZT**, enfatizando que para el primero de ellos el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el derecho carece de toda importancia, de lo cual infiérase que el error relevante es necesariamente un error de derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de derecho; en tanto que para el segundo de los mencionados autores declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. Así la distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley.

3.8.2 EXIMENTES PUTATIVAS.

Continuando con el análisis del elemento negativo intitulado inculpabilidad le corresponde el turno hablar de las eximentes putativas, las cuales se definen como aquellas situaciones en las cuales el agente o el sujeto activo, por un *error esencial* de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita sin serlo.

El error también es *esencial* dice **CASTELLANOS TENA** al citar a **SOLER**, cuando: “Se creé estar en una situación justificada.”⁴³ En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina por que además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta.

⁴² Jiménez de Asúa, Luis. Introducción al Derecho Penal Tomo I., Editorial Universitaria 2002, pag. 523.

⁴³ Castellanos Tena Francisco. *Ob cit.* p.266.

Se señalan como eximentes putativas, las siguientes:

a).- *Defensa putativa*, en donde el sujeto creé, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una autentica agresión. B).- En el *estado de necesidad putativa*, la creencia de un estado de peligro, real, grave, inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. C).- En el *ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos*, la conducta antijurídica se supone lícita a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta.

Es momento oportuno precisar que no deben de confundirse las eximentes putativas con error de derecho, ya que si bien en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el segundo el sujeto activo “creé que su conducta o hecho no son delictuosos por desconocimiento de la existencia de la norma penal o por inexacto conocimiento de la misma”; en cambio, en las eximentes putativas, el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos no por el desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal sino por que el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial invencible.

En concordancia con las figuras antes precisadas la ley Sustantiva Penal Federal, plasma en el artículo 15 fracción VII, lo siguiente: “*El delito se excluye cuando: VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta*”.

Lo anterior se ve robustecido con lo señalado en las tesis y jurisprudencias que a continuación se citan, sin embargo, es menester hacer la aclaración que la primera de ellas se refiere a una fracción diversa de la Ley Punitiva Penal Federal en comento, sin embargo, su contenido se ve concatenado muy estrechamente

con las figuras en estudio; en tanto que la jurisprudencia subsecuente si bien es cierto se hace referencia al artículo 59 bis, el cual se encuentra derogado, también lo es que se refiere al actual artículo 66 del cuerpo de leyes en cita.

ERROR EN LA COMISIÓN DE UN DELITO, CREYENDO COMETER OTRO, NO ENTRAÑA CULPABLE IGNORANCIA. Una interpretación armónica de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal Federal, permite establecer que el legislador, si bien reconoce como excluyente de responsabilidad delictiva el hecho de "realizar la acción y omisión bajo error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal (error de tipo) o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta" (error de prohibición) siempre y cuando el error sea invencible no menos verdadero resulta que tal eximente no abarca ni puede abarcar a aquellos casos en los que el activo del delito, creyendo cometer un ilícito (introducción legal al país de mercancías de procedencia extranjera), comete otro distinto (introducción ilegal al país de estupefacientes), pues el error que prevé el dispositivo legal en cita, se refiere a la tipicidad de la conducta en abstracto al actuar contra derecho, sea cual fuere su posible encuadramiento, ya dentro de una u otra figura delictiva, caso en que la voluntad del activo es de todas suertes la de violar la ley.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988, Página: 256.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 762/88. Alberto Hurtado Martínez. 29 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. No obstante que a través de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado "error de prohibición directo", lo que hace al artículo 59 bis del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato

punitivo privilegiado, al facultar al juzgador para imponer "hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso", y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de "cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto", situaciones que deben quedar plenamente probadas.

Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte S. C. J. N., Tesis: 146. Página: 82.

Séptima Época:

Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervasio Rodríguez y coags. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz. 12 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 36/86. Aurelio García Luna. 14 de abril de 1986. Cinco votos.

Amparo directo 76/86. Alcíbiades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos.

NOTA:

Semanario Judicial de la Federación, vols. 205-216, Segunda Parte, pág. 59.

Esta tesis aparece en el Informe de 1986, Segunda Parte, Primera Sala, página 10.

El artículo 59 bis a que se refiere esta tesis, corresponde al actual 66.

3.8.3 CASO FORTUITO.

Para **CARRARA** el “casus” no sólo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, en tanto **ALIMENA** hace radicar la noción del caso en la “imposible previsibilidad del evento”, para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, considera: “que el límite, para la imposición de las penas se encuentra en lo incalculable, es decir, en el caso fortuito.”; **MANZINI** ha sostenido que la fórmula que separa la culpa del dolo radica en la falta de previsión, en tanto aquella se distingue del “caso fortuito” en la imposibilidad de previsión.⁴⁴

Para este autor italiano el “caso” es toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual ha impedido al sujeto mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse a un precepto penal, o a otra norma de conducta, de la violación ordinaria de la cual puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas.

Criterio eminentemente subjetivo, como es la ausencia de voluntad en la causación del resultado, al no generarse éste ni por intención ni por culpa. Contrario a esta postura surge el criterio material, ubicando al “caso fortuito” dentro de los aspectos negativos del delito, estimando una causa de supresión de la conducta y por ello aspecto negativo de ésta. Sin embargo, cobra especial relevancia la corriente mayoritaria en la doctrina, quien estima el “caso” como el límite de la culpabilidad. Allá en donde termina la culpa, se afirma, surge el caso fortuito, si este queda fuera del ámbito de lo culpable no es posible el juicio de reprobación respecto al hecho y a su autor.

Con toda evidencia, sigue teniendo validez el criterio de la imprevisibilidad para construir la noción de la citada figura en estudio. No existe culpabilidad y por ende responsabilidad cuando el resultado dañoso se causa por falta de previsión

⁴⁴ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 449.

de lo imprevisible, no existiendo reproche suficiente en alguna omisión del sujeto a un deber especial, pues la ley no pone a su cargo la previsión de lo imprevisible.

La Ley sustantiva Penal Federal establece en su artículo 15 fracción X como excluyente del delito cuando el resultado típico se produce por caso fortuito. Sin embargo, dicho precepto legal no define lo que se entiende por caso fortuito, mientras que el Poder judicial de la Federación sostiene en la jurisprudencia y tesis, respectivamente, lo siguiente:

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte S.C.J.N., Tesis: 66, Página: 37.

“CASO FORTUITO, EXCLUYENTE DE. La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho.”

Sexta Época: Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3513/56. Clemente López Torres. 24 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 918/59. Juvenal Aguilar Anguiano. 22 de abril de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 7757/59. Luis Castillo López. 6 de abril de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz. 2 de febrero de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Enero de 1991, Página: 166.

“CASO FORTUITO. REQUISITOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DE TAL EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Para la concurrencia de la eventualidad denominada caso fortuito, prevista como excluyente de responsabilidad en el artículo 15, fracción X, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se requiere como presupuesto un actuar lícito, cuidadoso y precavido del agente, el que aunado a una causa ajena e incontrolada, propicie un resultado típico, aunque por lo mismo impredecible.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 1010/90. Juan Bedolla Cortés. 28 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin.

3.9 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

3.9.1 Punibilidad, su Concepto, ¿Elemento o Consecuencia?.

Al determinar el delito en el presente trabajo de tesis, se citó que un concepto sustancial del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible; por tanto, se da el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito.

Ahora bien, desde un punto de vista formal, el concepto de delito puede reducirse a la conducta punible –acto u omisión que sancionan las leyes penales– según lo determina el artículo 7 de la Ley Sustantiva Penal Federal.

PAVON VASCONCELOS define a la punibilidad como: “La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las

normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”⁴⁵

FERNANDO CASTELLANOS, define a la punibilidad como el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.⁴⁶

Es momento de contestar a la siguiente interrogante sobre la punibilidad ¿elemento o consecuencia?; para poder responder desde un punto de vista eminentemente dogmático se confrontaran y retomaran diversos conceptos del delito para de ahí emitir uno propio, así las cosas para **BETTIOL**, se refiere al delito como al hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

CUELLO CALÓN, cita: “El delito es fundamentalmente acción punible”, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquel; mientras que para el autor Español **JIMÉNEZ DE ASÚA**, precisa: “lo característico del delito es ser punible”; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.⁴⁷

Entre los penalistas mexicanos y retomando a **FERNANDO CASTELLANOS** e **IGNACIO VILLALOBOS**, expresa el primero que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de la normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; así el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por mas que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considera la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto

⁴⁵ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 453.

⁴⁶ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 275.

⁴⁷ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 455.

algo externo al mismo. “Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter por que se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles.”⁴⁸ El segundo de los autores se encarga de hacer hincapié en que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la sociedad y por ella externa a aquel, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible por que es delito; pero no es delito por que es punible.

Criterios a los cuales me adhiero destacando que no se da el tratamiento de delito en orden a su sanción, sino a las acciones u omisiones consideradas como ilícitas y que se encuentran contenidas en nuestras leyes sustantivas y en leyes especiales, y es a través del pacto o contrato social depositado en el Estado que se sanciona o penan diversas conductas para conservar un orden social.

Continuando con el estudio dogmático de lesiones, homicidio y aborto cometidos por Médicos, Enfermeros o Residentes por negligencia, mal praxis y/o iatrogenia se desprenden las siguientes sanciones:

Para el caso de lesiones si no pone en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince días, se le impondrá de seis meses a un año de prisión, o de cincuenta a cien días multa, o ambas sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de un año a tres años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Sí la lesión perturba para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales se le impondrá de cinco a ocho años de prisión y de trescientos a quinientos días

⁴⁸ *Ibidem.*

multa.

Si de la lesión inferida resulte una enfermedad segura o incurable, al inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o la pérdida total de algún sentido o impotente o con deformidad incorregible, se le impondrá una pena de ocho a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa.

De igual manera se les aplicara suspensión para el ejercicio de su profesión igual a la pena privativa de libertad a los sujetos activos de los delitos en cita.

Sanciones que son consideradas a manera de propuesta de iniciativa de reforma para ser adicionadas por medio del artículo 293-Bis del Código Penal Federal.

Para el delito de homicidio causado por un Médico, Cirujano, o Enfermero o quien haya participado de manera directa en la atención médica del paciente se le aplicara la sanción que contempla el artículo 307, (homicidio simple) de doce a veinticuatro años.

Punición considerada para la adición del Artículo 302-Bis de la Ley Sustantiva Penal Federal.

Respecto al aborto su penalidad es de uno a tres años de prisión para la hipótesis de que al que hiciere abortara una mujer, sea cual fuere el medio que empleare, con el consentimiento de la madre, y cuando faltare éste la prisión será de tres a seis años; sanción contenida en el artículo 330 del Código Penal Federal; si las citadas conductas las causare un Médico, Cirujano, Comadron o Partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión. – Aquí cabría hacer la aclaración que sólo para los Médicos podría aplicarse tal sanción, toda vez que un Comadron o una Partera no constituyen profesiones, por

lo que se considera desfasados los citados términos—.

3.9.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS, SU DEFINICIÓN.

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

JIMÉNEZ DE ASÚA, cita: “Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública”.⁴⁹

Mientras para **CASTELLANOS TENA** congruente con su punto de vista de considerar a la punibilidad como consecuencia del delito —lo que se ha analizado anteriormente— precisa: “...se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basadas en consideraciones de variado índole, excusa de pena a su autor. “Así entendida, a la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias.”⁵⁰

Concatenado con lo antes puntualizado y a manera de ejemplo se citan a continuación los criterios sostenidos por nuestro máximo Tribunal, los cuales son bajo el tenor siguiente:

SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCUSA ABSOLUTORIA. Tratándose de la modalidad de posesión del delito contra la salud, para que opere la exculpante de incriminación penal a que se refiere el último párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal (actualmente artículo 195, fracción I), es necesario que el activo del delito sea toxicómano y que el estupefaciente que se le recoja sea la dosis racionalmente necesaria para la necesidad tóxica de su consumo inmediato

⁴⁹ Pavón Vasconcelos. *Ob cit.* p. 460.

⁵⁰ Castellanos Tena, Francisco. *Ob cit.* p. 279.

personal.

Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 1000, Página: 626.

OCULTACIÓN DE CADÁVER, INEXISTENCIA DEL DELITO DE. Cuando el propio homicida oculte el cadáver de su víctima, es manifiesto que no se puede considerar que se está en presencia de la hipótesis contenida en la fracción II del artículo 280 del Código Penal del Distrito Federal (fracción semejante a la II del artículo 275 del Código del Estado de Tabasco y a lo preceptuado por otros códigos locales que contienen la misma disposición), puesto que se trata de un acto de ocultación de los vestigios del delito cometido. La hipótesis mencionada la puede efectuar sólo una persona extraña al delito; en consecuencia, por mandato legal, existe una excusa absolutoria para los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del responsable del homicidio que oculten el cadáver, lo que revela claramente la voluntad de la ley y su correcta interpretación.

Séptima Época:

Amparo directo 5749/70. Saúl Torres García. 14 de junio de 1971. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2526/71. Venustiano Lara Martínez. 18 de octubre de 1971. Cinco votos.

Amparo directo 359/72. Rubén Francisco Lozano Garza. 2 de agosto de 1972. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3370/72. Francisco Rodríguez García. 10 de enero de 1973. Cinco votos.

Amparo directo 2830/73. Marciano Prieto Aguilar. 7 de marzo de 1974. Unanimidad de cuatro votos.

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo:

POSESIÓN DE MEDICAMENTOS PARA USO TERAPÉUTICO. EXCUSA ABSOLUTORIA. OPERA CUANDO SE POSEE CANTIDAD NECESARIA PARA TRATAMIENTO. En los términos del último párrafo del artículo 194 del Código Penal Federal, adicionado por decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, la simple posesión de medicamentos, previstos entre las sustancias a las que se refiere el artículo 193 del propio código, cuya venta al público se encuentra supeditada a requisitos especiales de adquisición no será sancionada si los medicamentos por su naturaleza y cantidad son los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea, lo cual significa que la valoración de la cantidad poseída, debe hacerse a la luz de un criterio racional vinculado al tratamiento médico, sin tomar en cuenta los diversos criterios establecidos por el propio numeral 194 para valorar la posesión de drogas diversas a los medicamentos, como son los de consumo inmediato y de no exceso a la cantidad necesaria para la satisfacción del adicto durante un término máximo de tres días, pues la voluntad del legislador fue excluir de sanción a los simples poseedores de medicamentos, cuando estuvieran sujetos a tratamiento médico, de ahí que si la cantidad poseída es acorde a lo necesario para el tratamiento, conforme a la presentación del producto médico, resulta contrario al numeral 194, último párrafo, determinar que la posesión del medicamento no está excluida de sanción, si la cantidad excede de la necesaria para el consumo inmediato o para la satisfacción del adicto por un término que no exceda de tres días, ya que la razón explicativa de la excusa absolutoria no radica en la satisfacción del adicto, sino en la necesidad de la utilización del producto para el tratamiento médico.

Octava Época, Instancia: Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, Febrero de 1993, Página: 301 Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.

Amparo directo 314/92. León Alberto Toscano Guerrero. 25 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Renato Sales Gasque. Secretario: Luis

Manuel Vera Sosa.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII, Noviembre de 1991., Página: 208.

ENCUBRIMIENTO. SENTIDO DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN LA PARTE FINAL DEL ARTICULO 400 DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVO AL DELITO DE. En efecto, la excusa absolutoria prevista en la parte última del artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia Federal, como la propia excepción punitiva lo previene, sólo es susceptible de actualizarse "en lo referente al ocultamiento del infractor", no así en aspectos diversos como el de impedir o entorpecer la asequibilidad de efectos, objetivos o instrumentos del delito, ya que en este caso se darían las hipótesis contempladas en el primer párrafo de la norma sustantiva que se alude.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 688/91. José Luis Gómez Tinajero. 28 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995., Tomo: Tomo II, Parte S.C.J.N. Tesis: 224, Página: 128

Una vez acotada la definición de lo que se entiende por excusas absolutorias así como los criterios respecto a esta figura y concatenado con la propuesta que se ha venido desarrollando se concluye que no opera para los delitos en estudio.

IV. LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

4.1 COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, es un Órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía técnica, –definida esta como la facultad que tiene para conducirse con independencia en el aspecto técnico, es decir, en la realización de las funciones propias para las que fue creada, ya que se le permite actuar con libertad, en la recepción de quejas e investigación de presuntas irregularidades en la prestación o negativa de servicios médicos en el País–, entendido como prestación de servicios médicos, de acuerdo con el Título Tercero de la Ley General de Salud y su Acuerdo de creación, mismo que señala: “son prestadores de servicios médicos, las instituciones de salud de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica. Los usuarios de un servicio médico son las personas que solicitan, requieren y obtienen dicho servicio de los prestadores de servicios médicos del País”; pudiendo además, emitir opiniones, acuerdos y laudos, –como lo establece el artículo 1 del Acuerdo de su creación–; tiene a su cargo, además, brindar asesoría e información a los destinatarios y usuarios de los servicios médicos, investigar quejas, intentar amigables composiciones, fungir como árbitro, informar a las Autoridades u Órganos competentes sobre incumplimiento de requerimientos solicitados, vistas a los diversos Órganos de Control Interno y denuncias ante las autoridades correspondientes por conductas irregulares de los prestadores de servicios médicos; concertar y coordinar actividades de su competencia con instituciones de salud, destacando por su importancia dos instrumentos de colaboración, a saber: las Bases de Colaboración, suscritas en el año de 1997 con el I.S.S.S.T.E. y las Bases de la misma índole expedidas al año siguiente con el I.M.S.S.; elaborar peritajes y dictámenes médicos, asesorar a Gobiernos locales para el establecimiento de órganos semejantes y el orientar a los usuarios de los servicios médicos.

Es menester señalar que lo citado en líneas precedentes si bien son

algunas de las facultades de la CONAMED, las mismas se analizaran en el desarrollo del presente capítulo de acuerdo a lo señalado en el Decreto de su formación, añadiendo un comentario a cada facultad y/o atribución.

4. 2 SU CREACIÓN, ESTRUCTURA, COMPETENCIA, FUNCIONES Y ATRIBUCIONES.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, nace a raíz del incremento en el número de denuncias en contra de Galenos a partir del año de mil novecientos ochenta y ocho, se vislumbró la necesidad de crear una instancia que resolviera las controversias existentes entre los pacientes y los profesionales de la salud, con autonomía operativa y financiera, lo que permitiría una disminución significativa a la carga excesiva del Ministerio Público y de los Tribunales Civiles y Penales; sin embargo, este fin a la fecha no se ha cumplido, al contrario va en aumento.

En junio del año de mil novecientos noventa y seis, se publica el Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, entrando en funcionamiento a partir del diez de junio de ese año, siendo nombrado el Doctor Héctor Fernández Varela como su titular.

Así mismo, la CONAMED, cuenta con su Reglamento Interno, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día tres de febrero de dos mil cuatro, y el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas el día veintiuno de Enero del año dos mil tres

En cuanto a su estructura orgánica, la misma se haya contenida en el artículo 5 del Decreto de su creación el cual cita: "Para el cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional contará con: I. Un Consejo; II. Un Comisionado; III. Dos Subcomisionados, y IV. Las Unidades Administrativas que determine su Reglamento Interno; en donde:

El Consejo esta integrado por diez miembros y presidido por el Comisionado. Los Consejeros serán designados por el Ejecutivo Nacional, –lo

que hace dependiente del Poder Ejecutivo— quienes han de ser personas civiles de reconocida trayectoria profesional. (artículo 6 del Decreto en cita), por otro lado, éste artículo en su segundo párrafo cita: “Los Presidentes en turno de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía serán invitados a participar como Consejeros.

Por lo referente al Comisionado, este será nombrado por el Presidente de la República, –como lo supone el artículo 9 de su Decreto– en su artículo subsecuente se enlistan los requisitos necesarios para ser Comisionado, del cual destaca la fracción III misma que es del tenor siguiente: “Haberse distinguido por su probidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de las actividades que se vinculen a las atribuciones de la Comisión Nacional”.

Respecto de los Subcomisionados el último párrafo del artículo en comento señala que éstos deberán de cumplir con los mismos requisitos del Comisionado y las funciones estarán señaladas en el Reglamento Interno, en cuanto a sus atribuciones y facultades genéricas se encuentran establecidas en el artículo 8 del citado Reglamento Interno de la Comisión, en donde destaca por su importancia las fracciones III y IV, mismas que citan: “Fracción III.- Apoyar técnicamente y conforme a sus respectivos ámbitos de competencia por materia, médica y jurídica, las actividades de las Direcciones Generales conforme a las instrucciones del Comisionado; Fracción IV.- Proporcionar la información, datos y cooperación técnica que soliciten otras dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de conformidad con las instrucciones que al efecto gire el Comisionado”.

Desde el punto de vista orgánico y operacional encontramos que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuenta con: “Un Comisionado Nacional, Subcomisión Médica, Subcomisión Jurídica, Dirección General de Administración, Dirección General de Calidad e Informática, Dirección General Orientación y Gestión, Dirección General de Arbitraje, Dirección General de Difusión e Investigación, Dirección de Comunicación Social, Dirección de Coordinación y Dirección de Asuntos Jurídicos. Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 3 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, publicado en

el Diario Oficial de la Federación el día tres de febrero de dos mil cuatro.

Bajo esta tesisura no menos importante es señalar el contenido del artículo 12 del precitado Decreto de creación de la Comisión, el cual establece: “La vigilancia de la Comisión Nacional estará a cargo del Delegado designado a la Secretaría de Salud, por la Secretaria de Contraloría y Desarrollo Administrativo – hoy Secretaría de la Función Pública– quien ejercerá las facultades que establecen las leyes aplicables. El control interno de la Comisión Nacional estará a cargo de una Contraloría Interna que tendrá las facultades que establezca el Reglamento Interno, sin perjuicio de las que en términos de las disposiciones legales aplicables le competen a la Contraloría Interna de la Secretaría de Salud”.

Si bien es cierto la Comisión Nacional de Arbitraje Médico posee autonomía en sus actuaciones, también lo es que su funcionamiento es vigilado por su Contraloría lo que asegura el cumplimiento de los objetivos de su creación; lo cual implica remitirnos necesariamente a el artículo 19 de su Reglamento, mismo que versa de la siguiente manera: “La Comisión contará con un Órgano Interno de Control, al frente del cual estará un Titular designado en los términos del artículo 37 fracción XII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, quien se auxiliará para el ejercicio de las facultades previstas en la Ley Orgánica mencionada, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, por las áreas de Auditoría Interna y Quejas y Responsabilidades designados en los mismos términos”.

Por lo referente a sus facultades y atribuciones jurídicas de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se enumeran en el artículo 4 del Decreto de su creación y en su Reglamento Interno en el diverso 3, los cuales debido a su importancia se transcribirán cada fracción, lo anterior obedece a que se realizara un análisis a cada una de ellas:

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

Esta atribución destaca el hecho de que la asesoría es para ambas partes –usuarios y prestadores de servicios– para estos últimos rara vez se aplica y la idea general es que para estos solo se generan obligaciones y el posible derecho que podría generarse es el de una retribución o de un pago por éste.

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

Esta fracción se refiere a la facultad de la Comisión para atender las quejas del usuario, destacando que para que exista una “posible irregularidad” se requiere de estudio, análisis e investigación para calificarla como tal; por lo referente al artículo 3º se refiere a proteger, promover y restaurar la salud física o mental del usuario.

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

De esta fracción anteriormente citada se colige que no se trata de una facultad sino de una obligación, lo anterior es así, toda vez que si uno de los objetivos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, es la de tratar de resolver los conflictos originados con la prestación de servicios médicos, lo esperado es que se deban de recibir las pruebas de las partes en conflicto, sin embargo, lo relevante es la facultad de poder solicitar todo el apoyo técnico necesario para poder proceder adecuadamente, traduciéndose esto en peritajes y opiniones medicas de especialistas de mayor prestigio nacional.

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

a).- Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;

b).- Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y

c).- Aquellas que sean acordadas por el Consejo.

Destaca de esta fracción el término “amigable composición” lo cual indica que solamente se trata de una actividad conciliatoria de un tercero ajeno, al que se le ha aceptado como mediador, si es fructífera su intervención lograra avenir a las partes logrando con ello una solución autocompositiva, sin embargo, si resulta en sentido negativo no se estará solucionando ningún tipo de conflicto.

Así mismo, se enlista aquellas causas que darían lugar a un conflicto de las que se incluyen tanto acciones como omisiones derivada de la relación entre usuarios y prestadores de servicios médicos, así como las acordadas por el “Consejo” lo que constituye a este órgano capaz de calificar aquellas situaciones que pudieran ser consideradas como conflictivas.

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

Aquí lo relevante es señalar la posibilidad que tiene la comisión de fungir como árbitro para la solución de problemas, aunque tiene que ser a expreso consentimiento de las partes, aquí cabría hacer el señalamiento en el sentido de que sí el prestador de servicios médicos se rehúsa a someterse a dicho procedimiento no tendría sentido.

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

Esta fracción nos habla de los requisitos de procedibilidad para la actuación de la Comisión los cuales son por queja o de oficio; esto quiere decir que la Comisión esta facultada a recibir las quejas de los interesados y darles seguimiento.

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

Esta es una de las atribuciones importantes de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, ya que si sus requerimientos son inobservados o no son desahogados por parte de servidores públicos de cualquier sector o ámbito de la administración pública, tiene la posibilidad de informar de tales omisiones al órgano de control interno de que se trate, además, da sentido a su actuación contando con la información necesaria para poder llegar a una solución amigable del conflicto generado entre el usuario y el prestador de servicios médicos.

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

Fracción que se encuentra concatenada con la anterior, en donde las omisiones de requerimientos de la Comisión son hechas del conocimiento a diversos sectores médicos, y si de ellas se deriva la comisión de un delito, se hará del conocimiento del Ministerio Público competente.

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

Esta fracción, es sumamente importante, en atención a que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico posee la calidad ética y el conocimiento especializado para poder emitir dictámenes o peritajes, los cuales ayudaran a la

mejor comprensión a Agentes del Ministerio Público no sólo en el ámbito federal sino también del orden Común, así como la de los órganos jurisdiccionales; pruebas documentales que allegaran de elementos suficientes para que junto con los que obren glosados en los expedientes o causas ayudaran a que se llegue a una determinación.

Aunque para diversos sectores esta en duda que los Médicos adscritos a la Comisión son parciales al emitir opiniones especializadas o peritajes, en donde se encuentren vinculados sus homólogos con un procedimiento de índole penal, también es verdad como se ha citado en el párrafo precedente que un dictamen u opinión no hace prueba plena, sino que se necesita de otros elementos para llegar a emitir una resolución o una sentencia, debiendo estar sujetos a lo establecido en el capítulo IX de la Ley Adjetiva Penal Federal, exponiendo aquellos razonamientos que hayan tenido en cuenta para llegar a tal determinación.

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

Esta mas que una facultad es un medio para cumplir sus objetivos, que además es oportuna y será de gran utilidad ya que permite la celebración de diversos convenios, como los que ha suscrito con el I.M.S.S. y el I.S.S.S.T.E. –ya señalados anteriormente–.

Fracción XI.- Asesorar a los Gobiernos de las Entidades Federativas para la constitución de Instituciones análogas a la Comisión Nacional;

Esto permitirá acercar a los Estados una Institución que vele por la correcta prestación de servicios médicos a la población, a través de la recepción de quejas e investigación de presuntas irregularidades en la prestación o negativa de servicios médicos en el País, además de brindar asesoría e información a los destinatarios y usuarios de los aludidos servicios médicos.

Respecto a los mecanismos utilizados por la citada Comisión para resolver las controversias derivadas de las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos, son fundamentalmente: la conciliación y el arbitraje, las cuales se inician por medio de la *queja* –inconformidad en que el usuario del servicio médico la cual versa sobre la mala prestación del servicio o la negativa a otorgarla–.

Para presentar una queja existe un documento con espacios en blanco para ser requisitado por el usuario u otra persona, en el que primero se inserta anotaciones utilizables para su archivo, conteniendo en el encabezado la fecha de su emisión, número de folio, número de expediente y fecha de registro, continua con el nombre del usuario afectado, seguido por los datos de identificación de la persona que presenta la queja –se puede dar el supuesto en el que el que promueve no es el usuario– posteriormente se anotan los datos que recibe y atiende la queja, el número de la mesa, el nombre de los consultores –un Médico y un Licenciado en Derecho– la clase de problema presentado –ejemplo relación Médico-Paciente– y la subclase –maltrato– se encuentra un apartado en donde se señala el nombre del prestador de servicios médicos contra quien se presenta la queja y la institución a la que pertenece, a continuación se encuentra otro apartado destinado para asentar una descripción de los hechos –mismo que debe ser llenado de la forma mas clara y concisa– concluyendo con la firma del quejoso.

Llevada la queja por el usuario ante la mesa respectiva, la cual será atendida por un Médico y un Licenciado en Derecho, explicaran al usuario la procedencia o no de la queja, explicándole con toda claridad algunos aspectos que le eran desconocidos, como padecimientos, y si no quedan conformes se procede a la etapa de la conciliación, misma que se define como: “una practica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o una solución adoptada de mutuo acuerdo”.¹

1 Carrillo Fabela, Luz María. *Ob cit*, p. 162.

Para que inicie la etapa conciliatoria se gira citatorio al profesional a fin de que se apersona en las instalaciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en donde se le hará saber que tiene interpuesta una queja en su contra y el motivo de esta, se le preguntara si es su deseo intervenir en la audiencia de conciliación o si lo desea pasar directamente a la etapa de arbitraje, en este supuesto hay que recordar que la Comisión no posee el carácter de autoridad –ya que para que se considere autoridad necesita la potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo una amenaza de sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario– y no puede obligar al prestador de servicio médico a presentarse si éste no lo desea. Si la parte quejosa no desea la intervención de la Comisión se le deja a salvo sus derechos para hacerlos valer en la vía e instancia que considere idónea. Ahora bien, si ambas partes acuden a la audiencia conciliatoria y si llegan a una solución se procede a redactar de inmediato un convenio con el cual se da por concluido el caso. De no ser así lo que sigue es la etapa arbitral.

Esta adopción de método resolutivo que se halla a medio camino entre la solución simplemente convencional y jurisdiccional supone someter su litigio o controversia a un tercero, denominado árbitro, el cual es elegido por ellos, el cual emitirá una resolución denominada laudo –el cual equivale a una sentencia judicial, el cual se vuelve ejecutable una vez que la autoridad lo homologa– al que se sujetaran los contendientes como si se tratara de una verdadera sentencia –en rigor el laudo es una sentencia, en tanto resuelve acerca de las pretensiones de las partes y con ello pone fin al litigio–.

Para llegar a tal resolución primero –como se ha señalado– se tratara nuevamente de conciliar a las partes, se dará una oportunidad para que se haga una ampliación de la litis o esclarecimiento o cambio de ésta, se entra a la etapa de admisión de pruebas, ello no obsta para que la Comisión por si misma solicite a los especialistas que crea necesario los dictámenes que orienten su decisión – no debemos olvidar que la Comisión cuenta con registro de especialistas para ello y el costo de los mismos corre a cargo de ésta– otro aspecto importante es el hecho de que al solicitar los dictámenes se hace en anonimato es decir, se

entregara el expediente médico sin que aparezca el nombre del profesional contra de quien se esta presentando la queja.

Una vez acumuladas todas las pruebas necesarias se dará el desahogo de las mismas en una audiencia en la que asistirán ambas partes.

Acto seguido se apertura la etapa de alegatos en donde las partes manifestaran lo que a sus intereses convenga, normalmente esta etapa corresponde a la reiteración de la litis.

Así las cosas, se llega a una resolución que llevara el nombre de laudo. Generalmente dentro de los puntos a que se comprometen es que renuncian al recurso de apelación del laudo arbitral, en efecto tiene sentido si pensamos que las partes tienen en mente impugnar la resolución arbitral poniendo a consideración del órgano jurisdiccional el laudo por ellos emitido, será mejor que desde un principio acudan a esa instancia y resuelvan su conflicto. El recurso que queda libre para la parte que sienta lesionadas sus garantías individuales con la determinación en comento es el juicio de amparo –aquí es importante hacer la aclaración que no es contra del laudo en sí, tampoco se señala como autoridad responsable a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, pues como se ha señalado con antelación no es autoridad y sus resoluciones no tienen carácter vinculatorio, merecen por tanto que las autoridades jurisdiccionales las ejecuten, entonces contra esas autoridades procederá el amparo.

Para acotar lo referente a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, señalare que resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos; para lograr tal objetivo, es que se ha creado la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano al cual pueden acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo

para los órganos jurisdiccionales, claro y de ninguna manera sustituirlos.

En este orden de ideas es indispensable que la Comisión garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias de que conozca.

CONCLUSIONES.

A lo largo de la historia del derecho penal cuyos inicios nos remontamos a la época en que el hombre vivió por primera vez en comunidad, pasando por diversas etapas como la venganza privada, en donde la solidaridad del grupo familiar y la consanguinidad, inclusive, del propio grupo o gens absorbió la defensa-ofensa y cuya pena relevante o trascendente es la expulsión del sujeto que ha ofendido al grupo, quedando en total desamparo y a su incierto destino; asimismo son figuras representativas la famosa y citada ley del Tali3n, el C3digo de Hammurabi, (3ste 3ltimo data del siglo XXIII a J. C.), cuyos preceptos establecen el principio de la retribuci3n, al sancionar con el da3o de la pena con otro semejante al delito inferido.

Tali3n y Composici3n representan un adelanto moral y jur3dico para la humanidad, un progreso que no habr3a de perderse en lo horizontes de la historia: la multa en beneficio del Estado es una supervivencia evolucionada de la primitiva composici3n.

Ya situados en el siglo XIV a J.C., el progreso del llamado "derecho represivo" se vio reflejado de una manera muy significativa en la uni3n de 3ste con la religi3n, ejemplo claro y palpable es el Panateuco Mosaico (conjunto de cinco Libros que integran la primera parte del antiguo testamento) y los Libros Sagrados de Egipto, en donde se advierte claramente que el derecho a castigar proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a 3sta.

Las ideas penales se transforman tomando un car3cter eminentemente p3blico, cuyo fin principal es el mantener el orden p3blico a toda costa, aqu3 surgen las leyes mas severas, aunque cabe decir que no eran iguales para todo el gobernado, a la nobleza rara vez se les aplicaba, mientras que a los plebeyos se les reservaba los castigos mas sanguinarios y severos, inclusive era considerado a todas luces como una etapa de verdadero terror e intimidaci3n para el sometimiento del soberano a grupos vulnerables atentando a toda libertad humana; a esta etapa se le llam3 de la venganza p3blica (edad media).

Ante tal periodo cruento y en contra posición surge el llamado periodo humanitario promovido por el movimiento ideológico intelectual y libertario del siglo XVII, movimiento iniciado por Cesar Bonnesana, seguido de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, destacando su valiente crítica al sistema represivo, el rigor de las penas no sirve de nada si no va acompañado de la certidumbre del castigo, es preferible contener al delincuente por la amenaza de una pena que el futuro de suplicios que no libraré, entre mas castigo al ser humano mayor insensibles se vuelven, desaparece la figura del indulto, el cual era emanación del Rey, (figura la cual se homologa a la contemplada en nuestra Ley Sustantiva Penal Federal en su artículo 97); respecto al sistema carcelario las aportaciones de John Howard fijaron las bases del mismo.

El delincuente se transforma, y con ello se continúa con la valoración del sistema penal, el delito es ahora considerado como resultado de complejos factores, y se convierte en objeto de la máxima preocupación científica de la justicia; el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas.

En la llamada escuela clásica cuya finalidad fue la de estructurar un derecho penal que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, lograra desenterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, los clásicos se empeñaron en estudiar el derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico-abstracto.

En consecuencia el derecho penal y la pena eran considerados por esta, no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a éste, donde fuese necesario, un disuasivo, es decir, una contra motivación. Los límites de la combinación y de la aplicación de la sanción penal, así como las modalidades del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la necesidad o utilidad de la pena y por el principio de legalidad.

Ya instaurados en el siglo XVIII, con motivo de los brillantes estudios realizados por **CÉSAR LOMBROSO**, quien hace un análisis del hombre

delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica, la etiología de los delitos hay de hallarse principalmente en lo factores que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, sin pasar inadvertido el valor de los factores individuales o antropológicos e inclusive los factores físicos, en resumen se trata de un fenómeno natural, producido por el hombre dentro del seno social creando un determinismo y dejando atrás el libre albedrío de la escuela clásica.

La evolución de las ideas penales ha dejado claro como el hombre ha buscado, ha propuesto o incluso justificado las conductas antisociales o delictivas, dejando claro que en la realidad fáctica el sistema penal o represivo ha fracasado, aún queda sin resolver la pregunta ¿Qué orilla al ser humano a conducirse contrario a la norma penal?, ya sea que influyan condiciones sociales, antropológicas, o bien que se busque prevención a través de la intimidación de las penas (las cuales son ineficaces y a la fecha no se ha visto reflejado en nuestra sociedad la disminución del fenómeno delictivo); no se cumple con la justicia penal, y como se ha citado en el capítulo respectivo se ha convertido en un sistema de abuso de poder y por ende en detrimento del gobernado.

Así el fenómeno de la causalidad del delito, entendido éste como hecho natural, ya no sólo como una conducta desviada o alteración ética del comportamiento, en verdad el interés por conocer las verdaderas raíces de la delincuencia ha sido y aún se encuentra vigente el elemento revolucionario de la política de defensa social de la legislación penal y de la administración de justicia.

La propuesta es evidente, es necesario realizar un estudio de la ley, de su formulación, de los procesos que intervienen para sancionar un hecho como delito y a un individuo como delincuente.

En el transcurso y desarrollo de las ideas penales no ha pasado inadvertida la intrínseca relación del derecho y la Medicina y mas aún con el "Ius Puniendi",

como oportunamente se ha señalado en el capítulo intitulado Orígenes de la Responsabilidad Profesional Médica, la cual era admitida y sometida a veces de fórmula de Talión, pasando por la etapa del Derecho Romano en donde surge la relación Médico-Paciente a través de una relación contractual.

Para el caso concreto de México, el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, se incorporó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a la protección de la salud. El Legislador resaltó el vínculo existente entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre y el incremento de la productividad. Asimismo, el constituyente reconoció que la protección a la salud es uno de los mayores retos que enfrentan las sociedades en su camino a la igualdad.

Las disposiciones en materia de salud constituyen el marco regulatorio para la operación del llamado Sistema Nacional de Salud, el cual ha impreso nueva vitalidad al sistema federal mexicano y está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto Federal como Local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presenten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

En este orden de ideas, es necesario un acercamiento a la Medicina con el Derecho, mismos que se circunscriben a conocer aquellos conceptos básicos fundamentales relacionados entre sí, cobrando especial relevancia el de la "Bioética" cuya ciencia va teniendo cada vez mayor auge y difusión, ampliando el campo de la filosofía moral y el de la ética médica tradicional, buscando la armonía necesaria entre el hombre, la naturaleza y la cultura, con la idea de ejercer una mejor equidad en el ejercicio profesional médico.

Otro concepto no menos importante es el de la Ética, la cual aparece una y otra vez como la compañía más fiel, pero también la más exigente, cuando se trata de establecer los deberes que tienen los miembros de una profesión con respecto a las personas que requieren sus servicios. Y sí esa consideración moral

es relevante en todo caso, se vuelve mas fina y penetrante cuando viene a cuentas el desempeño de la Medicina.

En la toma de decisiones médicas se debiera de tener presente no sólo los conocimientos técnicos, sino fundamentalmente, el hecho de que esta disciplina esta dirigida a un ser como es el hombre, que es digno, que es libre y que, en función de esa dignidad y de esa libertad, tiende con su vida hacia una perfección y un fin que le son propios.

El Médico ha de llevar a cabo su misión humanitaria debiendo de mantener en todo momento una conducta moral ejemplar y apoyar los imperativos de su profesión, hacia el individuo y la sociedad, recordando siempre su obligación de preservar la vida.

Una de las conclusiones que se agregan respecto al delicado tema sobre la bioética versan sobre la reforma a programas de estudio universitarios, con especial énfasis en está materia además de los siguientes:

a).- Que los programas de enseñanza incluyan todos los ámbitos y recursos de la comunidad y no únicamente los hospitales.

b).- Que los programas de estudio reflejen las prioridades de salud nacionales y la disponibilidad de recursos económicamente accesibles.

c).- Que la educación teórica se integre con la práctica mediante la solución de problemas como base para el aprendizaje, tanto en sedes clínicas como en la comunidad.

d).- Que las actividades de enseñanza permitan la consecución tanto de la competencia profesional como de los valores sociales de la medicina.

e).- Que el aprendizaje, la investigación y los servicios se lleven a cabo de manera conjunta con otras profesiones de la salud y las relaciones con la misma.

f).- Que la elección de estudiantes utilice métodos que trasciendan la capacidad intelectual y los logros académicos de los aspirantes, para incluir sistemas de evaluación de sus cualidades personales.

Considero que se debe de exponer al estudiante de las ciencias medicas a experiencias del nacimiento, de la muerte, del dolor, lo cual es una oportunidad para que desarrolle una serie de valores, al mismo tiempo que le permite reflexionar y hacer una serie de ajuste de sus propios valores personales en torno a esas experiencias, y quizá poner fin a la deshumanización de la medicina, fenómeno que con el paso del tiempo se ha acentuado de manera importante.

Conceptos no menos importantes son aquellos relacionados con la práctica médica como la iatrogenia, la negligencia, impericia, mal praxis y la lex artis, los cuales se han conceptualizado y desarrollado en el capítulo respectivo, conductas las cuales, sí bien es cierto, que el riesgo de un error es una constante que acompaña a la participación humana en cualquier actividad, también lo es, que para hacer menos probable el error, los profesionales deberán renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, establecer una buena relación Médico-Paciente basada en la comunicación total, aplicar preponderantemente el método clínico y utilizar todos los medios de diagnostico a su alcance que crean adecuados, sabiendo interpretarlos y utilizarlos en beneficio del enfermo y/o paciente.

Es importante hacer la reflexión como Abogados sobre la consecuencia jurídica de las conductas en cita, para lo cual se ha desarrollado diferentes tipos de responsabilidades en diversas materias a saber: Civil, Administrativa, Laboral y por supuesto la Penal.

En donde la responsabilidad civil nos coloca en el campo de las obligaciones y sus fuentes, consideradas y destacando a la ley, el convenio y el contrato, cobrando relevancia el contrato de prestación de servicios profesionales.

Concluyendo para que se actualice la responsabilidad civil es necesario que provenga de un acto ilícito, y su objeto fundamental es la reparación de los

daños y perjuicios ocasionados.

Por lo referente a la responsabilidad administrativa, como se ha puntualizado oportunamente utilizando el método deductivo de la investigación se circunscribe al actuar de los Médicos adscritos a hospitales del servicio público, toda vez que es en aquellos lugares en donde se han presentando mas irregularidades, por lo que será en cada ámbito de competencia de los Órganos de Control Interno la procedencia de las quejas presentadas y las sanciones correspondientes.

Otro aspecto no menos importante es lo referente a la relación laboral del Médico, el cual puede estar vinculado a una relación laboral de carácter privado (trabajador-patrón) regulada por el Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo, sino también a una relación laboral que se establezca entre los “Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores” (Apartado B del citado artículo 123 de la Constitución Federal); este vinculo laboral ofrece rasgos propios.

Tema medular es lo referente a la responsabilidad penal del Médico, Enfermero o Residente para lo cual se ha profundizando en el capitulo respectivo, realizando un estudio dogmático mesurado desde un criterio pentatómico (conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, así como sus elementos negativos ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inculpabilidad y causas absolutorias) a los delitos de homicidio, lesiones y aborto así como la autonomía de ésta, no desde un punto de vista tradicional sino con base a la propuesta de adición de tres nuevos tipos penales, mismos que se concluyen de la siguiente manera:

Artículo 293-Bis.- Si las lesiones fueron causadas por un Médico, Enfermero o Residente como consecuencia de algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis, previo dictamen pericial emitido por dos especialistas, a un paciente, si la lesión no pone en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince días, se le impondrá de seis meses a un año de prisión, o de cincuenta a cien días multa, o ambas

sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de un año a tres años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Sí la lesión perturba para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales se le impondrá de cinco a ocho años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

Si de la lesión inferida resulte una enfermedad segura o incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o la pérdida total de algún sentido o impotente o con deformidad incorregible, se le impondrá una pena de ocho a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa.

De igual manera se les aplicara suspensión para el ejercicio de su profesión igual a la pena privativa de libertad a los sujetos activos de los delitos en cita.

Artículo 302-Bis.- Si el homicidio, lo causare un médico, enfermero, residente y/o quien haya participado de manera directa en la atención médica del paciente y se determine por dictamen pericial emitido por dos especialistas, algún tipo de iatrogenia, mal praxis o se aleje de la lex artis medica se la aplicara la sanción que contempla el artículo 307.

Artículo 315-Bis I.- Para los efectos de lesiones y homicidio resultante de la practica médica se entiende por iatrogenia al daño inferido al paciente por tratamiento médico; mal praxis a la omisión por parte del Médico, Enfermero o Residente de prestar apropiadamente los servicios a que esta obligado en su relación profesional con su paciente; la lex artis se define como el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico, ético en el tratamiento médico.

Respecto al *aborto* es necesario citar la hipótesis normativa contenida en el artículo 330 de la Ley Sustantiva Penal Federal, mismo que a la letra cita: “*Al que hiciere abortar a una mujer se la aplicara de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando faltare el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrá al delincuente se seis a ocho años de prisión.*”.

En concordancia a lo antes citado y con relación al tema fundamental materia de la presente tesis destaca lo establecido en el artículo 331 del ordenamiento punitivo en cita, el cual es del tenor siguiente: “*Sí el aborto lo causare un médico, cirujano o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión*”. Por lo cual se concluye que este tipo penal debe quedar intacto por lo que hace a la propuesta de esta tesis.

Atendiendo al desarrollo del capítulo respectivo se concluyó que exclusivamente el hombre es sujeto activo del delito, por que él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (coparticipación).

Tratándose del caso de ***homicidio y lesiones causados por un Médico, Enfermero o Residente***, ***el sujeto activo*** son los antes citados, o mejor dicho estamos en la presencia de una calidad del sujeto activo, o dicho de otra manera se exige la concurrencia de una determinada cualidad o relación personal de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden cometerlos.

Para el delito de ***aborto*** y en atención a lo establecido en el citado artículo 330 de la Ley Punitiva Federal, sí existe consentimiento de la madre estaremos en presencia de lo establecido en el artículo 13 fracción III, el cual habla de

quienes son autores o partícipes del delito; y es aquí donde de igual forma existe una calidad específica que es que la mujer se encuentre embarazada o preñada.

Mientras que **el sujeto pasivo** para el delito de lesiones por responsabilidad profesional médica es el paciente, para el caso de homicidio es el occiso, para el caso de aborto es el producto de la concepción.

En cuanto al resultado definido como la consecuencia de la acción o la omisión, que la ley considera como decisiva para la realización del delito ha quedado de la siguiente manera a saber:

Lesiones.- Es la alteración en la salud, ya sea desde el punto de vista anatómico, fisiológico o psíquico, –heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras–.

Homicidio.- Su resultado consiste en la privación de la vida humana.

Aborto.- Lo es la muerte del producto de la concepción, o la interrupción al proceso fisiológico de la preñez.

En cuanto a la conducta ésta puede ser de acción (manifestación de la voluntad que causa un cambio en el mundo exterior) o de omisión (inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la ley penal).

No menos importante es recordar la comisión por omisión y sus diferencias entre la comisión simple.

1.- En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

2.- En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y;

3.- En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras que en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.

Por lo antes citado se concluye lo siguiente:

Que los delitos de lesiones, homicidio y aborto por responsabilidad profesional médica, destacando en primer término para estos ilícitos y atendiendo a la calidad del sujeto activo –Médicos, Enfermero o Residente–, estamos ante la presencia de un delito de acción y de comisión por omisión (será en cada caso en lo particular y previo análisis o estudio de la conducta la que lo determinara, así por ejemplo un conducta de acción se presenta cuando el Galeno al insertar el bisturí para practicar una cesárea llega a lesionar en el cráneo al producto, o bien será omisiva cuando alguno de los activos no practique los estudios de laboratorios y/o de gabinete necesarios al paciente para su intervención y/o tratamiento, produciendo con ello el resultado típico).

En cuanto al elemento negativo de la conducta conocido como ausencia de conducta esté permite la imposibilidad de integrar el delito, cuando la acción o la omisión son involuntarios, o dicho de otra manera, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por carecer de voluntad.

Así existen como figuras de ausencia de conducta la fuerza irresistible o vis absoluta y la vis mayor.

Una vez acotados en el capítulo respectivo los conceptos sobre la fuerza irresistible, la fuerza mayor, el sueño, sonambulismo, hipnotismo y los actos reflejos, mismos que son considerados en la teoría del delito como una ausencia de conducta, y por ende un elemento negativo del delito, se concluye:

En los delitos en estudio –lesiones, homicidio y aborto por negligencia, iatrogenia, mal praxis cometidos por Médicos, Enfermeros, o Residentes, en ninguno de los casos en cita podría actualizarse, a menos claro esta que en el caso de la primera de ellas se requiere para su procedencia que se ejerza

violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño, en el caso de la fuerza mayor se trate de una fuerza exterior proveniente de la naturaleza, como podría ser el caso de un sismo o temblor o de la presencia de un huracán y que en esos precisos momentos se encuentre en el supuesto hipotético de la norma, esto es que se este en una relación directa del activo con el pasivo o nuestro caso del Médico, Residente o Enfermero con su Paciente; para el caso de el sueño, sonambulismo, hipnotismo, no descartamos la posibilidad de su presencia, sin embargo, será motivo de estudio en cada caso en lo particular; para los actos reflejos será aún mas difícil de acreditar en el caso de que se llegase a presentar.

Como segundo elemento positivo tenemos a la tipicidad (adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulado en abstracto) el cual no debe confundirse con el tipo (descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma el resultado, reputada como delictuosa al concatenarse a ella la sanción penal); no debiendo de confundir los términos en cita, toda vez que el segundo de ellos viene a ser presupuesto del primero. Así nuestra propuesta y conclusión es la adición a los tipos penales de lesiones, homicidio y aborto por responsabilidad profesional médica citados supra en negrillas en el presente apartado.

Por lo referente al elemento negativo de la tipicidad conocido como ausencia de tipo o atipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo; esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o un hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra en la perfecta adecuación en el precepto legal por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues, ausencia de adecuación típica.

En caso concreto y concluyendo se origina la hipótesis de atipicidad cuando:

a).- Falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto activo. Entendida

por calidad del sujeto activo como aquella característica de este de acuerdo a su función, nombramiento, actividad, etc, que se haya contenido en el mismo tipo penal, en nuestro caso se trata de Un Médico, Enfermero o Residente.

b).- Falte la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo. Esto es una característica esencial de la persona sobre la que cae la conducta del activo y en el caso en particular se trata de un paciente o aquella persona que se encuentra en tratamiento o recibiendo atención medica.

c).- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos. Destacando que por objeto se entiende como la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, precisando que no debe de confundirse con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

d).- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo. Aquí nos encontramos ante el supuesto de que el tipo para su configuración esta condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción o de la omisión. Por lo que referente a nuestra propuesta y únicamente por lo que hace a lesiones y estas no se consideren como mortales, de acuerdo a lo establecido por el artículo 303 de la Ley Sustantiva Penal Federal, cuando: La muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o laguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse alcance a los recursos necesarios.

e).- Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley. Esto es, por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en cierto casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Tal es el caso de alguno de los tipos penales como son el

artículo 181 de la Ley Sustantiva Penal Federal, la cual cita: Se equipará a la resistencia y se sancionará con la misma pena que ésta, la coacción hecha a la autoridad pública *por medio de la violencia física o de la moral*, para obligarla a que ejecute un acto oficial, sin los requisitos legales u otro que no esté en sus atribuciones”, o el diverso 265: “Al *que por medio de la violencia física o moral* realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años”, o en el caso del antijurídico de allanamiento de morada, previsto en el artículo 286: “Al que en despoblado o en un paraje solitario haga *uso de violencia* sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentamiento para cualquier fin; y *cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee*, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años”. En lo particular y en referencia a nuestro tema de estudio no se aplica, ya que no existen los citados medios comisivos.

f).- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal. Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. Así hay tipos en donde se contienen estos elementos, los cuales constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos “*voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas, etc.*”. En nuestro caso en lo particular los elementos subjetivos del tipo no se actualizan.

Por lo referente a la antijuridicidad debemos recordar que el delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictiva, sino que debe ser típica, antijurídica, culpable y punible, esta última como resultado de la culpabilidad; por lo que bajo esta tesitura es menester señalar el tercero de los elementos positivos del delito “la antijuridicidad”, definida como un juicio valorativo, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

En conclusión este elemento se tendrá por acreditado, en atención a que la conducta si la llega a desplegar el activo y la misma se opone rotundamente a las citadas normas reguladas por el Estado, siendo contrarias a derecho se actualizará con ello las hipótesis normativas penales supra citadas.

En contra posición a esté elemento se encuentra las llamadas causas de justificación las cuales a nuestro parecer deberían denominarse causas que excluyen la incriminación, las cuales se hayan contenidas en el artículo 15 de la Ley Sustantiva Penal Federal, destacando por su importancia la contenida en su fracción VI, la cual versa:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: fracción VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

La anterior hipótesis normativa podría actualizarse, ya que si el activo – Médico, Enfermero o Residente– al momento de realizar la acción –la omisión no podría configurarse, toda vez de que existe obligatoriedad jurídica por parte de éste como se ha explicado en el capítulo precedente– se presenten complicaciones en una intervención quirúrgica ajenas al mismo y se encuentre ante la disyuntiva de tener que extirpar un órgano para salvaguardar la propia vida del paciente estaría ante el cumplimiento de su deber.

Otras causas que excluyen la incriminación y no menos importantes son aunque no se actualicen tales supuestos en la presente investigación son a saber: La legítima defensa y el estado de necesidad.

Elemento medular lo es la culpabilidad, para lo cual han existido diversas teorías las cuales se han desarrollado en el presente trabajo de investigación, concluyendo que para que una persona sea penalmente responsable tiene que ser imputable, así el juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El primero es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma

que uno es culpable; en el segundo es un juicio que tiene por contenido la posibilidad, en cuanto afirma que alguno esta en condiciones de ser declarado culpable, lo anterior es así en base a que no se puede reprobado ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y castigo.

Mas situados en el ángulo jurídico, considero a la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del derecho represivo.

Por lo referente a la inimputabilidad y en relación con nuestro tema en concreto, puedo afirmar que las excluyentes a las que hecho mención –trastorno mental, desarrollo intelectual retardado o minoría de edad– no se aplican para los casos de lesiones, homicidio o aborto por responsabilidad profesional medica, esto es en razón a la calidad del sujeto activo, pues se trata de profesionales de la medicina, enfermeros o practicantes, los cuales por su instrucción no se encuadran en la hipótesis normativa contenida en la ya analizada fracción VII del artículo 15 de la Ley Sustantiva Penal Federal.

La culpabilidad representa un nexo psicológico entre el autor y el hecho, ese nexo sólo puede valorarse mediante el derecho, de tal forma que de éste se desprenda si se le reprocha o no al sujeto esa actitud subjetiva que lo inclinó a cometer el hecho típico y antijurídico y que además es punible. Así las cosas la culpabilidad es la actitud subjetiva del sujeto que se le reprocha por haber realizado un acto típico antijurídico y punible, cuando después de haber valorado las circunstancias internas y externas en que actuó, se infiere que bien podía haberse determinado en el sentido de la norma jurídica.

En cuando al dolo que es la principal forma de culpabilidad y las diversas teorías que forman parte de esta investigación como la teoría de la voluntad (en donde la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley), de la representación (en donde ahora se substituye voluntad por representación); haciendo consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer; o la teoría de la representación y de la voluntad

en forma vinculada (en donde se adopta una postura ecléctica, la cual no basta para integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables, en concreto actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad directa o indirectamente a la causación del resultado).

En concordancia con lo antes señalado y atendiendo a los diversos tipos de dolo se concluye que la comisión de los delitos de lesiones, homicidio y aborto cometidos por responsabilidad profesional médica podría darse a título de dolo directo también lo es que en la mayoría de los casos se presentan a título de culpa, (se presenta cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, de la atención, pericia, reglas, ordenes, disciplinas necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la norma penal).

Concluyendo la culpa se define como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

En cuanto al elemento negativo de la culpabilidad llamado inculpabilidad el cual abarca dos aspectos a saber: el error (idea falsa, representación aparente de un objeto cierto) y las eximentes putativas (aquellas situaciones en las cuales el agente o el sujeto activo, por un *error esencial* de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita sin serlo), los cuales se encuentran inmersos en la fracción VIII del artículo 15 de la Ley Sustantiva Penal Federal, por lo que a manera de conclusión y recapitulando lo señalado en el capítulo respectivo se desprende el error de tipo y el error de prohibición, en donde ambas figuras requieren en el agente la falsa noción, en cuanto a la primera, de los componentes de la descripción esencial típica y, respecto a la segunda de la significación legal de su conducta.

Continuando con lo referente a la exclusión de la culpabilidad y mas en

concreto con el contenido del inciso a), de la fracción VIII, del artículo 15 del ordenamiento punitivo federal el cual hace referencia al error de tipo señalando: “sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”; por lo que debemos de partir de que el dolo se manifiesta como entendimiento de los elementos del tipo objetivo, así como éste, a su vez, se integra tanto de partes descriptivas (aprehensibles por medio de los sentidos), como normativas (que necesitan una valoración cultural o jurídica); significando el dolo, pues, el conocer y querer los elementos pertenecientes al tipo objetivo, el error de tipo se produce en el elemento intelectual de aquel señalado como el conocer, en resumen, sino se da el conocer sobre la integración típica, menos se producirá el querer su realización. En cuanto al inciso b) (respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque que crea que esta justificada su conducta); es decir, se refiere al error de prohibición del sujeto activo por estimar que su conducta se encuentra apegada a derecho, por ignorar la existencia de la ley, por desconocer el significado de la misma, o bien por considerar que se encuentra protegido por una causa de justificación. En estos supuestos el error no se produce en base a datos pertenecientes al tipo objetivo o al hecho típico, sino, recaen en la supuesta licitud de realización del hecho. En conclusión, el error de prohibición, para proceder como excluyente de responsabilidad penal es necesario que éste sea invencible, o sea que no hubiera tenido la posibilidad para el sujeto, de acuerdo a su situación personal, de cerciorarse, de enterarse de la ilicitud de su conducta, pues si el error fuera vencible para él no operaría.

Otra de las figuras referentes a las excluyentes es el caso fortuito el cual se configura cuando la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa, precavida, y sin embargo surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho; por lo referente a los delitos de lesiones, homicidio y aborto por responsabilidad profesional médica no se descarta la posibilidad de actualizarse dicha figura la cual se encuentra inmersa en el artículo 15 fracción X de la Ley Sustantiva Penal Federal, y como requisito sine qua non es un actuar lícito, cuidadoso y precavido del agente al que aunado a una causa ajena e incontrolada, propicie el resultado típico aunque por lo mismo impredecible.

El último de los elementos positivos del estudio dogmático es lo referente a la punibilidad, (amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social), bajo esta tesitura se concluye como propuesta para los delitos de lesiones, homicidio y aborto cometidos por Médicos, Enfermeros o Residentes por negligencia, mal praxis y/o iatrogenia se desprenden las siguientes sanciones:

Para el caso de lesiones si no pone en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince días, se le impondrá de seis meses a un año de prisión, o de cincuenta a cien días multa, o ambas sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de un año a tres años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Sí la lesión perturba para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales se le impondrá de cinco a ocho años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

Si de la lesión inferida resulte una enfermedad segura o incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o la pérdida total de algún sentido o impotente o con deformidad incorregible, se le impondrá una pena de ocho a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa.

De igual manera se les aplicara suspensión para el ejercicio de su profesión igual a la pena privativa de libertad a los sujetos activos de los delitos en cita.

Sanciones que son consideradas a manera de propuesta de iniciativa de reforma para ser adicionadas por medio del artículo 293-Bis del Código Penal

Federal.

Para el delito de homicidio causado por un Médico, Cirujano, o Enfermero o quien haya participado de manera directa en la atención médica del paciente se la aplicara la sanción que contempla el artículo 307, (homicidio simple) de doce a veinticuatro años.

Punición considerada para la adición del Artículo 302-Bis de la Ley Sustantiva Penal Federal.

Respecto al aborto su penalidad es de uno a tres años de prisión para la hipótesis de que al que hiciere abortara una mujer, sea cual fuere el medio que empleare, con el consentimiento de la madre, y cuando faltare éste la prisión será de tres a seis años; sanción contenida en el artículo 330 del Código Penal Federal; si las citadas conductas las causare un Médico, Cirujano, Comadron o Partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión. – Aquí cabría hacer la aclaración que sólo para los Médicos podría aplicarse tal sanción, toda vez que un comadron o una partera no constituyen profesiones, por lo que se considera desfasados los citados términos–.

El elemento negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias (se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basadas en consideraciones de variado índole, excusa de pena a su autor.

Por lo que en atención a las líneas precedentes se concluye que tal figura no se actualiza en la presente propuesta e investigación.

Sin embargo, existen otros mecanismos de solución antes de acudir a la última ratio como lo es el procedimiento arbitral ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, (Órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía técnica), quien establece un mecanismo sencillo y alternativo sobre la

prestación o negativa de servicios médicos tanto en instituciones de carácter público como privado, como lo son:

El arbitraje en amigable composición, (procedimiento con arreglo de una controversia, entre el usuario y un prestador de servicio médico, oyendo la propuesta de Comisión Nacional de Arbitraje Médico), arbitraje en estricto derecho (Procedimiento para el arreglo de una controversia, entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la Comisión Nacional de Arbitraje Médico resuelve la controversia según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes), arbitraje en conciencia (procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, resuelve la controversia en equidad, bastando ponderar el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica).

En cuanto al procedimiento se estará a lo dispuesto en el reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y en lo no previsto se aplicará de manera supletoria la Ley Adjetiva Civil para el Distrito Federal, sin embargo, las partes podrán pactar la sujeción a la legislación local.

Para acotar lo referente a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, señárese que resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos; para lograr tal objetivo, es que se ha creado la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano al cual pueden acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales.

En este orden de ideas es indispensable que la Comisión garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis,

dictamen y resolución en las controversias de que conozca.

BIBLIOGRAFÍA.

- 01.** Titulo: ***DE LAS OBLIGACIONES.***
Autor. ***Bejarano Sánchez, Manuel.***
Editorial. ***Porrúa. México 1998.***
- 02.** Titulo: ***DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL.***
Autor. ***Carranca y Trujillo, Raúl.***
Editorial. ***Porrúa. México 1999.***
- 03.** Titulo: ***LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO.***
Autor. ***Carrillo Fabela, Luz María.***
Editorial. ***Porrúa. México 2002.***
- 04.** Titulo: ***LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.
PARTE GENERAL.***
Autor. ***Castellanos Tena, Francisco.***
Editorial. ***Porrúa. México 1998.***
- 05.-** Titulo: ***INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO
JURÍDICO
EN MÉXICO.***
Autor. ***Cervantes y Anaya.***
Editorial. ***Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México
2002.***
- 06.** Titulo: ***LA PRACTICA MEDICA Y SUS CONSECUENCIAS
JURÍDICAS.***
Autor. ***Corte Estrada, Lilia.***
Editorial. ***Revista Científica. México 2004.***
- 07.-** Titulo: ***DICCIONARIO DE DERECHO.***
Autor. ***De Pina Rafael y De pina Vara Rafael.***
Editorial. ***Porrúa. México 1999.***

08. Titulo: **EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS.**
Autor. **De la Garza Salazar, Jaime.**
Editorial. **Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México y la Academia Nacional de Medicina. México 1999.**
09. Titulo: **EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.**
Autor. **Fernández Ruiz, Jorge.**
Editorial. **Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, y la Academia Nacional de Medicina. México 1999.**
10. Titulo: **TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II.**
Autor. **Franz Von List. Traducción Luis Jiménez de Asúa.**
Editorial.
11. Titulo: **LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO.**
Autor. **García Ramírez, Sergio.**
Editorial. **Porrua. México 2004.**
12. Titulo: **INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. TOMO I.**
Autor: **Jiménez de Asúa, Luis.**
Editorial. **Universitaria. 2002.**
13. Titulo: **HISTORIA DEL DERECHO PENAL.**
Autor: **López Betancourt, Eduardo.**
Editorial. **Porrua. México. 1998.**
14. Titulo: **LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PACIENTES.**
Autor: **Márquez Piñeiro, Rafael.**
Editorial. **Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión**

- Nacional de Derechos Humanos, y la Academia Nacional de Medicina. México. 1999.*
- de
15. Titulo: **DERECHO BUROCRATICO.**
Autor: **Martínez Morales, Rafael L.**
Editorial. **Harla. México. 1999. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen V.**
16. Titulo: **DERECHO PENAL MEXICANO.**
Autor: **Pavon Vasconcelos, Francisco.**
Editorial. **Porrua. México. 1999.**
17. Titulo: **DOG MÁTICA SOBRE LOS DELITOS VS LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL.**
Autor. **Porte Pettit Candaudap, Celestino.**
Editorial **Porrua. México. 1997.**
18. Titulo: **PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL.**
Autor. **Porte Pettit Candaudap, Celestino.**
Editorial **Porrua. México. 1997.**
19. Titulo: **EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA.**
Autor. **Tapia Confer, Roberto y Motta Murguia María de Lourdes.**
Editorial **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.**
20. Titulo: **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. I.**
Autor. **Varios.**
Editorial. **Bibliográfica.**
21. Titulo: **LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS.**
Autor. **Yungano, Arturo Ricardo.**
Editorial. **Buenos Aires, Buenos Aires.1986.**

LEGISLACIÓN.

- 01. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
- 02. Ley General de Salud.**
- 03. Ley Sustantiva Penal Federal.**
- 04. Ley Sustantiva Civil Federal.**
- 05. Ley Federal del Trabajo.**
- 06. Ley Federal Sobre Metrología y Normalización.**
- 07. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.**
- 08. Ley General de Profesiones.**
- 09. Ley Adjetiva Penal Federal.**
- 10. Ley Adjetiva Civil Federal.**
- 11. Reglamento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.**
- 12. Reglamento para la Atención de Quejas.**
- 13. Reglamento de la Policía Federal Preventiva.**
- 14.- Reglamento de la Ley General de Salud.**
- 15. Decreto de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.**

PAGINAS DE CONSULTA EN INTERNET.

01. www.conamed.com.mx.
02. www.ordenjuridico.com.mx.
03. www.info.juridicas.unam.mx.
04. www.consalud.com.mx.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA.

01. ***CD Jurisconsulta actualizada al mes de septiembre de 2005, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.***
02. ***CD Código Penal “Interpretación por el Poder Judicial de la Federación”.***