

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

**“ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA OMISIÓN DE
AUXILIO MÉDICO, PREVISTO POR EL ARTÍCULO
469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD”**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

P R E S E N T A:

JOSÉ ERNESTO GÓMEZ VÁZQUEZ

ASESOR: LIC. JESÚS UBANDO LÓPEZ.

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL 2009.



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****A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
(ALMA MATER)****FACULTAD DE DERECHO****ASESOR DE TESIS: LICENCIADO, JESÚS UBANDO LÓPEZ****PADRES: ALFONSO GÓMEZ NAVA (+)
MANUELA VÁZQUEZ MORALES****ESPOSA: REYNA****HIJOS: SAIB ALFONSO Y ALINE SAIDETH****HERMANOS: ANTONIA, REMEDIOS, ESPERANZA, GREGORIO (+)
ALFONSO y ARTURO.****AMIGOS: LICENCIADO ADOLFO PAREDES MIRANDA
LICENCIADO PEDRO ALBERTO ORTIZ TELLEZ
LICENCIADO JOAQUÍN ARTEAGA RÍOS
LICENCIADO SALVADOR GARCÍA GUERRERO
LICENCIADA SOCORRO DEL MONTE DÍAZ
LICENCIADO JAIME PORTILLO SOTO
LICENCIADA MARÍA JULIETA VALDEZ HERNÁNDEZ
GRACIELA ARACELI LÓPEZ JIMENO**

**“ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA OMISIÓN DE AUXILIO MÉDICO, PREVISTO
POR EL ARTÍCULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD”**

INTRODUCCIÓN.	I
CAPÍTULO 1	
LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.	
1.1 DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD.	1
1.2 REFERENCIAS HISTÓRICAS.	5
1.3 SITUACIÓN ACTUAL.	18
1.4 LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO.	20
CAPÍTULO 2	
LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PACIENTES.	
2.1 PANORÁMICA GENERAL.	25
2.2 CONCEPTO DE ÉTICA.	26
2.3 CONCEPTO DE IATROGENIA.	31
2.4 LA BIOÉTICA.	33
2.5 LOS VALORES ÉTICOS DEL MÉDICO.	40
2.6 EL IMPACTO DE LA BIOÉTICA.	43
CAPÍTULO 3	
EL DERECHO A LA SALUD.	
3.1 FUNDAMENTO LEGAL.	45
3.2 BASE FILOSÓFICA.	46
3.3 SITUACIÓN DE ESTE DERECHO A NIVEL FEDERAL.	51
3.4 EL DERECHO A LA SALUD EN EL DISTRITO FEDERAL.	56

**CAPÍTULO 4
EL DELITO.**

4.1 DEFINICIÓN.	58
4.2 CLASIFICACIÓN.	74
4.3 ELEMENTOS.	80
4.4 ASPECTO NEGATIVO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.	93

**CAPÍTULO 5
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA OMISIÓN DE AUXILIO MÉDICO
PREVISTO POR EL ARTÍCULO 469 DE LA LEY GENERAL
DE SALUD.**

5.1 NATURALEZA JURÍDICA.	105
5.2 ESTRUCTURA DEL TIPO.	113
5.3 ESTUDIO INTEGRAL.	117
5.3.1 EFECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS.	120
CONCLUSIONES.	132
PROPUESTA.	135
BIBLIOGRAFÍA.	142

INTRODUCCIÓN.

En el trabajo de investigación que será sometido al Honorable Jurado que habrá de calificarlo, llevo a cabo un estudio del artículo 469 de la Ley General de Salud, a la Luz de la Teoría del delito; en el primer Capítulo efectúo un estudio integral de la responsabilidad profesional; en el Segundo apartado trato lo referente a la responsabilidad del médico y los Derechos Humanos de los pacientes; en el Tercer Capítulo analizo el Derecho a la Salud, su fundamento legal, base filosófica y su situación en el Distrito Federal; en el Cuarto apartado, realizo un examen del delito, sus diversos conceptos, elementos estructurales y aspecto negativo de dichos elementos, en el Capítulo Quinto se lleva a efecto el estudio dogmático del artículo 469 de la Ley General de Salud, que se refiere a la omisión de auxilio médico.

En el apartado referente a las conclusiones establezco mi postura personal, respecto a la necesidad de que el médico tenga presente la bioética como guía de su actividad profesional, tratando al paciente como persona, que tiene dignidad y por ello merece respeto, posición que reafirmo en la propuesta final de la tesis, determinando que es necesario sancionar con mayor vigor al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona en caso de notoria urgencia.

Desde el punto de vista dogmático, el tipo penal objeto de este trabajo de investigación es de peligro y de daño, de omisión simple y de comisión por omisión, doloso, sin encontrar una causa de justificación, en virtud de que la salud es un derecho que debe preservar el médico.

El derecho a la salud desde el punto de vista de su ejercicio, deber ser fomentado por el Estado a efecto de contar con mexicanos seguros de que su Gobierno se encargará de protegerlo en ese rubro tan importante.

Lo propuesto tiene su fundamento en el juramento hipocrático, el cual implica un sentido de compromiso que el médico establece con su propia comunidad, y una obligación infranqueable, indeclinable, que permite el ejercicio de la medicina.

CAPÍTULO 1

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

1.1 DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Gramaticalmente se entiende como cualidad de responsable, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.

Jurídicamente es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente, la que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona.¹

El concepto de responsabilidad ha sido objeto de enconadas controversias entre juristas, existen diversas teorías que explican sus fundamentos y alcances; prácticamente todos los teóricos del Derecho coinciden en señalar que la responsabilidad es un concepto jurídico fundamental; sin embargo, la responsabilidad, como noción, se usa comúnmente en la moral y en la religión, no obstante, trataremos de situar esta noción, en el terreno meramente jurídico.

El Maestro Rolando Tamayo y Salmorán, nos explica que la voz Responsabilidad proviene de *Respondere* que significa prometer, merecer, pagar; Así, *Responsalis* significa "el que responde" en su sentido más estricto, *Responsum* es el obligado a responder de algo o de alguien; *Respondere* se encuentra estrechamente relacionada con la palabra *Spondere*, expresión solemne en la forma de la *Stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación, así como *Sponsio*, palabra que designa la forma más antigua de obligación.²

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Enciclopedia Encarta. México, 2005.

² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Voz Responsabilidad". Editorial UNAM, México, 1981. Pág. 116.

El manejo moderno de Responsabilidad, en el lenguaje ordinario es más amplio; el citado Maestro, Tamayo y Salmorán, nos ilustra con un ejemplo del profesor Hart, quien con un relato imaginario nos muestra lo siguiente:

"Como capitán de un barco, X era responsable de la seguridad de sus pasajeros y de su tripulación, sin embargo, en su último viaje X se embriagó todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que se encontraba a bordo; se rumoraba que X estaba loco, sin embargo, los médicos consideraron que era responsable de sus actos; durante todo el viaje se comportó de manera muy irresponsable y varios incidentes en su carrera mostraban que no era una persona responsable; X siempre sostuvo que las tormentas de invierno fueron las responsables de la pérdida del barco, empero, en el proceso judicial instruido en su contra fue encontrado penalmente responsable de su conducta negligente y en un juicio civil fue considerado jurídicamente responsable de la pérdida de vidas y bienes, el Capitán aún vive y es moralmente responsable por la muerte de muchas mujeres y niños."³

El referido autor, Rolando Tamayo y Salmorán, considera que en dicho pasaje se pueden distinguir cuatro sentidos de responsabilidad:

- "1.- Como deberes de un cargo: es responsabilidad del capitán y es responsabilidad de los padres. Las responsabilidades como deberes que corresponden a un cargo sugieren la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad.**
- 2.- Como causa de un acontecimiento: en este caso la tormenta fue responsable de la pérdida de bienes y vidas.**
- 3.- Como merecimiento, reacción y respuesta, y en este sentido significa verse expuesto a algo, responder de algo y pagar también por algo; este sentido es el que más se acerca a su noción originaria de responsabilidad.**
- 4.- Como capacidad mental, al ser encontrado responsable de sus actos".**⁴

El referido Maestro Tamayo y Salmorán considera que el tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica, porque un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.

³ Ibidem. Pág. 116.

⁴ Ibidem. Pág. 117.

En este sentido la responsabilidad presupone un deber, y éste es la conducta que de acuerdo con el orden jurídico debe cumplirse, la responsabilidad presupone una obligación pero no debe confundirse con ella, porque la responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o por el incumplimiento de la obligación. La obligación es, en este sentido, pagar por el daño que se causó en virtud de ser responsable.

Para el autor Tamayo y Salmorán, es responsable de un hecho ilícito aquél individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan, aquél que sufre la pena de prisión que se impone al homicidio, es responsable de dicho delito, por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable es el mismo, sin embargo, no siempre el responsable de un hecho ilícito es su autor. Puede suceder que un individuo sea el autor de un hecho ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo; ello ocurre cuando los hechos ilícitos son realizados por un órgano o por un miembro de un ente o persona colectiva como las Sociedades Mercantiles, cuando los miembros de un estado ocupan el territorio de otro, las consecuencias de dicho acto se dirigen contra los individuos que pertenecen al estado invasor y no solo contra los que cometieron la invasión.⁵

La responsabilidad la entiende como la obligación que tiene todo ciudadano de responder frente al Estado por haber llevado a cabo determinado acto.

Dentro del título IV de la Constitución, en particular en el artículo 109, que establece los diferentes tipos de responsabilidades de los servidores públicos, no se define la responsabilidad civil, a pesar de que en la exposición de motivos de las reformas a este título constitucional, al hacer mención a los cuatro tipos que integran el sistema de responsabilidades de los servidores públicos, se hace referencia a ella.

⁵ *Ibidem.* Pág. 117.

En opinión del Maestro René González de la Vega, solamente en el párrafo octavo del artículo 111 constitucional, se menciona esta responsabilidad, la cual según el texto, puede generarse a cargo de cualquier servidor público y deberá exigirse mediante demanda.⁶

En sentido estricto, y en términos de la teoría del órgano, ésta responsabilidad debería ser imputada directamente al Estado, ya que, como quedó establecido, los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, actúan por el órgano, se manifiestan en la voluntad del Estado, no la propia como individuos, por lo que los daños que ocasionen deberían ser imputados al ente público para que responda por ellos.

Conforme al artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal, el Estado sólo es responsable de manera subsidiaria, ya que la responsabilidad directa corre a cargo del servidor público como persona física, no como órgano del Estado, y tomando en consideración que vivimos en un Estado de Derecho, ante los particulares deberá responder el ente público, aunque internamente exigiera que su empleado que causo el daño le cubriera las cantidades pagadas.

La responsabilidad civil de los servidores públicos, sólo se genera respecto de los particulares, por los daños que aquellos les ocasionen en ejercicio de las funciones públicas y debe ser demandada conforme a las normas de carácter civil; por tanto, para que una responsabilidad pueda ser denominada civil, independientemente de que su contenido sea resarcitorio, es necesario que se produzca entre particulares y se regule y demande por las leyes civiles, pues de lo contrario estaremos frente a responsabilidades penales o administrativas, según la naturaleza de uno de los sujetos y de la legislación que lo establezca.

⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Responsabilidad Civil. Revista Praxis, número 60. Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1997. Pág. 104.

1.2 REFERENCIAS HISTÓRICAS.

El Maestro Ignacio Galindo Garfias, nos habla acerca de un gran filósofo judío de la edad media, el médico cordobés Maimónides, discípulo intelectual de Séneca, quien emite la siguiente reflexión con respecto a la actividad médica:

"Señor, llena mi alma de amor por el arte y por todas las criaturas, aparta de mí la tentación de que la sed de lucro y búsqueda de la gloria me influyeran en el ejercicio de mi profesión. Sostén la fuerza de mi corazón para que esté 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 a 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 mí 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."⁷

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias, las reflexiones de Maimónides dan la idea cabal de la responsabilidad médica, de los deberes relacionados con la profesión del Médico y consejo del Jurista, englobados en lo que conocemos como Derechos Humanos.⁸

Cabe señalar que el verdadero nombre de Maimónides, fue Moisés Ben Maimón, que nació en Córdoba, España en el año de 1135 y murió en Egipto en 1202; tras la invasión de los almohades, emigró a Fez se estableció en Egipto, fue Médico de Cámara de Saladino y Rabí de El Cairo, trató de conciliar la filosofía aristotélica con la religión judía; su ética acentúa la libertad humana, y fue autor del Código o

⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. La responsabilidad profesional. Coloquio sobre la responsabilidad profesional del médico y los Derechos humanos. México, D.F. 11 y 12 de julio de 1994. Pág. 11.

⁸ Ibidem. Pág. 12.

libro de la Ley en el año de 1180, guía de prepefllos en 1190; Ética o libros de los preceptos; Puerta de la esperanza y otros trabajos diversos sobre Astronomía, Matemáticas, Medicina, Leyes y Teología.⁹

Hipócrates, por su parte, es el médico más famoso de la antigüedad y es considerado como el Padre de la Medicina, nació en la isla de Cos en el año 460 a.C. y murió en Larisa en el año 377 de esa era, se distinguió principalmente en el diagnóstico de enfermedades, sus obras principales se refieren a las epidemias y a la dieta en las enfermedades; Se le atribuyen 87 tratados que constituyen el Corpus Hippocraticum; Se dice que elaboró un Código de Honor que obliga a ser respetado por sus discípulos y es la base del juramento Hipocrático o reglamento ético de la profesión médica moderna.¹⁰

Los Médicos citados, nos dan la idea de que desde la antigüedad hasta nuestros días, la responsabilidad médica es la base fundamental del desarrollo práctico de tan importante ciencia, que tiene por objetivo preservar la salud, algo intangible, pero no por ello valioso, pues sin ella, la vida del hombre se vuelve difícil, de ahí la trascendencia de la actividad médica, misma que debe desarrollarse con un alto sentido social y por sobre todo, un alto sentido ético.

La responsabilidad médica nos puede parecer un fenómeno propio de nuestros días; sin embargo, a través de la historia vemos que es precisamente la profesión médica una de las primeras en elaborar sus códigos y normas deontológicas, buscando una ética médica que sitúe al lado de los derechos y prerrogativas que conlleva este arte u oficio, un conjunto de deberes que hagan posible la protección de las personas que hacen uso de sus servicios.

Lógicamente, las primeras normas de la actividad médica no son propiamente de orden jurídico, sino más bien religioso o ético, como veremos a continuación.

⁹ Cfr. GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO READER'S DIGEST. Tomo VII. México, 1990. Pág. 1837.

¹⁰ Ibidem. Pág. 1838.

El primer texto en ocuparse de la deontología médica es el Código de Hammurabi, tallado en veintiuna columnas de piedra, y que muestra el poder civil divinizado de este rey de la primera dinastía de Babilonia (2394 a.C.). Dicho código dedica un grupo de preceptos a la reglamentación de los derechos y obligaciones de los médicos, arquitectos y constructores de barcos. De entre éstos, son trece los números que se refieren estrictamente a la profesión médica, del 215 al 227. Enseguida transcribimos los que tienen mayor interés para nuestro estudio:

"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".

El castigo previsto por el numeral de referencia, se consideraba justo por la negligencia e impericia del médico en las cirugías mencionadas.

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

La sanción fijada en el artículo trae implícita la venganza privada de "ojo por ojo" "diente por diente".

"220: Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo, pesará plata por la mitad de su precio".¹¹

La pena prevista nos permite observar un antecedente de las multas de la actualidad.

El libro de los muertos, obra sagrada de la cultura egipcia, también establecía una serie de reglas y conocimientos que los médicos debían cumplir estrictamente, so pena de muerte. Lo que es curioso es que las consecuencias que la desviación de estas normas tuvieran para el paciente no ameritaban aplicar la pena de muerte al

¹¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. La Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Trivium. Madrid, España, 1988. Pág. 6.

médico. Por otro lado, si eran observadas las normas del libro sagrado no era posible exigir la responsabilidad.¹²

En la historia del pueblo judío, no encontramos algún documento que hable en forma concreta de la responsabilidad de los médicos. Sin embargo, en el antiguo testamento hay un texto que muestra con gran claridad la obligación de carácter religioso que tiene el médico para con sus pacientes y la honra que debe el paciente a éste. Presentamos enseguida algunas líneas del libro de Eclesiásticos 38, 1-15:

**"Honra al médico por cuanto tienes necesidad de él; pues a él también lo instituyó Dios. De Dios procede la habilidad del médico,...
Dios ha sacado de la tierra los remedios y un hombre inteligente no lo rechazará.
Y Él ha dado al hombre el conocimiento para que se glorifique en sus poderosas obras. Con ellas el médico aplaca el dolor...
Mas da también lugar al médico y no se aparte de ti".¹³**

Con el juramento hipocrático, en Grecia hacia el año 400 a.C., se dejan de lado los mandamientos y se pasa a establecer las primeras normas de moral profesional. No se sabe con certeza si los médicos de la antigua Grecia estaban obligados legalmente a cumplirlo o no, pensamos que más bien dicho juramento era un compromiso de carácter ético que se asumía frente a los dioses. Hasta la fecha, su contenido sigue constituyendo el paradigma de la deontología médica, por el carácter universal de los principios que establece.

A continuación señalamos algunos fragmentos del juramento hipocrático:

**"Dirigiré la dieta con ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y les evitaré de toda maldad y daño.
No administraré a nadie un fármaco mortal, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de una sugerencia de este tipo...
No operaré ni siquiera a los pacientes enfermos de cálculos, sino que los dejaré en manos de quienes se ocupan de estas prácticas.**

¹² Íbidem. Pág. 7.

¹³ Ídem. Pág. 8.

Callaré todo cuanto vea u oiga, dentro o fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto".¹⁴

Los grandes pensadores griegos, Platón y Aristóteles, expresan en sus obras que el enfermo es un ser "inmoral" y que el médico que cura realiza un acto cargado de fealdad, asociando a su vez la fealdad y la enfermedad a la maldad.

Podemos observar cierto contraste entre la ética del juramento hipocrático y la conciencia griega.

Por otra parte, en Grecia no parece existir responsabilidad del médico si no aparece un elemento de culpa, como se desprende del texto extraído de las leyes de Platón.

Eugenio Llamas al respecto comenta:

"Un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico pero muere por sí mismo".¹⁵

El Derecho Romano, antecedente del nuestro, plasmó en forma jurídica el juramento hipocrático y reguló asimismo la responsabilidad del médico, el control sanitario y el ejercicio de la profesión.

Es probable que en una primera época la profesión médica estuviese reservada a los esclavos, pero posteriormente con la afluencia de los extranjeros, especialmente griegos que eran considerados como expertos en medicina, la condición de la persona, fuera libre, liberto o esclavo, dejó de importar en cuestión de tareas curativas.

¹⁴ MAIMETTI, José Antonio. *Ética Médica*. Instituto Quiron, La Plata, Argentina, 1989. Pág. 88.

¹⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Op. Cit.* Pág. 8.

Existieron dos acciones que, dependiendo de la condición del paciente, se podían emplear para exigir la responsabilidad del médico.

Una era la "*actio legis aquiliae*", que el dueño de un esclavo que hubiese sido mal atendido podía usar para pedir que se le indemnizase por el daño ocasionado a su propiedad,

Esta acción requería que hubiera culpa en el que había causado el daño. La indemnización se fijaba con arreglo al valor más alto alcanzado por el esclavo el año anterior si éste moría.

Si solamente había sido herido, con arreglo al valor del mes precedente a aquel en que sufrió la lesión, la otra acción era la "*actio locati*", que sólo se podía ejercer si se trataba de un paciente libre, en virtud del contrato de arrendamiento de servicios por el que estaba ligado el médico esclavo o liberto.¹⁶

Contrariamente, un paciente libre que hubiese sufrido daños causados por un médico libre, no podía utilizar ninguna de las acciones señaladas, puesto que tales médicos, al no ser de baja condición, no podían vincularse por el contrato de "*locatio-conductio*", sino que lo hacían por el contrato de mandato.

Cabe señalar que hacia el siglo V, fue el Imperio romano de oriente el que creó el Protomedicato, cuya función consistía básicamente en examinar a los aspirantes a médicos. Más adelante hablaremos de esta institución que se desarrolló en España a partir del siglo XIV.

El fuero juzgo recoge la singular tradición visigoda en materia de responsabilidad médica, la cual consistía no sólo en poner al médico negligente o incompetente a la disposición de la familia del paciente muerto, para que lo usaran como esclavo o

¹⁶ *Íbidem*. Pág. 8.

lo mataran, sino que no se le pagaba al médico cuya actividad no diera resultados satisfactorios.¹⁷

Según el autor Eugenio Llamas, se dice que el primer compendio dedicado únicamente al derecho médico, lo constituye la compilación de la reparación de las injusticias, como se traduce "*si-yuan-lu*", escrito por Song TS'en, médico chino, en 1247.¹⁸

Durante el Medioevo, el pensamiento judío y cristiano regresaron de cierto modo a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, llena de connotaciones religiosas. A continuación transcribimos fragmentos de las obras representativas del tema en algunos autores medievales.

De la Regla de San Benito seleccionamos el siguiente párrafo:

"Ha de ser obligación personal y moral del abad-médico el que los enfermos no sean descuidados en ningún momento, sea cual fuere su estado y condición"¹⁹

Es prudente citar del juramento de Asaph:

"Tened cuidado de no matar a ningún hombre con la savia de una raíz... Poned vuestra fe en el Señor Vuestro Dios, el Dios de la verdad, el Dios viviente, porque él puede matar o hacer vivir, herir o curar. Él enseña al hombre a hacer el bien. Él hiere directamente, con virtud y justicia y cura con misericordia y amor. Ninguna idea astuta le puede ser ocultada porque nada hay oculto para Él. Él crea las plantas curativas e implanta en el corazón de los sabios habilidad para curar por medio de sus múltiples misericordias..."²⁰

San Isidoro de Sevilla, en su obra sobre el principio de la medicina, señala:

¹⁷ MARGADANT, Guillermo Floris. Derecho Privado Romano. Décimo Primera Edición, Editorial Esfinge, México, 1982. Pág. 407.

¹⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio. Op. Cit. Pág. 11.

¹⁹ Íbidem. Pág. 12.

²⁰ Idem. Pág. 13.

"El médico debe conocer la gramática, para poder entender y exponer lo que lee. Lo mismo cabe decir de la retórica, de modo que pueda delimitar con argumentos indiscutibles los casos que tiene entre manos. Otro tanto hay que afirmar de la dialéctica, que le permite mediante el raciocinio, profundizar en las causas que provocan las enfermedades...

De aquí que se considere a la medicina como una segunda filosofía. Una y otra ciencia reclaman para sí al hombre entero; Pues si por una se sana el alma, por la otra se cura el cuerpo".²¹

De la bellísima plegaria:

"No permitas que la sed de ganancias o que la ambición de gloria y admiración hayan de interferir en la práctica de mi profesión, pues éstas son los enemigos de la verdad y del amor a la humildad, y pueden descarriar en el noble deber de atender el bienestar de tus criaturas. Sostén la fuerza de mi cuerpo y de mi espíritu, a fin de que esté siempre dispuesto con ánimo de ayudar y a sostener al rico y al pobre, al bueno y al malo, al enemigo como al amigo. Haz que en el que sufre yo no vea más que al hombre..."²²

El Rey Federico II de Sicilia reglamentó la titulación y la enseñanza médica del siglo XIII:

"Teniendo en cuenta la gran pérdida y el daño irreparable que pueden venir de la impericia de los médicos, disponemos que, en adelante, ningún aspirante al título de médico se atreva a ejercer o a curar a no ser que, tras haber sido aprobado por un tribunal público de maestros de Salerno, se presente con documentos testimoniales de rectitud y de suficientes conocimientos...

...disponemos que nadie estudie medicina si previamente no ha cursado menos tres años de lógica...no ejercerá la profesión sin haber practicado antes durante todo el año bajo el consejo de un médico experto..."²³

Las siete Partidas regulan el resarcimiento del daño causado por actividades médicas en siervos o personas libres, el abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento y las penas en caso de que muera el paciente.

²¹ MAIMETTI, José Antonio. Op. Cit. Pág. 97.

²² Íbidem. Pág. 98.

²³ Idem. Pág. 99.

En 1371 se originó en Castilla el Protomedicato. La ley de Toro hace sus primeras referencias legislativas, estableciendo que los médicos debían ejercer su profesión con los documentos de aprobación que otorgara la cancillería real.

Más tarde, en 1422, el rey Juan II creó el Tribunal de alcaldes mayores y examinadores, con el propósito de examinar a los aspirantes a ejercer la profesión. Los reyes católicos, Fernando e Isabel, ordenaron reorganizar el Tribunal de Protomedicato mediante la ley del 30 de marzo de 1477 y las ordenanzas de Granada (1491) y Alcalá (1458).

A partir de las reformas, el Protomedicato no sólo era un tribunal examinador, sino que además tenía las funciones de regular los aspectos sanitarios del reino y conocer y fallar en los juicios civiles y criminales seguidos contra los médicos por excesos cometidos en ejercicio de su profesión. La sentencia que se pronunciaba en dichos juicios sólo admitía revisión ante el mismo tribunal.²⁴

Entre los aztecas, el ejercicio de la profesión médica no era exclusivo de los sacerdotes. Los conocimientos se transmitían de padres a hijos, al no poder conservarla por escrito. La medicina se fundaba principalmente en la aplicación de vegetales, lo cual exigía amplios conocimientos botánicos. Desde luego, los miembros de esta profesión **"utilizaban profusamente ritos y fórmulas religiosas. Se pensaba que varias divinidades podían provocar las enfermedades o curarlas ...Tanto para el diagnóstico como para el tratamiento, los médicos recurrían a la ingestión ceremonial de porciones alucinógenas y a ritos como quemar incienso o frotar con tabaco, pues esta planta era considerada como un ser vivo al que se dirigían plegarias. "**²⁵

En cuanto al Derecho penal, se consideraban delitos contra las personas, el aborto provocado por algún brebaje y el envenenamiento que provocaba la

²⁴ GARCÍA MENDIETA, Carmen. Aspectos jurídicos y legales de la investigación en seres humanos. Editorial Alarcón, Segovia, De la Fuente y Velásquez Arellano, Madrid, España, 1988. Págs. 55 y 56.

²⁵ SOUSTELLE, Jacques. El universo de los aztecas. Segunda Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1986. Págs. 60 y 61.

muerte. En ambos casos se condenaba a muerte a la curandera que hubiese dado el brebaje o a quien, en el caso de envenenamiento, proporcionase el veneno.²⁶

Otros pueblos, como los descendientes de los toltecas, no utilizaban la medicina. Si un enfermo grave no sanaba pronto, sus parientes podían decidir matarlo atravesándole una flecha en la garganta. Fray Bernardino de Sahagún relata que a los viejos los mataban con flechas y se celebraban fiestas en sus entierros.²⁷

De las ordenanzas de Tomás López tomamos el siguiente fragmento:

"Es tan poca la caridad de los naturales desta dicha provincia, en socorrerse los uno a los otros en sus necesidades y enfermedades corporales, que después de puestos en ellas, ni la muger tiene cuidado del marido, ni el marido de la muger (sic)...

Por remedio de esto mando, que el marido y la muger,(sic) en sus enfermedades y necesidades, se sirvan y curen a veces... y que para los pobres y miserables, que no tienen quien les sirva ni de que curarse, se haga en cada pueblo una casa de hospital, con sus apartados..."²⁸

Por otro lado, en 1577, Fray Bernardino de Sahagún nos describe la situación de la profesión médica entre la gente indiana, como él le llama:

"El médico suele curar y remediar las enfermedades; el buen médico es entendido, buen conocedor de las propiedades de las yerbas, piedras, árboles y raíces, experimentando en las curas, el cual también tiene por oficio saber concretar los huesos, purgar, sangrar y sajar, y dar puntos y al fin librar de las puertas de la muerte".²⁹

La monarquía española debía abordar el asunto de la práctica médica en las Indias. Así lo afirma Carmen García al explicar que:

²⁶ CHAVERO, Alfredo. México a través de los siglos. Tomo I. Bellesca y Compañía Editores, México, 1987. Pág. 658.

²⁷ Íbidem. Pág. 659.

²⁸ GARCÍA MENDIETA, Carmen. Op. Cit. Pág. 106.

²⁹ MAINETTI. Op. Cit. Pág. 88.

"El 13 de enero de 1525, el cabildo de la ciudad de México dictó una ordenanza destinada a controlar dicha actividad y le asignó la tarea a don Francisco de Soto".³⁰

La ordenanza dispone:

"Que ninguna persona que no sea médico o cirujano examinado e tenga título, no sea osado de curar de medicina ni cirugía so pena de sesenta pesos oro, porque hay algunos que por no saber lo que además de les llevar su hacienda les mata".³¹

Más tarde, en 1551 se crea la Universidad de México, por cédula real de Carlos V, y el 25 de enero de 1553 se impartió la primera cátedra de medicina.

En 1630 se fundó el Tribunal del Protomedicato en la Nueva España, como disponía la Recopilación de los reinos de Indias. Destaca la institución Protomedicato, que desde 1570 funcionó en todos los territorios conquistados. Consistía en un consejo presidido por un médico con autoridad para examinar y regular el ejercicio de médicos, cirujanos, farmacéuticos y comadronas, inspeccionar boticas y hospitales, informar sobre los fármacos y las aguas del lugar, y establecer cuarentenas en caso de epidemias. Este tribunal tenía las mismas funciones que en España, más la de fiscalizar la forma en que ejercitaba esta profesión.

La ley del 21 de noviembre de 1831 suprimió la existencia del Protomedicato en México y puso en su lugar a la junta denominada Facultad médica del Distrito Federal, que se componía de ocho médicos cirujanos y cuatro farmacéuticos. Esta junta es un lejano antecesor de la actual Secretaría de Salud.³²

Hasta ahora hemos hablado de la responsabilidad profesional en general, por ser antecedente de la responsabilidad derivada por investigación realizada en seres

³⁰ GARCÍA MENDIETA, Carmen. Op. Cit. Pág. 108.

³¹ Íbidem. Pág. 109.

³² Idem. Pág 110.

humanos. Cabe ahora hablar en forma más concreta sobre la evolución histórica de esta última.

La historia, sobre todo a partir del renacimiento, relata la vida de investigadores que hicieron o pretendieron hacer investigación en seres humanos vivos o muertos. Unos en forma independiente y muchas veces oculta, otros en equipos y en forma abierta. Algunas de estas actividades, de cuyos frutos gozamos ahora y por tal las reconocemos y admiramos, en su momento fueron criticadas y perseguidas.

Basta con recordar a algunos de los artistas-investigadores que realizaron extraordinarios estudios sobre la anatomía del cuerpo humano, entre ellos a: Mondino de' Luzzi (1275-1326), profesor que describió el aparato reproductor por primera vez; Leonardo da Vinci (1452-1519), considerado como uno de los grandes genios y que realizó varios estudios de anatomía humana; Bartolomeo Eustachio (1524-1574), que describió el conducto que conecta el oído con la garganta y descubrió las glándulas que producen la adrenalina; Gabriel Falopio (1523-1562), que realizó estudios sobre el funcionamiento del oído y los genitales; William Harvey (1578-1657), descubridor de la gran circulación de la sangre y de la función del corazón como bomba; y Marcello Malpighi (1628-1694), a quien se reconoce como al padre de la embriología por sus dibujos que representan las diferentes etapas de la evolución del embrión.

Por otro lado también reconocemos la trascendencia que tienen las obras de los médicos y cirujanos que lucharon por la antisepsia en la práctica médica, como la de: James Lind (1716-1794), quien además encontró la cura para el escorbuto; Ignác Semmelweis (1818-1865); y Joseph Lister (1827-1912), considerado como padre de la cirugía antiséptica y creador de varias aportaciones para ésta.

Valoramos en forma especial los descubrimientos e inventos que en algún momento de la historia salvaron a muchas personas de la muerte. Por ejemplo las

aportaciones de los siguientes científicos: Edward Jenner (1749-1823), inventor de la vacuna contra la viruela; Louis Pasteur (1822-1895), descubridor de que muchas enfermedades son causadas por gérmenes microscópicos e inventor de la vacuna contra la rabia; Robert Koch (1843- 1910), quien logró aislar y cultivar el bacilo de la tuberculosis y descubrió la prueba de la tuberculina; Sir Alexander Fleming (1881-1955), junto con Howard Walter Florey y Ernst Noris Chain descubrieron la penicilina, el primer antibiótico; Frederick Grant Banting (1891-1941), con su ayudante Carles Herbert Best aislaron por primera vez la insulina.

Frederick Gowland Hopkins (1861-1947), descubrió las vitaminas; Karl Landsteiner (1868-1943), descubrió los tipos sanguíneos. Otros se dedicaron a buscar como evitar el sufrimiento, como: Ambroise Paré (1517- 1590), conocido como el padre de la cirugía moderna y quien introduce la curación sin dolor; William Thomas Green Morton (1819-1868), primer dentista que utilizó el éter sulfúrico como anestesia para extraer un diente.

En cuanto a los descubrimientos sobre la mente humana, señalamos a Philippe Pinel (1745-1826), iniciador de los primeros estudios de padecimientos mentales; Jean-Martin Charcot (1825-1893), quien realizó terapias de hipnotismo con los enfermos mentales en el hospital de Salpetriere; Carl Gustav Jung (1875-1961), psicólogo y psiquiatra que definió las personalidades extrovertida e introvertida, creador de los arquetipos y el consciente colectivo.³³

Durante esta época de grandes descubrimientos y útiles inventos. No existía como ahora la preocupación de proteger al sujeto de investigación, no había una legislación que contemplara su situación en particular.

Finalmente, es en el siglo XX cuando después de la segunda guerra mundial el tema de investigación en seres humanos cobra actualidad. La medicina y el derecho se dieron a la tarea de emprender un cambio, exigiendo mayor precisión

³³ DUBOS René y PINES Maya. Salud y Enfermedad. Life en Español, México 1967. Págs. 62 y 63.

en sus metas, revisando la deontología y la legislación en cuanto a las responsabilidades éticas y legales de los profesionistas de la salud.

Sin embargo, la tarea no es fácil. Los descubrimientos de la biología y la medicina, especialmente en el campo de la genética y trasplante de órganos y tejidos, nos colocan en situaciones totalmente nuevas.

El jurista se encuentra en un mundo nuevo lleno de opciones, en el que tiene que aplicar moldes viejos que en muchos casos resultan inútiles. Médicos y juristas de la comunidad científica internacional se han cuestionado y lo siguen haciendo, sobre los límites de la investigación llevada a cabo en seres humanos.

En el transcurso del siglo XX se fueron creando organismos internacionales especializados en materia de salud. Así aparecen: la Comisión médica jurídica de la medicina militar, la Asociación médica mundial (AMM), el Consejo de organizaciones internacionales de ciencias médicas (COICM) y organizaciones sanitarias no gubernamentales que trabajan con la Organización mundial de la salud (OMS) y la Organización panamericana de la salud (OPS).

1.3 SITUACIÓN ACTUAL.

En 1964, la Asociación médica mundial y el Consejo de organizaciones internacionales de ciencias médicas se reunieron en Helsinki para establecer recomendaciones destinadas a guiar a los médicos en investigaciones biomédicas. El fruto de esta reunión se conoce como la declaración de Helsinki I. Más tarde, en 1975, en Tokio, se le hicieron algunas enmiendas, dando lugar a la declaración de Helsinki II, que ha sido revisada en Venecia (1983) y en Hong Kong (1989).

Por otro lado, no debe olvidarse la aportación del Derecho interno de todos los países occidentales, por la vía de la doctrina y la jurisprudencia que tanto en el

common law como en el Derecho civil han ido conformando las bases del moderno Derecho médico.

Sin embargo, pensamos que dada la complejidad creciente de las estructuras sanitarias y las novedosas fórmulas de prestación de servicios médicos es necesaria una profunda revisión de la materia.

Por lo que se refiere al Derecho Civil, los autores de esta importante rama jurídica, llaman derechos de la personalidad a aquellos que son inherentes a la persona e inseparables de ella; estos comprenden, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el respeto a la dignidad humana, a que se guarde el secreto de la vida privada, el derecho a la integridad física del individuo.

El Código Civil para el Distrito Federal no ha sido explícito en los aspectos referentes a la responsabilidad del médico ni de ningún otro profesionista, el Código Civil Italiano, en cambio, regula la responsabilidad civil de los mismos, en los siguientes términos:

"Art. 2236.- Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el obligado a prestarlos no es el responsable de los daños que cause, sino en el caso de dolo o de culpa grave".

Debe tenerse presente en la práctica, para delimitar la responsabilidad del médico, determinar el concepto de culpa grave desde el punto de vista jurídico, y esta se presenta cuando hay ignorancia de la técnica médica y profesional, porque la falta de conocimiento, la impericia y la negligencia dan lugar a este tipo de culpabilidad; el médico en su ejercicio profesional tiene el deber jurídico de aplicar una técnica profesional adecuada, por la cual debe responder ante el paciente y la sociedad, respondiendo, en su caso, de la reparación del daño, constituyéndose igualmente en un peligro para la sociedad, porque se encuentra en riesgo la salud de quienes a él ocurren para preservar su vida.

En la actualidad existe la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que se encarga de proponer sanciones a los médicos que incurren en responsabilidad profesional por culpa grave.

1.4 LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO.

Para comprender cabalmente la naturaleza de la profesión médica, su ejercicio y responsabilidades, es de gran importancia el estudio de sus antecedentes.

La importancia que tenía el médico operador en la Antigua Mesopotamia esta demostrada en la primera ley escrita de la historia universal conservada hasta nuestros días y que es el famoso Código de Hammurabi, que data del 1900 antes de Jesucristo aproximadamente, y en algunas de las cláusulas, a propósito de las lesiones derivadas de operaciones, están concebidas en los siguientes términos:

En esta legislación se encuentran prescripciones derivadas de una concepción jurídica civil muy avanzada, demuestra que la posición del médico en la antigua Babilonia era regulada por leyes, y el médico y más particularmente el cirujano ejercían la profesión aún no perteneciendo a la casta sacerdotal.

La salud, es el estado en que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones naturales, cuando esta se quebranta es cuando viene el descontrol en la persona, por eso mismo la vida y la integridad de la salud, son valores que interesan no solamente de manera individual, sino que son valores jurídicos que atañen a toda la colectividad.

La protección que el derecho penal da a la vida y a la integridad de la persona, abarca y suple aún a la voluntad de los individuos, es decir, que aún cuando el individuo consienta en la lesión y en el daño a su persona, el Derecho Penal tutela la vida y la integridad de la persona contemplando estos derechos no como un valor subjetivo individual, sino como intereses pertenecientes a toda comunidad.

Los médicos, en el ejercicio de su profesión tienen la responsabilidad de proteger la salud y la vida de las personas asimismo pueden incurrir en delitos que se ocasionen al desempeñar el ejercicio profesional.

El pensamiento filosófico en la historia de la cultura humana revela la tendencia del hombre hacia un conocimiento de las cosas cada vez más especializado. En tiempos de Aristóteles, la filosofía designaba la totalidad del conocimiento humano y comprendía sólo tres partes: La Lógica, la Física y la Ética. La medicina quedaba dentro de la física.

La actividad médica no sólo interesa al derecho, sino que la hace una ciencia o arte sumamente complejo y revestido de matices especialísimos, como es todo lo concerniente al ser humano y sus más altos grados sensoriales de expresión, que son precisamente conceptos de ética y moral, ambos procedentes de la razón y que permiten al ser humano relacionarse entre sí y vivir en sociedad en lo tocante a ética y moral, presenta problemas más delicados que lo imaginable.

Los deberes médicos son precisamente la unificación de ambos conceptos y su expresión externa. Es el conjunto de normas que regulan las relaciones de un médico con los enfermos, sus colegas y la sociedad. Es toda la suma de aquellas obligaciones que resultan de la ordenación del médico, al hombre enfermo y a su profesión misma. Es por ello, que la ética y la moral conjuntadas permiten la convivencia humana regulada objetivamente.

El “Juramento de Hipócrates” y todos los demás intentos por interpretarlo, de acuerdo con la historia, desde nuevos horizontes mentales, son una prueba a favor de lo acertado que sería afirmar que el deber del médico debe ser objetivo.

El deber del médico concebido así como el código de los deberes a que debe ajustarse la conducta del médico como tal, no es algo fijo, ni tiene vigencia por sí

sola, cambia con el tiempo y con el medio y sólo es válida en cuanto se conforma con los principios de la ética y con las responsabilidades que la ley y la sociedad imponen al ejercicio de la profesión.

La conducta médica es susceptible de ser enjuiciada desde diversos ángulos, con intensidad y consecuencias distintas; y es por ello que la moral de cada uno de los profesionales de la medicina debe ser de un altísimo grado, para que en el momento de que se presente cualquier tipo de crítica o enjuiciamiento, el médico pueda defender con dignidad, justicia y honradez su actuación, ya sea correcta o equívoca, ante la práctica de su profesión.

Es bien cierto que la deontología médica, como algo dinámico por naturaleza, se mueve constantemente y se transforma al ritmo de la época, y se ajusta a las nuevas condiciones predominantes, ya sean cuestiones sociales, económicas, técnicas, filosóficas, jurídicas y hasta religiosas, es decir que debe actualizarse y avanzar, como lo marque el medio en la época actual y aún en las épocas futuras. Empero aún así, existen principios que son inmutables y válidos desde que nació la civilización; como son: no matar, no dañar deliberadamente, que además son deberes que gobiernan la moral de todos los hombres y en específico los médicos, además de éstos, son tales como el de velar por la salud del enfermo, ayudarlo, respetarlo en su cuerpo y aplicar los conocimientos médicos con la mayor prestancia y profesionalidad.

Existen diversos Códigos morales, como son por ejemplo, el Código de Hamurabi, el de Hipócrates, que no obstante que algunos aspectos de este brillante Juramento, cayeron en desuso, sus principios sobre la relación médico-paciente y del médico con sus colegas siguen manteniendo vigencia y constituyen uno de los pilares de la ética médica; y ya son igualmente, los códigos morales actuales, que se dictan por diversos estudiosos del tema, y que se constituyen en diversos artículos, reflexiones o estudios aplicados.

Cesare Frugoni, señala que:

“Cada uno de nosotros debe poseer ciertamente las cualidades técnicas exigibles en quien tiene en definitiva ejercicio de vida o muerte en sus enfermos; pero debe poseer también eminentes cualidades morales, puesto que nuestra profesión es, en dignidad profesional, superior a todas ya que nosotros más que nadie tenemos el dulce privilegio de poder dar, no solo los frutos de nuestro pensamiento, sino también las flores de nuestro espíritu, y además de nuestro saber, también nuestro corazón que debe ser generoso en comprensión e indulgencia para los males físicos y morales de los hombres, no olvidando nunca que en todo enfermo físico existen, más o menos perceptibles, repercusiones psíquicas”³⁴

Asimismo existen opiniones de médicos como que:

“El médico no debe de hacer nunca a ciegas lo que no sabe hacer, ni pronunciar juicio alguno antes de confirmar, tampoco debe prometer más de cuanto piensa obtener, procurando tener como norma constante el ser sobrio, sencillo, bondadoso, jamás debe privar a los enfermos de todo lo que necesiten, y si no se tiene lo necesario o no se saben aplicar ciertas técnicas, es menester procurar obtenerlas y aprenderlas o requerir la colaboración de otros colegas competentes especializados”³⁵

O bien cuestiones más espirituales, más profundas y hasta más estoicas, como:

“Verdad es que a menudo nuestro modo de obrar no será equitativamente juzgado, ni seremos bien comprendidos, ni seremos sentimentalmente recompensados; no importa donde palpita la tragedia de la vida y de la muerte nosotros deberemos aportar siempre un sentido de rígido saber y sacrificio, que son las de la vida, y siempre habrá en nosotros comprensión, indulgencia y serenidad –porque como dice Viola-, mal médico, será aquél que se aparte del lecho de un enfermo sin haber impreso alguna señal en su alma, sin dejar tras su trabajo una estela de amistad y de agradecimiento”³⁶

Este autor señala que el médico no sólo sirve a la salud, a la movilidad, a la belleza y capacidad de expresión del cuerpo. Debe ayudar al hombre a aceptar deficiencias y fealdades de su cuerpo como disposiciones del destino y a soportar

³⁴ Autor citado por NARRO ROBLES. José. Deontología General y Secreto Profesional de Internado. Facultad de Medicina. U.N.A.M. Unidad 10, Ciclos XI y XII, México, 1981. Pág. 353

³⁵ Íbidem. Pág.356

³⁶ AVER, Alfonso. Ética y Medicina, Deontología Médica a la luz del mensaje cristiano. Segunda Edición. Editorial Ediciones Guadarrama, Colección Universitaria de Bolsillo, España, 1992. Pág. 25

enfermedades incurables. Y por último, el médico debe también frecuentemente prestar un servicio a la dignidad del hombre cuando ve que el cuerpo de éste se desmorona inevitablemente, cuando su arte ya no pueda detener la ruina.

Además el estudioso en cita expresa:

“El corazón hace al médico –dice Paracelso-, sólo un auténtico amor al hombre le capacita para la práctica de aquellas virtudes que constantemente se exigen del médico y que son tan alabadas: el desinterés, la reserva, el pudor, la tranquilidad, la sinceridad, la decisión, la verdad. Solo el amor comunicará a sus sentidos a sus ojos, a sus oídos, al tacto de sus manos, aquella receptividad y aquel estado de alerta que son necesarios para reconocer realmente al enfermo”³⁷

En conclusión, considero que la ética es una cuestión del espíritu y del corazón humanos, su motivación es interna. Todo médico creyente sabe que todos los valores y todas las leyes que puedan formularse en la ética se fundan en ese misterio que es la creación del ser humano.

³⁷ *ibidem*. Pág. 26

CAPÍTULO 2

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PACIENTES.

2.1 PANORÁMICA GENERAL.

Se exige del médico, ante todo rigor científico y humanidad, conocimientos óptimos, conciencia, responsabilidad, buena fe, destreza, amor al prójimo, estudios actualizados, en fin que significa todo esto, sino la expresión clara de que debe poseer, conciencia moral y ética profesional, para el buen ejercicio del arte médico.

La relación médico-paciente es el tipo de interacción humana de dos personas que tiene lugar en la consulta médica; siendo la interacción de dos personas, en ella juegan importante papel los factores psicológicos, sociales y culturales, por ambas partes, además de los propiamente médicos.

En cuanto a la relación del médico con la sociedad, la actitud del médico ante esta es normada por códigos éticos; pero por más elaborados, meditados y discutidos que éstos sean, su operabilidad siempre quedará pendiente de la conciencia del propio médico, quien debe estar convencido del bien social que de su actuación se deriva y de la necesidad de guiarse por esas normas.

Sobre este tema, Chiosone opina que

“El médico ejerce un servicio de utilidad pública, y por ello se debe profesionalmente a la comunidad. Su actuación frente al problema de la vida y de la muerte lo sitúa siempre en una posición difícil ante las exigencias de las personas y a quienes presta sus servicios. Si por una parte la sociedad necesita fundamentalmente del médico, y a él debe importantes servicios, en cambio no siempre tiene para él reconocimiento debido. En ocasiones se le

endilgan los peores calificativos, entre ellos el de matasanos. Sus aciertos se recompensan con la fama; pero sus errores nunca se perdonan”³⁸

2.2 CONCEPTO DE ÉTICA.

La ética (del griego *ethika*, de *ethos*, ‘comportamiento’, ‘costumbre’), principios o pautas de la conducta humana, a menudo y de forma impropia llamada moral (del latín *mores*, ‘costumbre’) y por extensión, el estudio de esos principios a veces llamado filosofía moral.

La ética se concreta al ámbito de la civilización occidental, aunque cada cultura ha desarrollado un modelo ético propio.

La ética, como una rama de la filosofía, está considerada como una ciencia normativa, porque se ocupa de las normas de la conducta humana, y para distinguirse de las ciencias formales, como las matemáticas y la lógica, y de las ciencias empíricas, como la química y la física. Las ciencias empíricas sociales, sin embargo, incluyendo la psicología, chocan en algunos puntos con los intereses de la ética ya que ambas estudian la conducta social. Por ejemplo, las ciencias sociales a menudo procuran determinar la relación entre principios éticos particulares y la conducta social, e investigar las condiciones culturales que contribuyen a la formación de esos principios.

Los filósofos han intentado determinar la bondad en la conducta de acuerdo con dos principios fundamentales y han considerado algunos tipos de conducta buenos en sí mismos o buenos porque se adaptan a un modelo moral concreto. El primero implica un valor final o *summum bonum*, deseable en sí mismo y no sólo como un medio para alcanzar un fin.

³⁸ CHIOSSONE, Tulio. La responsabilidad Penal y Civil del Médico en la Legislación Venezolana, Caracas, Venezuela, 1983. Pág. 7

En la historia de la ética hay tres modelos de conducta principales, cada uno de los cuales ha sido propuesto por varios grupos o individuos como el bien más elevado: la felicidad o placer; el deber, la virtud o la obligación y la perfección, el más completo desarrollo de las potencialidades humanas.

Dependiendo del marco social, la autoridad invocada para una buena conducta es la voluntad de una deidad, el modelo de la naturaleza o el dominio de la razón. Cuando la voluntad de una deidad es la autoridad, la obediencia a los mandamientos divinos o a los textos bíblicos supone la pauta de conducta aceptada. Si el modelo de autoridad es la naturaleza, la pauta es la conformidad con las cualidades atribuidas a la naturaleza humana. Cuando rige la razón, se espera que la conducta moral resulte del pensamiento racional.

Algunas veces los principios elegidos no tienen especificado su valor último, en la creencia de que tal determinación es imposible. Esa filosofía ética iguala la satisfacción en la vida con prudencia, placer o poder, pero se deduce ante todo de la creencia en la doctrina ética de la realización natural humana como el bien último.

Una persona que carece de motivación para tener una preferencia puede resignarse a aceptar todas las costumbres y por ello puede elaborar una filosofía de la prudencia. Esa persona vive, de esta forma, de conformidad con la conducta moral de la época y de la sociedad.

El hedonismo es la filosofía que enseña que el bien más elevado es el placer, es una filosofía occidental, se aplica este término para referirse a la doctrina según la cual el placer es el único o el principal bien de la vida, y su búsqueda el fin ideal de la conducta. El hedonista tiene que decidir entre los placeres más duraderos y los placeres más intensos, si los placeres presentes tienen que ser negados en nombre de un bienestar global y si los placeres mentales son preferibles a los placeres físicos.

Una filosofía en la que el logro más elevado es el poder puede ser resultado de una competición. Como cada victoria tiende a elevar el nivel de la competición, el final lógico de una filosofía semejante es un poder ilimitado o absoluto. Los que buscan el poder pueden no aceptar las reglas éticas marcadas por la costumbre y, en cambio, conformar otras normas y regirse por otros criterios que les ayuden a obtener el triunfo. Pueden intentar convencer a los demás de que son morales en el sentido aceptado del término, para enmascarar sus deseos de conseguir poder y tener la recompensa habitual de la moralidad.

La Ética permite al paciente y al médico trascender la situación de enfermedad, la actitud ética del enfermo consiste en esforzarse por recobrar su condición propiamente humana, por sobrepasar el estado de mera naturaleza; la ética del médico consiste en reconocer la condición humana que la enfermedad parece disolver o desvanecer.

La Ética en Medicina, se intensifica más que en otras profesiones; como si la Medicina fuera mucho más ética que cualquier otra vocación. Al médico se le exige más ética por su poder; por su situación de dominio; por la corporeidad que implica la enfermedad, aunque todo ser humano debe ser, obviamente, objeto y sujeto de la Ética.

La técnica del médico y la ética médica no deben separarse, ser un buen médico no significa saber Medicina y ejercerla científica y técnicamente, un buen médico requiere, por naturaleza, ser un buen hombre. La liga entre lo técnico y lo ético constituye una unidad indisoluble en Medicina.

Nosotros no pedimos la santidad al médico, pero sí una auténtica vocación, si se escoge la Medicina, no hay manera de separar el arte médico del arte humanístico, y se le exige un estado de vigilia intensificado; el médico debe estar

permanentemente alerta, despierto, su práctica médica es también una práctica ética consistente y cotidiana.

Hoy nos encontramos frente a una crisis de valores éticos y una crisis del humanismo, en general nuestro siglo ha visto revoluciones de toda índole: científicas, tecnológicas, políticas y sociales, empero, sobre todo, un siglo de crisis, de valores, de ideas, de creencias, de derrumbes, de concepciones del mundo y de la vida, y también de crisis de estructuras de realidades políticas, sociales y morales.

La Medicina ha incrementado su poder por los avances científicos y tecnológicos, por el crecimiento extraordinario del conocimiento; en consecuencia, se han incrementado la ambigüedad del poder del médico y la necesidad de la Ética en ese campo.

La crisis que padecemos en cuanto a valores se refiere, ha originado que vivamos el mundo médico en situaciones y sistemas que favorecen las relaciones de dominio; la despersonalización y la falta de comunicación entre médico y paciente; la manipulación del mundo de la Medicina; la negligencia del médico y el trato deshumanizado.

La sobrepoblación es una de las causas que agravan esa situación, por ello hay muchos pacientes para cada médico, pero no muchos médicos para cada paciente; de esta forma la relación médico-paciente se hace cada vez más difícil.

En un auge de materialismos, ello también afecta al médico; por existir un derrumbe de los valores éticos que propicia actitudes de desánimo, de pesimismo; una desconfianza en nuestra segunda naturaleza humana, es decir, en la capacidad de médicos y pacientes de superar lo puramente natural y material; es una desconfianza en la libertad del ser humano.

La Medicina como negocio o industria, es una de las más terribles amenazas de nuestro tiempo, de éste siglo de contradicciones en el cual junto a la crisis de valores, está el nacimiento de algunos nuevos, lo cual nos debe hacer sentir optimistas.

Hay una creciente apelación a la ética en nuestro tiempo, esto se dirige hacia la necesidad de apelar al individuo como gente moral, a la conciencia de la persona como factor de responsabilidad y de iniciativa ética; hay una necesidad de valores específicamente éticos, que implican revalorar la vida, dotarla de sentido y de racionalidad, que es, en última instancia, lo que permite la Ética.

Gramaticalmente, valor es la cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores.

El Maestro Eduardo García Máynez, explica que:

“Desde el punto de vista filosófico, son las cualidades de orden material y rango diverso, que existen independientemente de su forma de manifestación, es decir, ya sea que aparezcan realizados en las cosas o se den en la conducta, el valor moral es aquello que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano.

Tal independencia revelase diáfananamente en multitud de hechos. El valor de una persona puede ser intuitivo sin que sepamos en qué consiste ese valor. Por ejemplo un hombre nos resulta agradable o antipático aun antes de que estemos en condiciones de precisar las causas de nuestro agrado o repugnancia. También es posible experimentar la belleza de un lienzo o un poema sin tener la menor idea acerca de los elementos en que su valor reside. Otro hecho que patentiza la independencia entre los valores y las cosas, personas y actitudes, es el siguiente: las cualidades valiosas subsisten aun cuando las personas, las actitudes o las cosas cambien. El rojo no deja de ser tal si una bola encarnada es teñida de verde. De manera semejante, el valor de la fidelidad conyugal no se altera al cometerse un adulterio. Los valores son objetos auténticos, diversos de los estados que eventualmente producen en nuestra sensibilidad. Lo agradable, pongamos por caso, es, en cuanto valor, distinto del placer que procura. Tampoco son los valores deducibles de los bienes. No hay valores porque hay bienes, sino a la inversa. El bien se relaciona con la cualidad valiosa como las cosas con

las cualidades que constituyen sus atributos. Habrá, pues, que distinguir las cosas valiosas y los valores de las cosas”.³⁹

El autor nos explica la importancia de los valores humanos, mismos que se sitúan en el ámbito espiritual del individuo y cada uno los valora conforme a su criterio.

El Maestro en cita sigue explicando:

“Pero aun cuando los valores no dependen de los bienes, siempre es posible, a pesar de lo que Kant pensaba, descubrir un orden material de lo valioso, que existe, como dice Scheler, con absoluta independencia del mundo de los bienes y de las transformaciones y contingencias a que el mismo se halla expuesto.

La primera de las cuatro preguntas que hemos formulado debe ser contestada de manera afirmativa: los valores existen, mas no son simples apreciaciones del individuo o del grupo, sino objetos auténticos, cuya índole o modo de ser trataremos de explicar enseguida.

Desde la época de Platón se admite, sobre el mundo de la materia, un reino de objetos inmateriales, un orden de lo ideal. El fundador de la Academia lo llamaba reino de las ideas: Aristóteles, de las formas (*eidos*); los escolásticos, de las esencias (*essentia*). Después de haber sido negado por el subjetivismo dominante en los últimos tiempos, ha vuelto a ser reconocido y afirmado por los más ilustres pensadores contemporáneos. A ese mundo pertenecen tanto los valores como los objetos lógicos y matemáticos, lo mismo que las esencias de que habla la fenomenología.

El modo de ser de los valores es el mismo de las ideas platónicas, en virtud de que entre los paradigmas de Platón se hallan comprendidos los principios éticos y los valores que la moral estudia.

Pertenecen a esa esfera suprasensible descubierta por el filósofo helénico, es decir mundo inmaterial que difícilmente se puede aquilatar de manera física”.⁴⁰

El autor considera que los valores aun cuando pudieran ser considerados como materiales, pertenecen a un mundo meramente ideal.

³⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ética*. Vigésimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990. Págs. 213 a 214.

⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 215.

2.3 CONCEPTO DE IATROGENIA.

Es un término relativamente poco conocido, a continuación ofreceremos varias conceptualizaciones del mismo, con perfiles científicos muy claramente definidos. Por iatrogenia se entiende y se considera:

- Que consiste en la enfermedad originada por el médico.
- Que reside en el daño inferido al paciente por el tratamiento médico.
- Que se trata de consecuencias malignas, dimanantes de acciones médicas que, por otra parte, y en aspectos distintos, tratan de beneficiar al enfermo, y
- Que es el efecto indeseable, el cual podría evitarse si el médico es más cuidadoso y prudente, y si tiene mayores conocimientos.

Si tuviéramos que señalar un denominador común, en los conceptos anteriores de iatrogenia, éste sería el relativo a la circunstancia de que no se trataría de un daño deliberado, y aquí entra en juego la ética, en relación con el ejercicio profesional de la actividad médica.

Igualmente, podría considerarse que existen tres aspectos de la actividad médica, los cuales pueden ser originadores de las mencionadas perturbaciones o problemas adicionales:

- Los medicamentos o fármacos recomendados por el médico, que pueden ser contraindicados y dar lugar a daños en otras áreas y órganos del paciente.

- La actividad quirúrgica y la utilización inadecuada de medios o instrumental médico, y
- Que es muy frecuente que se minimice al enfermo y no se hace caso a conciencia de la información que respecto a su enfermedad pueda proporcionar.⁴¹

2.4 LA BIOÉTICA.

La Bioética es un territorio de frontera en donde las cuestiones relativas a la vida, y las relativas a la ética, se unen dentro de un ámbito de interacción fundamental.

A la Bioética se accede desde el mundo de las ciencias biológicas, desde las Ciencias Biomédicas y muy particularmente, desde la Medicina; pero también desde el campo de la filosofía en su vertiente de Filosofía Moral o de Ética.

La Bioética es un territorio donde nos encontramos, las ciencias y las humanidades, en un sitio verdaderamente privilegiado, en pocos lugares, como en el ámbito de la bioética, se pueden reunir las preocupaciones tanto científicas como humanísticas.

En el trabajo científico y cotidiano que realiza el médico, surgen múltiples problemas de carácter bioético. En realidad la práctica científica, pero sobre todo, la práctica médica, reclama constantemente la necesidad de dar respuesta a problemas de ésta naturaleza.

Generalmente, lo que hace el científico es acudir a la Filosofía para resolverlos, o bien responde a ellos desde sus convicciones de carácter moral o desde su propia idea de la ética profesional.

⁴¹ Cfr. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE EDUCACIÓN ESPECIAL. Editorial Santillana. Vol. III. México, 1990. Pág. 1123.

Desde la Filosofía como Ética filosófica o como Filosofía moral, el acceso a los problemas bioéticos obedece a una reflexión crítica que tiene una metodología propia: la filosófica. Por sus propias características y por su rigor, los problemas de orden ético en general, y bioético en particular se enfrentan desde los conocimientos inscritos en la tradición histórica de la comunidad científica de la Filosofía.

Los grandes clásicos filosóficos no están cancelados: tienen una palabra viva que nos puede ayudar para resolver los problemas éticos y bioéticos en particular; la comunidad científica de la filosofía actual acude a ella con objeto de poder enfrentar problemas concretos.

Particularmente, la Filosofía centra su atención en cuestiones de fundamento, más que en aspectos meramente normativos. Sus preocupaciones siempre tienen que ver con los fundamentos de la vida ética y, en especial, en éste caso, de la Bioética: su territorio es el de la búsqueda de principios y criterios universales. En este sentido, la Bioética no sería sino un aspecto de la llamada Ética práctica o aplicada.

Tal como se concibe en forma canónica, la Bioética abarca tanto el ámbito de la Ética médica, como el de la biotecnología; también se relaciona con la ética ecológica, la cual, a su vez, es inseparable de problemas demográficos. Comprendida en su sentido general, la Bioética tendría éstas tres principales vertientes, entre las cuales, por lo demás, hay íntimas y profundas interrelaciones.

Son múltiples los problemas de la Ética médica, los de la Biotecnología, de la Ecología y de la Demografía; en este apartado solamente atenderemos algunos asuntos relacionados con la Ética médica.

Hay dos grandes problemas de carácter fundamental a la Bioética, el primero, es, si podemos, desde los ámbitos de la Ética o del Derecho, de tener o intervenir, y

en ocasiones, hasta coartar el proceso de investigación por razones extracientíficas de orden moral o social; hasta dónde es posible que los valores de orden humanístico, ético y demás, intervengan en el proceso de investigación científica.

En principio, debemos establecer que la ciencia se rige por valores de verdad o de error, no de bien o de mal; la ciencia es verdadera o falsa; no es buena ni mala. No persigue valores éticos, sino epistemológicos y científicos, en sentido estricto, porque su finalidad es el conocimiento adecuado y correcto.

El uso del conocimiento no depende propiamente de la ciencia, pues ello está más allá de la ciencia misma, y en éste sentido es pertinente establecer que la ciencia o el científico son neutrales con respecto al uso que se le dé al conocimiento.

La ciencia se encuentra ubicada en un contexto social, histórico y humano. Tiene autonomía relativa, porque la ciencia misma depende de condiciones económicas, culturales, educativas y sociales; y, por otro lado, tiene fines éticos, sociales y humanísticos, como la necesidad de atender al bien común y de estar al servicio del hombre.

Se debe establecer que es necesario el libre fluído de la ciencia, dentro de una dirección o una finalidad de carácter ético, y conciliar ese fluir es imposible si no hay un permanente diálogo entre la ciencia, la ética, el Derecho, y demás disciplinas afines. Se trata de balancear la libertad de la investigación científica y la necesidad de proteger la humanidad de posibles abusos.

Desde que el hombre aprendió a curar, lo que seguramente sucedió durante el paso de la prehistoria a la historia, se percató de la necesidad del vínculo entre Ética y Medicina. En la tradición occidental, es muy significativa la relación que existe entre la Filosofía en general (la Filosofía griega) con la Filosofía de la Medicina, cuyo origen se encuentra en la Medicina Hipocrática.

A criterio de la Maestra Juliana González Valenzuela:

“La filosofía nació en Grecia como *episteme*, “ciencia”. La pregunta original que se hicieron los primitivos filósofos presocráticos, milesios, fue la pregunta por la *físis*, “la naturaleza de la naturaleza”. La preocupación fundamental de los filósofos era lograr objetividad, racionalidad; ir a la experiencia del Cosmos y buscar leyes inmanentes sin apelar a respuestas de la trascendencia.

En sentido estricto, lo que significó el nacimiento de la Filosofía de la naturaleza en Grecia, en la ciudad de Mileto, concretamente, fue el paso del mito al logos, es decir, de la respuesta mítica-religiosa, a la medicina hipocrática, que posteriormente daría el paso de la medicina improvisada a la medicina configurada con el espíritu científico de objetividad, racionalidad, experiencia e inmanencia.

También influyeron en los médicos hipocráticos, los filósofos pitagóricos; la Filosofía pitagórica tiene características sui generis, porque en realidad, fue una mezcla de ciencia y de mística: hacer ciencia era una forma de acceso a una santidad de carácter místico.

De ahí el carácter esotérico que tuvo la secta nafiasta pitagórica, y el que en todos los procesos de ingreso al conocimiento pitagórico, se requiriese un largo proceso de iniciación.

Esa concepción fue decisiva para la Medicina Hipocrática; ahí se generó la idea del secreto médico, entendido éste como el deber de guardar la información confidencial del paciente. De hecho, en sus orígenes, las características de la práctica médica, también fueron secretas; con el tiempo, esto se perdió”.⁴²

La filosofía es una ciencia verdaderamente compleja en cuanto a su manejo y aplicación, que nos permite entender a quienes somos y a los médicos que se acercan a la filosofía hipocrática les enseña a saber manejar su profesión con un sentido humanitario.

La autora en análisis sigue señalando:

“En la forma originaria de la Medicina Hipocrática se pedía al médico un estado de santidad similar al que exigían los pitagóricos; el juramento hipocrático implica un sentido de compromiso que el médico establece con su propia comunidad, y una obligación infranqueable, indeclinable, que permite el ejercicio de la medicina.

⁴² GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. Los valores bioéticos y la relación médico-paciente. Memoria del III Simposio Internacional CONAMED. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999. Pág. 19.

También de los pitagóricos era la idea crucial de la Medicina antigua: la armonía. Los pitagóricos pensaban en la armonía en términos estéticos, pero también místicos; definían la salud como armonía del cuerpo y equilibrio de los elementos; como combinación milagrosa que da lugar a la vida y a la salud. La enfermedad es la ruptura de la armonía, la cual era concebida de manera muy compleja dentro de las concepciones hipocrática y pitagórica.

Posteriormente, durante la época clásica, de los tres grandes filósofos de la antigüedad griega: Sócrates, Platón y Aristóteles, comienza la relación entre Medicina y Filosofía, en especial en el caso de Sócrates. La idea de la vida ética, clave en el pensamiento socrático, consolida la concepción del cuerpo como cuerpo humano y da a la Medicina un significado ético mucho más fuerte que el carácter de santidad y de religiosidad que tenía para los pitagóricos.

Hipócrates y Sócrates fueron coetáneos gran parte de sus vidas; por eso la Medicina inspiró la concepción de la ética. A partir de ese momento, la Medicina fue concebida como Medicina integral al cuidado del alma y del cuerpo, que es también como se concibe la Ética.

Los conceptos de salud, armonía y unión son definitivos en Sócrates y Platón. La teoría del amor de Platón - la teoría del eros- está absolutamente inspirada en los médicos; cuando Platón alude a la salud, se refiere a la salud médica.

Aristóteles es, posiblemente, el más destacado en este mismo sentido. La idea de la virtud como un justo medio - la palabra griega es mesotes - entre dos extremos igualmente viciosos; esa idea, fundamental en la Ética aristotélica, se entiende como una aplicación de la idea de armonía en los médicos".⁴³

El conjunto de ideas expresadas por la autora en examen nos proporciona la idea que tienen los médicos que se apegan a la ética hipocrática: ser parte de un mundo armónico.

Concluye lo explicado por la autora en mención:

“De todo esto, pervive lo esencial, no lo circunstancial; es decir, pervive la necesidad de unión entre la Medicina y la Ética. Los principios básicos también están presentes; el principio de beneficencia, que es actual; el de confidencialidad; la necesidad de virtudes del médico, y el juramento hipocrático como un compromiso con el paciente y con la comunidad médica.

⁴³ *Ibidem*. Pág. 20.

Ahora, nos preguntamos cuál fue la necesidad que hubo de la Ética en los tiempos antiguos, pero también cuál es hoy. Porque cuando uno ve el pasado, éste sólo importa en la medida en que está vivo en el presente.

La primera gran razón por la que no hay posibilidad de Medicina sin Ética, es la liga indestructible que existe entre el saber y el poder. El saber médico conlleva un poder en especial, y todo poder implica una ambivalencia. El poder es un principio de vida o de muerte, particularmente el poder médico, que puede ser de creación o destrucción. Esa ambivalencia, esa alternativa de vida o muerte, sólo la Ética la resuelve.

Asclepio, el Dios griego de la Medicina - hijo de Apolo, lo que significa que era hijo de la luz, de la razón y de la vida - era una deidad proveniente de la tierra y del inframundo; es decir, una deidad de la muerte. Como él, la Medicina siempre se mueve en éstos dos ámbitos.

La segunda razón es el problema de las relaciones interhumanas, que a lo largo de la historia han sido relaciones de dominio de lo que los filósofos han llamado estructuras de amo-esclavo, de sujeto-objeto. Tanto en el espacio colectivo de las relaciones de dominio político, como entre dos seres humanos o dos diferentes grupos humanos, parecería que sólo tenemos posibilidad de relacionarnos en la medida en que uno domina y el otro es dominado. Sólo en la creación estrictamente ética del amor se trasciende esa estructura de dominio".⁴⁴

La relación médico paciente es asimétrica por definición; existe una natural desventaja y dependencia del paciente con respecto al médico, y hay un estado de saber creciente del médico con respecto al paciente; sin Ética la tentación del dominio en ésta relación crece considerablemente.

La enfermedad es una situación límite ante nuestra propia condición y ante la muerte, la enfermedad nos hace recordar que somos cuerpo, vida y materia. En la salud nos olvidamos de nuestra pertenencia a la tierra. La enfermedad nos recuerda que somos un órgano determinado, o un cuerpo determinado, regresándonos a nuestra condición natural y material.

El hombre es un ser natural y la enfermedad nos recuerda esta pertenencia, esto sobrepasa lo puramente natural; en filosofía se afirma que el hombre es un ser sobrenatural, porque sobrepasa su naturaleza biológica y tiene una segunda naturaleza de carácter moral, cultural e histórico.

⁴⁴ Ibidem. Pág. 21.

El hombre desde una perspectiva eminentemente filosófica, configura una unidad-dualidad al mismo tiempo; es uno y es doble con respecto a su naturaleza; constituye un continuo-discontinuo en lo que se refiere a la vida biológica y a la materia misma.

La enfermedad, nos ubica en un estado de vulnerabilidad, porque implica una disminución o desvanecimiento de esa condición sobrenatural, de esa condición propia del hombre, la palabra enfermo significa carente de firmeza, por ello la enfermedad es una especie de reducción mayor o menor a nuestra condición corpórea, y nos convierte estrictamente en vida y en materia.

La Bioética es un signo de que no todo está perdido; por el contrario, indica que hay una reacción y una renovación del sentido del valor; la instalación cada vez más amplia de comités de bioética en todas partes; la creación de comisiones específicas, la proliferación de publicaciones de ética médica y de Bioética; la promoción de estudios de grado y posgrado en ésta rama del saber, además de la realización de diversos encuentros, en foros nacionales e internacionales.

Hay una presencia de nuevos valores; la conciencia de la autonomía y de los derechos de la persona; la validación de los derechos humanos y la afirmación y consolidación de valores como la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Cada momento de la vida médica es único, igualmente pasa con la autonomía del paciente; la Bioética se tiene que estudiar desde diversas perspectivas; las cuestiones de la Bioética son abiertas, de ahí la importancia que tiene la creación de comisiones, de comités y de foros que configuren la vida ética en general.

El Doctor Sergio García Ramírez, respecto a la Ética y la práctica médica, nos explica que:

“Dos palabras sobre el compromiso ético en el ejercicio de la medicina. Sabemos que no hay confusión entre el orden ético y el orden jurídico: entre las normas de ambos órdenes de la conducta existen diferencias decisivas. Pero el Derecho suele acoger a la moral como referencia de sus disposiciones; hay normas de doble alcance -moral y jurídico- esencia o razón de los dos sistemas.

En el ámbito de la medicina florecen, más todavía que en muchos otros espacios de la relación social, las conexiones entre ética y derecho. Se ha llegado a decir que en aquél ámbito se funde lo ético con lo legal y aquí se presupone que el Derecho tiene por finalidad el cumplimiento de aquellos deberes impuestos por la moral profesional. Abundan las advertencias ético-jurídicas en la legislación aplicable al ejercicio de la medicina o en la investigación de esa especialidad.

Por ejemplo, el artículo 51 de la Ley General de Salud reconoce el derecho de los usuarios de los servicios de salud es decir, de todos los individuos, potencialmente, en cuanto pueden devenir solicitantes de atención médica a recibir atención profesional y éticamente responsable. La Fracción I del artículo 100 de la misma ley, señala que la investigación en seres humanos deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica. El internamiento de los enfermos mentales -dice la Ley General de Salud- debe ajustarse a principios éticos y sociales, además de los requisitos científicos y legales que determine la Secretaría de Salud y establezcan las disposiciones jurídicas aplicables (art. 75). Finalmente, el artículo 8 del Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de prestación de servicios de atención médica, determina que ésta deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica”.⁴⁵

Es necesario reconocer la importancia que tienen en la relación médico-paciente, los componentes de carácter humano, la aplicación de criterios científicos tecnológicos, económicos y sociales que caracterizan a la Medicina contemporánea ha tensado mucho ésta relación y ha transformado varios de los elementos que antes resultaban muy simples.

2.5 LOS VALORES ÉTICOS DEL MÉDICO.

Con relación a este tópico, el autor Carlos Viseca explica:

⁴⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Consideraciones sobre el derecho penal y la práctica médica. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999. Págs. 34 y 35.

“La tradición médica occidental, que se remonta a la Grecia clásica y rememora el nombre de Hipócrates, junto con los postulados de una Medicina que busca, desde entonces, ser científica, introduce en nuestra profesión la reflexión sobre la conducta moral.

Ya desde tiempos hipocráticos, el médico se preguntaba cuál era la implicación de carácter moral en términos de la acción y la reflexión, en cada uno de los actos que realizaba con su paciente: actos conducentes al diagnóstico, al pronóstico, y a medidas terapéuticas de toda índole.

Todo acto médico encierra siempre implicaciones morales, y por ello las consideraciones éticas son parte integral suya. Sin embargo, las relaciones entre el pensamiento moral y la medicina se han transformado de manera importante, de acuerdo con los cambios históricos y las diferencias sociales, científicas y tecnológicas de cada etapa.

Desde el siglo pasado, conforme la Medicina se acercó a las ciencias biológicas y ajustó a ellas sus modelos explicativos, el razonamiento ético moral entró en un periodo de crisis.

En un principio se planteó que había que alejar a la Medicina de la filosofía para convertirla realmente en una ciencia; todos los que criticamos a Augusto Comte por provocar ésta separación, debemos recordar que Comte siempre señaló que la ciencia de la moral era un elemento científico fundamental y que el sexto establecimiento de los que fundara Gómez Farías en 1833, fue, precisamente, el de las ciencias religiosas y morales”⁴⁶

Lo explicado permite entender la trascendencia de los valores morales de la conducta del médico.

El autor en cuestión sigue explicando:

“Sin embargo, tomando en cuenta estos modelos explicativos, el razonamiento ético médico de los últimos ciento cincuenta años entró en un periodo de crisis del que no ha salido. Su campo de acción se redujo, primero, a la aplicación correcta de un conocimiento científicamente adquirido; después, al convertirse las consecuencias de los avances médicos en objetos de reflexión y cuestionamiento, se amplió desmesuradamente su campo de acción.

El médico positivista de hace sesenta años se daba el lujo de afirmar que la ética médica se podía aprender siguiendo el ejemplo de los maestros, a los que se suponía a priori buenos. Hablamos de cómo una coincidencia entre bondad -elemento moral- y calidad -elemento profesional-, forman parte de un mismo término, “bueno”, al que no se objeta.

El ejemplo de los maestros tradicionales, muy socorrido en la actualidad, es aún elemental. No queremos decir, de ninguna manera, que no sea

⁴⁶ VIESCA, Carlos. El médico, la Ética y la Educación. Memoria del III Simposio Internacional CONAMED. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999. Pág. 67.

importante o que carezca de validez, sino que ya no es suficiente; es el punto de partida, no el punto final en la formación del médico.

La Facultad de Medicina de la UNAM incluyó, desde 1988, contenidos de Ética y Bioética, dentro del programa de la materia Historia y filosofía de la Medicina. El programa, que en realidad es de Humanidades Médicas, hablando a grosso modo, incluye unidades de historia de la Medicina; ética médica; antropología médica, entre otras. Pero en lo relacionado con la ética médica y la bioética, el programa se ha ido ajustando a partir de una serie de contenidos que pretendían mostrar el desarrollo y los alcances de la ética médica a través de la historia y hasta la actualidad; además, se incluyen temas de historia de la ética médica, en los que se estudia el pensamiento de las sociedades no occidentales”.⁴⁷

Los médicos por su postura personal y social, deben guiar su conducta, siguiendo los principios éticos y morales de Hipócrates.

Cada vez que la Medicina comparte con la sociedad intentos para mejorar, cae en crisis, y esto la obliga a ir hacia adelante y a retomar el compromiso ético que tiene desde sus orígenes.

Los valores que privan en la actualidad y los principios bioéticos que se aplican a los dilemas más importantes que presenta la práctica médica contemporánea, constituyen un alto porcentaje del temario actual del programa relativo, que cursan todos los alumnos de la Facultad de Medicina, de manera obligatoria.

Entre ellos se cuentan importantes aspectos relacionados con la definición entre lo natural, lo artificial y sus fronteras.

Esta situación de carácter tecnológico que ha venido redituando problemas tanto para la práctica médica, como para la conciencia del médico y de la sociedad en general, como el poder interferir o no con el principio y con el fin de la vida.

Los médicos tienen muchos elementos irracionales en su práctica, como por ejemplo, repetir rutinas sin cuestionarlas; las rutinas basadas en la costumbre; la

⁴⁷ Ibidem. Pág. 68.

práctica defensiva; la presión del paciente y de los familiares y la de uno mismo; muchas veces el médico no puede aceptar que el paciente se vaya sin una receta.

2.6 EL IMPACTO DE LA BIOÉTICA.

La Bioética como ciencia de la vida y de la salud en el acto humano, y a la luz de los principios y valores morales, establece que no es únicamente una ciencia práctica dirigida a la Medicina, sino que está en todos los ámbitos del conocimiento; la Bioética entra en todo acto humano de cualquier naturaleza.

Según el Doctor Alberto Amor Villalpando:

“La Bioética tiene cuatro áreas fundamentales:

La primera compete a los médicos fundamentalmente: se refiere a las ciencias sanitarias.

La segunda área importante es la experimentación en seres humanos.

La tercera se refiere a los ecosistemas extrínsecos, o sea, a la ecología.

Y la última área es la deontología, el conjunto de normas que deben regir socialmente entre los humanos en su actuar; el acto humano médico y no médico”.⁴⁸

Las áreas mencionadas tienen relación íntima entre sí y las mismas se retroalimentan desde los orígenes de la Bioética.

La Bioética sirve para guiar el desarrollo integral de los médicos de la actualidad, tratando que sea su forma habitual de comportarse la ética.

Ahora bien, si nos referimos a la relación del médico y del paciente, a decir del referido Maestro Amor Villalpando, hay cuatro modelos fundamentales:

“El primer modelo, de siglos hasta la fecha, es el vertical, hipocrático, paternalista, en el que la figura central de la relación médico-paciente, es el médico, y el paciente simplemente, una pieza de actuación para el mejoramiento e integración o restitución de su salud.

⁴⁸ AMOR VILLALPANDO, Alberto. ¿Cuáles son las áreas de la bioética y los modelos del acto biomédico?. Memoria del III Simposio Internacional CONAMED. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México 1999. Pág. 145.

El segundo modelo de cambio -sobre todo en ésta segunda mitad del siglo- es el de la autonomía del paciente.

Un tercer modelo, la autonomía combinada, en que las decisiones son tomadas, tanto por el médico con su ciencia, con sus conocimientos y tecnología de punta, y el paciente, con su manejo de consentimiento informado. El último modelo es muy peligroso, el modelo de la triangulación, en que se rompe esa maravillosa relación médico-paciente y se establece un tercero en el actuar de la atención médica: las compañías de seguro que determinan la calidad y cantidad de conocimientos y de conductas que el médico debe de tener e la Bioética prescribe para el actuar biomédico en el acto humano”.⁴⁹

La relación médico paciente, debe ser equilibrada, en virtud de ambos están en una situación en la cual la comunicación entre ambos es fundamental para lograr sus fines. En efecto, la relación médico paciente será mejor si es entre ambos, pues un tercero podría desvirtuar lo construido por ellos.

⁴⁹ Ibidem. Pág. 146.

CAPÍTULO 3 EL DERECHO A LA SALUD.

3.1 FUNDAMENTO LEGAL.

Actualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 4º. tercer párrafo dispone lo siguiente:

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

Los textos constitucionales hacen referencia a derechos económicos y sociales. En este campo, cabe hablar de las siguientes cuestiones: protección de la familia, los hijos y las madres; distribución equitativa de la renta; régimen público de Seguridad Social; derecho a la protección de la salud; derecho a la cultura; derecho a un medio ambiente adecuado; derecho a disfrutar de una vivienda digna.

Este derecho es la base de la seguridad social, entendida como el conjunto de programas públicos diseñados para proporcionar ingresos y servicios a particulares en supuestos de jubilación, enfermedad, incapacidad, muerte o desempleo.

Estos programas, que engloban temas como la salud pública, el subsidio de desempleo, los planes públicos de pensiones o jubilaciones, la ayuda por hijos y otras medidas, han ido surgiendo en muchos países, tanto industrializados como en vías de desarrollo, para asegurar unos niveles mínimos de dignidad de vida para todos los ciudadanos e intentar corregir los desequilibrios de riqueza y oportunidades.

Su financiamiento procede por regla general del erario público y su costo se ha convertido poco a poco en una preocupación cada vez mayor para los países desarrollados.

La protección de la salud genera efectos económicos a nivel individual, familiar y social, pues una sociedad sana, será siempre productiva.

3.2 BASE FILOSÓFICA.

La salud, es el estado en que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones naturales, cuando se quebranta viene el descontrol en la persona, por eso mismo la vida y la integridad de la salud, son valores que interesan no solamente de manera individual, sino que son valores jurídicos que atañen a toda la colectividad.

Los médicos, en el ejercicio de su profesión tienen la responsabilidad de proteger la salud y la vida de las personas asimismo pueden incurrir en delitos que se ocasionen al desempeñar el ejercicio profesional.

El pensamiento filosófico en la historia de la cultura humana revela la tendencia del hombre hacia un conocimiento de las cosas cada vez más especializado. En tiempos de Aristóteles, la filosofía designaba la totalidad del conocimiento humano y comprendía sólo tres partes: La Lógica, la Física y la Ética. La medicina quedaba dentro de la física.

El derecho a la salud, se ubica en el marco de la seguridad social, lo antes explicado, nos permite afirmar que el término seguridad es muy amplio se ve afectado por todo quehacer de los grupos humanos y aun del individuo. Hay quienes sostienen que el marco individual debe supeditarse al social; otros, a la supremacía de un sector sobre los individuos y, en fin, quienes sitúan en la cima a la sociedad representada por el gobierno.

Las personas trabajan para adquirir satisfactores o servicios que incrementen la seguridad, al igual que se estudia, escribe, roba, mata o se mantiene la vida. Justificamos la política, la ciencia, la técnica, el arte, la guerra o la religión.

El ser humano debe estar seguro no tan sólo frente a la adversidad sino en todos sus actos. En cada esfuerzo buscamos estabilidad, posibilidad de trabajo, aumento en las percepciones, descanso y esparcimiento, al igual que recuperación de salud, pensión en la adversidad, protección para la familia.

Desde el punto de vista jurídico, es difícil y confuso elaborar un concepto; se habla de seguridad jurídica, derivada del orden normativo; de garantías de seguridad, para impedir extremos de autoridad en contra de la persona.

Seguro, gramaticalmente se define como:

“Calidad de seguro. Fianza u obligación de indemnidad a favor de uno. Prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades crónicas que pueden derivarse de la naturaleza o condiciones del mismo. Está íntimamente ligada con la higiene del trabajo. Prevención del paro, la invalidez, la vejez, etc., de los trabajadores mediante el desarrollo del mutualismo y de los seguros sociales”.⁵⁰

Igualmente, puede definirse como:

“Medios de los que se vale el Poder Público para readaptar a la sociedad a aquellas personas, que sin ser culpables han cometido un delito, o las que, sin haberlo cometido, presentan una peligrosidad que hace temer de ellas una actuación delictiva”.⁵¹

La seguridad tiene dos connotaciones: por una parte, permite eliminar la inseguridad proveniente de la adversidad y las contingencias a que estamos expuestos; éste es su aspecto negativo.

⁵⁰ Diccionario Enciclopédico Universal. Tomo VIII, Editorial Creds, Barcelona, España, 1972, Pág. 3897.

⁵¹ Gran Enciclopedia del Mundo. Tomo XVII, Editorial Durvan, Bilbao, España, 1973, Págs. 185 y 186.

Por otra, con un criterio positivo, proporciona al ser humano los elementos necesarios para la subsistencia, conforme a sus fuerzas y aptitudes, sin más limitación que el respeto al recíproco derecho de los demás.

La sociedad, al procurar los medios, no debe limitarse a curar en caso de enfermedad sino a promover la educación a fin de combatir la ignorancia o crear fuentes de trabajo contra el desempleo.

La amplitud del término seguridad abarca tanto la actividad como el conocimiento acumulado por el ser humano. Desde la pequeña labor del campesino o artesano hasta la del científico, no existen límites para la seguridad, como no los hay para el conocimiento y las aspiraciones.

Esta inseguridad en que el hombre se halla inmerso no comprende sólo un determinado sector o área de la vida humana, sino que ocupa la totalidad de la propia existencia del hombre, inseguridad que, siendo total, impulsa la actividad humana en orden a ponerle coto igualmente, en un sentido total, por lo que el hombre combate a la inseguridad, o cuando menos así lo pretende, en tantas direcciones cuantas ella toma en relación con la vida.

La protección supone un riesgo, y éste la necesidad de atender una contingencia. Así como se ha visto la conveniencia de limitar el ampuloso título de Seguridad Social, existe ahora la preocupación de que la denominación de Seguro no comprenda la trascendencia de esta disciplina.

El autor Ángel Guillermo Ruiz Moreno explica:

“Los ideólogos y líderes de la revolución tenían como principal objetivo liberar al pueblo de las enormes insatisfacciones sociales que le aquejaban, pretendiendo sacudirse los siete lustros de dictadura porfirista que trajo consigo grandes problemas sociopolíticos y militares, mismos que evidentemente originaron un sentido estancamiento industrial.

La lucha por la fijación de los derechos y deberes de la sociedad y de los hombres, así como por la determinación de los principios e ideales destinados a resolver los grandes problemas nacionales, constituye sin lugar a dudas el trasfondo de nuestro drama histórico fratricida, pues esas normas y principios son los elementos vitales que penetrarían en la entraña de las clases desposeídas, para modificar radicalmente la estructura de la sociedad”.⁵²

La seguridad social manejada adecuadamente, sin lugar a dudas ha modificado la estructura social concebida como un conjunto de formas en que grupos e individuos se organizan y relacionan entre sí y con los distintos ámbitos de una sociedad.

En sociología, la estructura social es un instrumento para analizar la realidad social.

Bien lo resumió el Doctor Mario de la Cueva:

“En el último cuarto del siglo XIX, se inició un gran movimiento ideológico y social en el viejo continente, una de cuyas grandes manifestaciones es lo que se llamó, en Alemania, la política social. Es suficientemente conocido el hecho de que fue en ese país donde nacieron los seguros sociales, fuente primordial y general de lo que hoy denominamos la seguridad social. Por otro lado, la Constitución de 5 de febrero de 1917, es la culminación de un drama histórico cuyos orígenes se remontan a la guerra de Independencia, teniendo como escenario la lucha de un pueblo por conquistar la libertad de sus hombres, por realizar un mínimo de justicia social en las relaciones humanas y por asegurar un régimen de derecho en la vida social. Los ideales pueden resumirse en una pocas palabras: devolver al hombre americano su dignidad y restituirle en el goce de esta tierra suya, hecha para la libertad y el trabajo”.⁵³

Sin duda alguna, la revolución mexicana fue la revelación dialéctica de nuestro tiempo y gracias a ella nuestro país goza cotidianamente de amaneceres libertarios.

⁵² RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 82.

⁵³ DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho del Trabajo. Segunda Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1998. Pág. 55.

No significó solamente la suma de los más de un millón de mexicanos muertos en un país de apenas seis millones de habitantes, sangre que tiñó nuestros campos en una lucha cruenta y fratricida; estamos convencidos que significó -y sigue significando, a nuestro entender- la suma de voluntades, pensamientos e ideales de un pueblo en busca de libertad, justicia social y democracia.

En concepto del jurista de la Universidad de Guadalajara Jorge Humberto Chavira Martínez:

“La revolución mexicana es, sin duda, el mejor esfuerzo contemporáneo de una siempre inconclusa gesta emancipadora. Ella atestigua la perseverancia de un pueblo, que a través de influencia, imitaciones y limitaciones, muchas veces contradictorias y enajenantes, se ha encontrado con la obligación ético-histórica, deontológicamente ineludible, de preservar libertad sin extraviar justicia, y de arribar a la justicia sin conculcar la libertad. Sobre las aparentes ruinas de una epopeya admirable, empezaba a reconstruirse la nación, merced al parto de nuevas instituciones y de nuevas leyes, es decir, de un derecho hecho Estado, en un Estado de derecho constitucional.

La Constitución, consecuencia dialéctica, ética y programática de la revolución, a su vez devino en instituciones Republicanas, que consagraron garantías individuales y derechos sociales, nacionalismo revolucionario, Estado de derecho y orden constitucional, economía mixta con rectoría económica del Estado, Federalismo, Municipalismo y división de Poderes, estructuras representativas democráticas, supremacía de la autoridad civil, separación de la Iglesia y el Estado, preeminencia del interés general sobre el particular, derechos laborales y agrarios, educación laica y gratuita, sufragio efectivo sin reelección, dominio del Estado sobre áreas estratégicas y recursos naturales, y el Constituyente Permanente, vigilante del pulso de los nuevos tiempos; y que nos dan progreso en la justicia y paz en la libertad”.⁵⁴

La seguridad social según el autor en examen es un logro de la revolución mexicana, que se plasmó en la Constitución de 1917.

Abundando al respecto, nuevamente citaremos al Doctor Mario De la Cueva, pues con su notable claridad de ideas, gran lucidez y sobre todo pensamiento

⁵⁴ CHAVIRA MARTÍNEZ, Jorge Humberto. Conferencia sobre la Constitución Mexicana de 1917. Ex Recinto Legislativo, Guadalajara, Jalisco México, 1996. Pág. 6.

visionario, afirmó categórico dejándonos una enorme tarea por resolver a los juristas interesados en el derecho social:

“Los hombres que hicieron la revolución demandaban un mínimo de justicia en la vida social y en las relaciones de trabajo; la esencia de una Constitución es su declaración de derechos: ella determina el grado de la dignidad humana. El problema de México será el cumplimiento generoso y tal vez la superación de sus tres preceptos fundamentales: del artículo 39 Constitucional para impartir instrucción a todos los hombres; del artículo 27 Constitucional para entregar el campo a los campesinos, que son sus dueños; y del artículo 123 Constitucional para hacer del trabajador una persona digna y un ciudadano”.⁵⁵

En cuanto basamento jurídico de la seguridad social mexicana, es innegable que el derecho social, que tuvo su fundamento precisamente en los artículos 3º, 27 y 123 de la Constitución General de la República, comenzó a forjarse a través del derecho de acceso de todos los mexicanos a la educación laica y gratuita; a un derecho agrario reivindicador de los campesinos, que terminara con los latifundios e hiciera un reparto justo y equitativo de las tierras cultivables, y sobre todo que respetase el principio de que “la tierra es de quien la trabaja”; y en la que ahora más importa destacar, del derecho laboral que cambió de raíz las estructuras en las relaciones capital y trabajo.

Respecto a este último, invariablemente los tratadistas que abordan la temática han intentado focalizar las raíces del derecho obrero en la declaración de derechos que contiene el Título Sexto, "Del Trabajo y de la Previsión Social", de nuestra Carta Fundamental, contenida en su artículo 123.

3.3 SITUACIÓN DE ESTE DERECHO A NIVEL FEDERAL.

Las tres instituciones más reconocidas en el ámbito federal que hacen válido el derecho a la salud son las siguientes:

⁵⁵ DE LA CUEVA, Mario. Op. Cit. Pág. 58.

La Ley del Seguro Social, Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Los tres ordenamientos comentados se dirigen a la protección de las siguientes contingencias:

La Ley del Seguro Social protege respecto de la alteración de la salud a la que se llega mediante el acaecimiento de los riesgos siguientes:

Riesgos de trabajo. Accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo de su trabajo. Se considera accidente de trabajo toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio o con motivo del trabajo, cualquiera que sea el lugar y el tiempo en que se preste.

También se considerará accidente de trabajo el que se produzca al trasladarse el trabajador directamente de su domicilio al lugar del trabajo, o de éste a aquél. Enfermedades de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo, o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

En todo caso, serán enfermedades de trabajo las consignadas en la Ley Federal del Trabajo. La existencia de estados anteriores tales como idiosincrasias, taras, discrasias, intoxicaciones o enfermedades crónicas, no es causa para disminuir el grado de la incapacidad temporal o permanente, ni las prestaciones que correspondan al trabajador. No se considerarán riesgos de trabajo los que sobrevengan por algunas de las siguientes causas: si el accidente ocurre encontrándose el trabajador en estado de embriaguez; si el accidente ocurre encontrándose el trabajador bajo la acción de algún psicotrópico, narcótico o droga enervante, salvo que exista prescripción médica; si el trabajador se

ocasiona intencionalmente una incapacidad o lesión por sí o de acuerdo con otra persona; si la incapacidad o el siniestro es el resultado de alguna riña o intento de suicidio, y, si el siniestro es resultado de un delito intencional del que fuere responsable el trabajador asegurado.

Si concurre alguna de las causas señaladas en el artículo anterior, el trabajador asegurado tendrá derecho a las prestaciones del ramo de enfermedades y maternidad, o bien, a la pensión de invalidez. Si acaeciera la muerte, los beneficiarios del asegurado tendrán derecho a las prestaciones en dinero previstas para los riesgos de trabajo.

La incapacidad laboral. Los riesgos de trabajo pueden producir: incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, y la muerte. La misma contingencia de alteración de la salud e incapacidad laboral puede presentarse a causa de los riesgos denominados enfermedades (no profesionales) y maternidad.

La muerte. La Ley del Seguro Social establece el seguro por muerte.

La vejez. La vejez de derecho al otorgamiento de diversas prestaciones, se requiere que el asegurado haya cumplido 65 años de edad y un mínimo de cotizaciones.

El desempleo. La Ley del Seguro Social no contempla sino la cesantía en edad avanzada, la que existe cuando el asegurado quede privado de trabajos remunerados después de los sesenta años de edad se requiere un mínimo de cotizaciones.

La familia. Dos mecanismos existen en la Ley del Seguro Social para enfrentar esta contingencia: la ayuda para gastos de matrimonio y las asignaciones familiares, y ayuda asistencial. Las asignaciones consisten en ayuda por concepto

de carga familiar que se concede a los beneficiarios del pensionado por invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada. La ayuda asistencial consiste en el incremento hasta el 20% de la pensión de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada o viudez que esté disfrutando el pensionado.

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado regula los siguientes riesgos productores de las contingencias protegidas:

La alteración de la salud. Es protegida en los siguientes términos: serán reputados como accidentes de trabajo los que se realicen en las circunstancias y con las características que especifica la Ley Federal del Trabajo. Se contempla también el accidente *in itinere*. Asimismo, se consideran enfermedades profesionales las que reúnan las circunstancias y características señaladas en la Ley Federal del Trabajo. Queda establecido en el mismo ordenamiento un seguro de enfermedades no profesionales y maternidad.

La incapacidad laboral. Tratándose del seguro de enfermedades no profesionales y maternidad, se prevé el acaecimiento de la incapacidad y su protección.

El Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales prevé, asimismo, la incapacidad temporal parcial permanente y total permanente.

La muerte. Distingue la protección cuando se trata de la contingencia producida por el acaecimiento de riesgo profesional, de la que se otorga cuando el acaecimiento ocurre por causas ajenas al servicio. Se prevé la ayuda para gastos de funerales.

La vejez. La protección se dispensa a los trabajadores que, teniendo 55 años de edad, hayan cumplido 15 años de servicios como mínimo e igual tiempo de contribución al ente gestor del sistema.

El desempleo. La ley sólo establece la jubilación para los trabajadores con 30 años o más de servicios e igual tiempo de contribución al Instituto, cualquiera que sea su edad.

La familia. Se protege, en el caso de maternidad, la esposa del trabajador o del pensionista. Desde luego, en este evento, queda protegida también la mujer trabajadora. No existe previsión para las cargas familiares.

En la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas son contingencias protegidas:

La alteración de la salud. Se prevé la protección a los militares y a sus familiares mediante un servicio médico integral por el cual se trata de conservar la salud de las personas, entendiéndose por este concepto no sólo la ausencia de enfermedad, sino también el bienestar físico y mental.

La incapacidad laboral. Quedar inutilizado en acción de armas o como consecuencia de lesiones recibidas en ella, y quedar inutilizado en actos del servicio o fuera de él, estar imposibilitado para el desempeño de las obligaciones militares por enfermedad que dure más de seis meses, son los eventos que protege la ley (artículo 22, Ley del ISSFAM) mediante haberes de retiro, compensaciones y pensiones.

La muerte. Se prevé una pensión a los familiares del militar muerto en el activo, otra a los de quien se le hubiere otorgado haber de retiro. Al fallecimiento de un militar sus deudos tienen derecho a pagos de defunción, y ayudas para gastos de sepelio en favor de generales, jefes y oficiales en caso de defunción del cónyuge, de los padres o de los hijos. El personal de tropa disfrutará también de esta ayuda. Queda previsto también un seguro de vida militar con objeto de proporcionar una

ayuda pecuniaria a los beneficiarios de los militares que fallezcan, cualquiera que sea la causa de su muerte.

Se trata de un seguro obligatorio para los militares en servicio activo. Se establecen además servicios funerarios mediante el pago de cuotas-costo-la vejez, tienen derecho al haber de retiro íntegro los militares que hayan cumplido 30 o más años de servicio. Se fija en el artículo la edad límite para permanecer en el activo, y modula, mediante porcentajes, los haberes de retiro conforme a los años de servicios. Está previsto un fondo de ahorro y casas-hogar para retirados.

La familia. Se establecen centros de bienestar infantil, becas y créditos de capacitación tecnológica para hijos de los militares, internados oficiales y servicio materno-infantil que comprende consultas y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto, atención del infante y ayuda a la lactancia.

3.4 EL DERECHO A LA SALUD EN EL DISTRITO FEDERAL.

En el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se dispone lo siguiente:

“Artículo 42.- La Asamblea Legislativa tiene facultad para:

...XIII. Normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad prestados por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud; la asistencia social; y la previsión social; ...”

“Artículo 44.- Las leyes y decretos que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se sujetarán a lo dispuesto en las leyes generales que dicte el Congreso de la Unión en las materias de función social educativa, salud, asentamientos humanos, protección al ambiente, preservación y restauración del equilibrio ecológico y las demás en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determine materias concurrentes”.

“Artículo 115.- Corresponden a los órganos centrales de la administración pública del Distrito Federal, de acuerdo a la asignación que determine la ley, las atribuciones de planeación, organización, normatividad, control, evaluación y operación, referidas a:

...X. Determinación de los sistemas de participación y coordinación de las Delegaciones respecto a la prestación de servicios públicos de carácter

general como suministro de agua potable, drenaje, tratamiento de aguas, recolección de desechos en vías primarias, transporte público de pasajeros, protección civil, seguridad pública, educación, salud y abasto;...”

**“Artículo 118.- Para el desarrollo y bienestar social en la Ciudad deberán tomarse en cuenta las siguientes materias:
...V. Infraestructura y servicios de salud;...”**

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en esencia prevé la organización y funcionamiento del gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. El Distrito Federal es una entidad federativa con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes que le sean necesarios para la prestación de los servicios públicos a su cargo, y en general, para el desarrollo de sus propias actividades y funciones.

Las características del patrimonio de la Ciudad y su régimen jurídico, estarán determinados por la ley que en la materia expida la Asamblea Legislativa.

El gobierno del Distrito Federal está a cargo de los Poderes Federales, y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el presente Estatuto y las demás disposiciones legales aplicables.

La distribución de atribuciones entre los Poderes Federales y los órganos de gobierno del Distrito Federal está determinada además de lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las autoridades del gobierno del Distrito Federal son:

I. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal;

II. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal; y

III. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

CAPÍTULO 4

EL DELITO.

4.1 DEFINICIÓN.

En Derecho Penal, es la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.

Este concepto del delito como ente jurídico, derivado de los extremos exigidos por la ley para tener una acción u omisión por criminalmente punible, difiere por supuesto, del concepto de delito que puedan eventualmente utilizar las ciencias de la conducta o la sociología. Así, es distinto, por ejemplo, del implicado al hablarse de lucha contra el delito, en que se alude manifiestamente al fenómeno social de la delincuencia o criminalidad.

En la Enciclopedia Encarta, respecto al delito se explica:

“Delito, acción u omisión penada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen sine lege*, es su regla básica. Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo. Desde una perspectiva más técnica se define el delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia. La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de

inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida”.⁵⁶

Este concepto inicial nos adentra en nociones fundamentales como son conducta, tipo y tipicidad, las formas de conducta son acción y omisión, el tipo es lo que describe en abstracto el legislador, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal.

En la citada Enciclopedia se explica:

“La conducta debe ser contraria a lo que el Derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso... y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida”.⁵⁷

Se trata lo referente a la antijuridicidad, la cual en principio se concibe como lo opuesto al Derecho, sin embargo la antijuridicidad debe entenderse como aquella conducta que va contra los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Concluye lo que se explica en la Enciclopedia de referencia:

⁵⁶ VOZ “DELITO”. Enciclopedia Encarta México 2005.

⁵⁷ VOZ “DELITO”. Enciclopedia Encarta México 2005.

“La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (*nullum crimen sine culpa*). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable. Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos.

Las formas, que se excluyen a sí mismas, son el dolo y la culpa. El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia debida”.⁵⁸

Se explica lo relacionado con la culpabilidad y sus dos especies: la culpa y el dolo, la primera significa actuar sin la precaución necesaria y el dolo es la intención de cometer el delito.

El Maestro Ortolán, considera que el Delito es un hecho complejo: descomponiéndole por el análisis, y colocándole según la sucesión de los acontecimientos y el encadenamiento natural de las ideas, que le componen y las consecuencias que de ellas se derivan, se ve que el orden metódico para tratar de él es éste:

- “1º. Del agente ó motivo activo del Delito (*qui facit*).**
- 2º. Del paciente ó motivo pasivo del Delito (*qui passus est*).**
- 3º. Del Delito, producto, en cierto modo, de esos dos factores.**
- 4º. De las reparaciones y de las penas, consecuencias jurídicas del delito.”**⁵⁹

El autor en su definición considera tanto al sujeto activo, como al pasivo del hecho ilícito, así como a la pena y reparación del daño, es decir que se trata de una noción integral de lo que se debe conocer como delito.

El reconocido Maestro Francisco Carrara, respecto a la noción del Delito, lleva a efecto las siguientes reflexiones:

⁵⁸ VOZ “DELITO”. Enciclopedia Encarta México 2005.

⁵⁹ ORTOLÁN, Joseph Elzéar. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López, Madrid, España, 1878. Pág. 8.

“¿Es posible dar una definición del Delito? Acaso todo lo que pueda decirse es que éste es una negación del Derecho, un ataque al orden jurídico. Pero, en realidad, esto no es una definición, sino un verdadero círculo vicioso. Acaso, todas las definiciones lo son y nada hay tan extenso ni tan superfluo, como definir. Dar pues, una definición del Delito que abarque todos los conceptos y que cristalice todas las tendencias, es imposible; el concepto que se dé no será más que la expresión del punto de vista de quien lo forma y será tan variable como este punto de vista.

Para unos, como Rossi y Proal, el Delito es la violación de un deber exigible; para otros como Franck es la violación de un derecho; para Carrara, es la infracción de la ley del Estado.

Ya en nuestros días, Gabriel Tardé trata de solucionar las discrepancias encontrando el carácter esencial del crimen en la violación de un derecho o de un deber; y Wulffen, refiriéndose a Wundt, define al delito en función de la moral y del derecho: el crimen, abstracción hecha de ciertas prescripciones de policía es, según el psicólogo alemán, no solamente la oposición a la voluntad colectiva, cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber.

Cuando la escuela positivista comenzaba a desenvolverse y cuando ya su notoriedad iba trascendiendo más allá de las fronteras de su patria nativa, sus partidarios se encontraron con que no habían dado un concepto del Delito, íntegro y acabado, a pesar de ocuparse sin descanso en el estudio de sus causas y de sus remedios. Habían estado entendiendo por Delito, poco más o menos lo que la escuela clásica, a pesar de combatirla constantemente”.⁶⁰

El autor explica que la escuela clásica no proporciona un concepto de delito, absteniéndose de ofrecer una noción del mismo.

Sigue expresando el Maestro Carrara:

“Garófalo llena el vacío con su teoría del Delito Natural, que, aproximadamente, repiten después los demás representantes de la escuela, aunque pretendan rectificarla o completarla, y hasta combatirla.

Puede decirse que, para los positivistas, el Delito, más que un acto concreto y lesivo, es un estado morboso y social, y hiere, en lugar de un precepto, los sentimientos y los intereses de la conciencia social; es un fenómeno natural que nace de factores endógenos y exógenos.

La nueva escuela defensista, inspira la definición política-criminal que del Delito da Carlos Stoss: “Es el daño o riesgo culpable de un bien que el legislador debe proteger, en nombre del interés público contra tales ataques,

⁶⁰ CARRARA, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus, Madrid, España, 1925. Pág. 75.

mediante la eficacia de la pena. Siendo el Delito contrario al interés público, es también contrario al Estado, y en un sentido más amplio, antisocial; un ataque a las condiciones de vida de la sociedad”.

Por tanto, todas las escuelas penales han pretendido definir el delito, con más o menos fortuna. Incluso, la escuela anarquista tiene su concepto del crimen. Hamon es el que da una definición más penetrada del ideal de esta teoría: “Delito es todo acto que lesiona la libertad individual”.

Para el jurista tiene importancia capital la noción jurídica del Delito. Poco a poco la definición técnica se ha ido formando en Alemania. Binding intenta llenar el vacío técnico que quedaba entre las teorías filosóficas y la legislación positiva, con su teoría de las normas: La característica del Delito, es ser violación de la norma”.⁶¹

El autor a pesar de reconocer la trascendencia de ofrecer un concepto de delito, sigue sin dar una definición, aún cuando apunta que su característica es violar la norma.

Concluye la disertación de Carrara:

“Sin desechar esta doctrina criticada por muchos edifica Beling una certera concepción jurídica del Delito, partiendo del principio de que la construcción debe tomar sus elementos de la legislación positiva, y como los hechos concretos son la piedra fundamental de los modernos códigos, sobre ellos, por lo tanto, se debe operar técnicamente.

De los diversos hechos que son objeto del articulado de la parte especial de los códigos, puede formarse, por abstracción, un concepto formal que los comprenda todos. De los hechos muerte de un hombre, sustracción de una cosa- se forma el concepto del hecho abstracto o tipo.

El tipo, es pues, el contenido íntegro de un hecho de los definidos por el código, prescindiendo de las condiciones subjetivas y objetivas que le acompañen en su realización; es todo lo que cabe dentro de las palabras con que está expresado.

La introducción, en el concepto del Delito, de la tipicidad (*typicität*) es lo que caracteriza, principalmente, la definición de Beling: “Delito es una acción típica, contraria al Derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad”. Ésta noción del Delito, satisface, en nuestro sentir, las exigencias jurídicas”.⁶²

El autor en examen ya ofrece una noción de delito, según la opinión de otro estudioso del Derecho Penal y acepta que la misma le satisface plenamente.

⁶¹ Ibidem. Pág. 76.

⁶² Ibidem. 77.

En opinión del reconocido estudioso del Derecho Penal, Constancio Bernaldo de Quirós, como el Delito es el hecho que determina la penalidad, la definición del mismo es el primero y más importante de los temas o tópicos, que componen el conjunto del Derecho Penal.

Debemos ahora mostrarle al Delito como un ente jurídico, lo que hace que las fórmulas antiguas no sean aprovechables, y las definiciones jurídicas, en cambio, han de tener carácter formal; más aún, de formas no coloidales, ambiguas, sino cristalinas, en que los planos, las aristas y los vértices estén perfectamente definidos.

El Derecho Romano nos legó admirables definiciones de algunos delitos en particular. Recuérdese la del hurto, trazada por manos de Paulo:

“Apoderamiento abusivo de cosa ajena, tanto en si misma, como de su simple posesión o uso”⁶³.

Dichas palabras que todavía hoy siguen repitiéndose, tal es su maestría.

En cambio, el propio Derecho Romano, si esto lo supo hacer tan bien, no logró jamás, acaso por no habérselo propuesto nunca, la noción general, común, a todas las especies jurídicas, o sea, la definición del Delito en toda su universalidad.

Las definiciones legales del Delito sufren una detención de desarrollo: pues, desde la segunda mitad del siglo XIX, y salvo raras excepciones, como la del Código Portugués y la de los códigos de algunos cantones suizos, cual Neuchatel y Vaud, los códigos rehuyen ésta definición, éste gran escollo peligroso, abandonando a la cátedra la elaboración del Delito que en foro se da por adquirida.

⁶³ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue, México, 1949. Pág. 65

El mismo Maestro Bernaldo de Quirós nos explica lo siguiente:

“El Delito según la doctrina jurídica, seguida por Carrancá y Soler, de México y Argentina respectivamente, es:

La acción típica, antijurídica, imputable y culpable sancionada bajo una pena, según las condiciones objetivas de punibilidad.

La primera definición de Delito se halla en el Código castellano de las Siete Partidas formado no solamente en pleno desarrollo del renacimiento del Derecho Romano, sino además, en pleno desarrollo de la filosofía escolástica habituada a manejar los conceptos más sutiles”.⁶⁴

El autor en estudio considera que el delito cuenta con estos elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad, opinión seguida por muchos autores mexicanos de Derecho Penal.

El Maestro continúa explicando:

“El Código de Tres de Brumario de 1795 nos trae nuevas palabras que dicen: Es Delito hacer lo que prohíben o no hacer lo que mandan las leyes que tienen por objeto el mantenimiento del orden social y la conservación de la paz pública”.

El concepto de Delito que conocemos en el mundo se basa en la fórmula alemana bosquejada por Beling, retocada por Mayer y perfeccionada por Mezger.⁶⁵

El Maestro Bernaldo de Quirós sostiene que el concepto básico de Delito surge en la escuela alemana de Derecho Penal.

El Maestro Luis Jiménez de Asúa por su parte explica que cuando el año 1906, espoleado su talento orgánico por las profundas enseñanzas de Carlos Binding, uno de los más grandes maestros alemanes, trata el profesor Beling de definir el delito, nos dice que es la acción típica antijurídica, culpable, sancionada con una pena adecuada, y conforme a las condiciones: objetivas de punibilidad.

En opinión del autor en cita, Max Ernesto Mayer define el delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable. Obsérvese-según Jiménez de

⁶⁴ Íbidem. Págs. 65 a 67.

⁶⁵ Ídem. Págs. 68 y 69.

Asúa- que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, y por ello no difiere esencialmente su concepto de delito, del expuesto por Beling; pero su definición me ha sugerido la necesidad de intercalar un nuevo carácter de la infracción.

Para ser delito -según Mayer- un acto se necesita que reúna estos requisitos: acción descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista antijuricidad; dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea, que tenga fijada una penalidad; y que se den las condiciones objetivas de punibilidad (por ejemplo, que se absuelva por los Tribunales al injustamente acusado, para poder perseguir al falso denunciador).

Concluye Jiménez de Asúa expresando:

“Yo defino al delito así: acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad”.⁶⁶

El autor en su definición determina que los elementos del delito son según su perspectiva, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad; elementos estructurales del delito, con los cuales estoy de acuerdo, razón por la cual en el Capítulo respectivo desglosaremos cada uno de ellos, adecuándolos al tipo penal objeto de análisis del mismo.

En opinión del autor Eugenio Cuello Calón muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo,

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Teoría Jurídica del Delito. Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe Argentina 1958. Págs. 19 y 20.

aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del delito en sí.

La escuela positiva –para el autor en cuestión- ante la esterilidad de los esfuerzos desplegados para definir el delito, ha seguido otro camino formulando el concepto del delito natural. Garófalo partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, afirma que el delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Según este concepto –para Cuello Calón- habría una delincuencia natural constituida por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y una delincuencia artificial que comprendería los demás delitos que no ofenden estos sentimientos, los delitos contra el sentimiento religioso, contra el pudor, etc.⁶⁷

Semejante teoría según el autor, ha sido objeto de vivas críticas Ferri, Colajanni, Tarde y otros criminalistas, han formulado definiciones análogas a la de Garófalo, que atribuyen al delito como carácter principal su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social, y su pugna con la moralidad media.

Pero estos autores que frente a los delitos naturales colocan la criminalidad artificial, no hacen más que reproducir la antigua distinción entre los delitos malos en sí, intrínsecamente inmorales (*delicta mala in se*), y los delitos desprovistos de inmoralidad intrínseca, que son tales delitos solamente por estar prohibidos por la ley positiva (*delicta mala quia prohibita*).

⁶⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición, Editora Nacional, México, 1951. Págs. 254 y 255.

Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito.

De aquí, que en su aspecto formal puede éste definirse como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena.

Este criterio ha sido aceptado por ilustres criminalistas que, aun discordando en puntos secundarios, consideran como carácter predominante del delito la prohibición del hecho que lo constituye mediante la amenaza penal.⁶⁸

La amplia disertación del Maestro critica la antigua aspiración de formular un concepto universal de delito y concluye por señalar la relación íntima entre delito y pena.

El autor Javier Jiménez Martínez determina que si se pretende estudiar y analizar de manera ordenada el concepto jurídico-dogmático del delito, debe partirse de sus conceptos fundamentales. Según se atienda a la naturaleza o al simple concepto estructural del delito que se contiene en las diversas legislaciones, se pueden obtener las siguientes concepciones: Concepción jurídico sustancial y Concepción jurídico formal

Conforme a la noción jurídico sustancial –para Jiménez- se estudia la esencia del delito para determinar cuales son sus presupuestos y sus elementos, pues las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido.

El concepto jurídico –para el autor- sustancial se divide en dos aspectos: Unitario y Analítico. El concepto unitario, también se le conoce como "totalizador" o "sintético". Conforme a este concepto, el delito se condensa lo que se entiende

⁶⁸ *Íbidem*. Págs. 255 y 256.

globalmente por digno de represión, o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la teoría de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma.

En este caso –para el estudioso del Derecho Penal- el delito es un bloque monolítico que no se deja rebanar, es un todo orgánico, no fraccionable, su verdadera esencia, no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad, no puede dividirse para su estudio, es un concepto indisoluble.⁶⁹

El autor de referencia, al respecto dice que el irracionalismo y el profesor italiano Francesco Antolisei estudiaron en esta forma al delito. Si optáramos por esta postura, el estudio sistemático del delito carecería de objeto; por ello, y consecuente con la evolución de la dogmática, esta forma de abordar el estudio del delito es como ya lo ha sostenido un sector doctrinal "errónea"; ciertamente, el delito es un todo orgánico; sin embargo, un todo se compone de partes y para el estudio y entendimiento del todo es imprescindible comenzar por el conocimiento de cada parte.

Argumenta el autor que el concepto analítico igualmente conocido como "atomizador" estudia al delito en sus partes, considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla, se contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad. La noción jurídico formal del delito es aquella que se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal.

⁶⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. La estructura del delito en el Derecho Penal Mexicano. Ángel Editor, México, 2004. Págs. 39 y 40.

El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existe delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta realizada por el legislador pues no preocupa la naturaleza del acto en si, sino que solo atiende a los requisitos formales.

La noción formal de delito a decir de Javier Jiménez, se refiere al concepto que se encuentra previsto en la ley penal, y en este caso en la ley penal sin que se señale su estructura fundamental y que en la mayoría de las veces constituye la "obra errante" de los legisladores de hoy. Partiendo de las dos corrientes, consideramos que la unitaria o totalizadora que ve al delito como un todo orgánico y que no se puede desintegrar para su estudio carece ya de importancia; pues, la doctrina, la ley y la jurisprudencia mexicana estudian de manera analítica al delito; es decir, descomponer el todo en fracciones, sin que ello implique que exista divorcio entre uno y otro elemento, porque así como un instrumento electrónico, es tal porque se encuentra estructurado con una serie de piezas y cuando falla alguna de ellas, el técnico, revisará las mismas, lo desarmará para verificarlo, ubicará el desperfecto, y, una vez detectada la falla procederá a la reparación de la pieza defectuosa, así es el delito, un conjunto de estructuras.⁷⁰

Esta teoría moderna, se asemeja a lo expresado por Ortolan, en líneas anteriores. A mayor abundamiento, el autor en cita, explica que es necesario desentrañar la real naturaleza del delito e igualmente determina la relación que existe entre delito y pena.

Volviendo a Cuello Calón nos dice:

“Pero esta noción del delito, especialmente formal, suficiente para satisfacer las necesidades de la práctica, no enseña cuáles sean sus caracteres o aspectos distintivos”.

⁷⁰ *Íbidem*. Págs. 40 y 41.

Estos aspectos son:

“El delito es un acto humano, dicho acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en oposición con una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido, es preciso que corresponda a un tipo legal (figura de delito), definido y conminado por la ley con una pena, ha de ser un acto típico. Así, pues, el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una antijuridicidad tipificada.

El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia) y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona. La ejecución o la omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito.

Si concurren estos aspectos esenciales (acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad) –para Cuello Calón- hay delito. Si falta alguno de ellos no existe hecho punible. De la reunión de estos elementos resulta la noción substancial del delito: acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. El delito es un todo que no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas.⁷¹

En esta parte en la explicación llevada a efecto por el autor, destaca al delito como un acto humano, en oposición a lo que tutela y protege el Derecho Penal, doloso o culposo, imputable y punible, elementos del delito, con los cuales coincide.

El delito según el autor de mérito, en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos.

Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas.

El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo o simplemente a ponerlo en peligro.

⁷¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Págs. 256 y 257.

Este concepto del delito explica claramente su contenido material (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo (protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.

La doctrina fue combatida por algunos penalistas alemanes que reviviendo parcialmente el pensamiento de Binding sostuvieron que la esencia del delito es la lesión del deber de fidelidad del individuo al Estado.

Una noción verdadera del delito – concluye Cuello Calón- la suministra la ley mediante la amenaza de la pena.

“Lo que realmente caracteriza el delito es su sanción penal.”⁷²

Reitera el Maestro, la correlación delito-pena.

Para el Maestro Gustavo Malo Camacho si tomamos como base que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, concepto que sostiene una parte importante de la doctrina penal, vale observar que, de tal concepto se siguen a su vez, los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En la concepción del delito, entendido como el injusto penal, cabe pensar que aunque cronológicamente el primer momento susceptible de análisis es el objetivo, es decir, el hecho, en tanto que físicamente perceptible, sin embargo, en tanto que concepto de valoración cultural y jurídico.

A partir de ellas surge la norma y la pena en relación con la responsabilidad del autor. Cabe recordar que en épocas remotas fue la sola causación de tales afectaciones lo que supuso la base de la reacción penal, en manera tal, que fue

⁷² *Íbidem*. Págs. 254 y 255.

posible reaccionar punitivamente no sólo en contra de las personas, sino también en contra de los animales y de las cosas.⁷³

En lo explicado por el autor de mérito, observamos que destaca al ser humano como el único susceptible de ser señalado como penalmente responsable.

El Maestro Fernando Castellanos Tena, determina que la palabra Delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Explica el citado Maestro Castellanos Tena al igual que Cuello Calón, que los autores han tratado en vano de producir una definición de Delito con validez universal para todos los tiempos y lugares como una definición filosófica, esencial.

Como el Delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y, viceversa.

Es posible caracterizar al Delito jurídicamente por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

La definición jurídica del Delito debe ser formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, en virtud de que su objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la Antropología, la Sociología, la Psicología criminal y otras.⁷⁴

Esto último, resulta una verdad incontrovertible, en virtud de que el delito es materia exclusiva del Derecho Penal.

⁷³ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 259.

⁷⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Cuadragésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2004. Pág. 125.

El autor Ignacio Villalobos explica que la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena.

El estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.⁷⁵

Es claro que la postura del Maestro Ignacio Villalobos es lógica, pues las excusas absolutorias radican en que se reconoce el carácter delictivo de la conducta; empero no se aplica pena alguna.

Al decir del Doctor Sergio García Ramírez, el delito es un fenómeno unitario, que se integra no por adición de componentes que acudan sucesivamente.⁷⁶

El reconocido Maestro, resalta la concatenación entre las partes que componen lo que conocemos como delito.

El autor Jorge Alberto Mancilla Ovando, ofrece las siguientes definiciones de Delito:

El Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, define al delito como la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible.

El reconocido estudioso del Derecho Penal Raúl Carrancá y Trujillo conceptúa al delito como la acción antijurídica, típica y culpable. Considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y a la punibilidad como una consecuencia y no elemento esencial del delito.

⁷⁵ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 201.

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal. Editorial Mc Graw Hill, México, 1998. Pág. 57.

El Doctor Celestino Porte Petit Candaudap define al Delito como conducta punible. Los elementos constitutivos del Delito son una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad y a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.⁷⁷

La posición de los Maestros en cita, confirman mi postura en cuanto al orden de aparición e importancia de los elementos del delito.

El Maestro Álvaro Bunster, considera, que en Derecho Penal debe considerarse al Delito, como una acción u omisión ilícita y culpable, expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.⁷⁸

El autor sostiene por su parte que los elementos básicos del delito son la conducta, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

4.2 CLASIFICACIÓN.

Inicialmente cabe precisar que dicha clasificación es con relación al tipo, en el entendido que tipo es lo que describe en abstracto determinada conducta.

EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Considerando la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Conforme a una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

Lo analizado en el presente trabajo de investigación, se refiere a un delito.

⁷⁷ Autores citados por MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1994. Págs. 39, 43 y 45.

⁷⁸ Cfr. BUNSTER, Álvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM, Tomo d-h., México, 1995. Pág. 868.

SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

El agente es el sujeto activo del delito, conforme a la manifestación de voluntad, por la conducta del agente, los delitos pueden ser de acción y de omisión.

Los delitos de acción se perpetran mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Para Porte Petit, son los delitos en los que se requiere del movimiento del sujeto para cometer el ilícito- por ejemplo para clavar un puñal- entre otros.⁷⁹

En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

En los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.

Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

⁷⁹ Autor citado por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito. Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2003. Pág. 287.

El tipo motivo de esta tesis es de comisión por omisión.

POR EL RESULTADO.

El Maestro Luis Jiménez de Asúa nos dice que no existe delito sin resultado, en virtud de que el resultado no es solamente el daño cometido por el delito, tampoco el cambio en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral.⁸⁰

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales.

A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado o de resultado material.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, infanticidio, daño en propiedad ajena).

En el tipo penal por analizar estamos frente a un delito formal, que puede terminar siendo material.

⁸⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 216.

POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.

Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro.

Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el infanticidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio.

El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

El autor Cuello Calón explica que los delitos de lesión causan daño directo y efectivo en los bienes jurídicamente tutelados por la norma violada. Los delitos de peligro no causan un daño efectivo y directo en los bienes jurídicamente tutelados, pero crean para estos una real situación de peligro.⁸¹

El tipo penal a estudio en este trabajo es en principio de peligro, empero también puede ser de daño.

POR SU DURACIÓN.

Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

El tipo penal a estudio en el presente trabajo es instantáneo.

⁸¹ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 266.

POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos.

La omisión de auxilio médico, es un delito típicamente doloso.

DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos.

El delito de omisión de auxilio médico, puede ser unisubsistente y plurisubsistente.

DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

Evidentemente el tipo penal a examinar puede ser unisubjetivo y plurisubjetivo.

POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.

Como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, existe en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes.

Los delitos perseguibles previa denuncia (conocidos como perseguibles de oficio) que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la

autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos,

Consecuentemente, en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria,

La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio y sólo un reducido número a petición de la parte agraviada. Entre éstos pueden citarse el estupro, el abuso de confianza y otros delitos patrimoniales.

DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLÍTICOS.

Esta clasificación es en función de la materia. Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales, se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (mejor dicho en abuso de ellas). Los delitos del orden militar afectan la disciplina del Ejército. Los delitos políticos no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes.

Lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado. El tipo penal de omisión de auxilio médico es del orden federal.

4.3 ELEMENTOS.

Interpretando a *contrario sensu* el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, los elementos estructurales del delito son conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad.

CONDUCTA.

Inicialmente debemos afirmar que es permite la aparición de los demás elementos estructurales del delito.

Al respecto, el autor Luis Jiménez de Asúa expresa:

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos, según el autor, la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

El acto es, pues, una conducta humana voluntaria, que produce un resultado. Más al llegar a este punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra usada por nosotros: la voluntariedad de la acción u omisión.

Cuando decimos acto voluntario significa acción u omisión espontánea y motivada”.⁸²

Coincidimos por lo explicado por el Maestro Jiménez de Asúa, quien determina que la conducta en su modalidad de acto, es una manifestación de voluntad, sin coincidir con el estuudio que sitúa a la omisión dentro del acto.

El Maestro Eduardo López Betancourt en relación con este elemento, apunta:

“La conducta es el primer elemento básico del delito y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

⁸² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 25.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de hecho, acción, acto, etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta.

La conducta puede ser cometida por acción o por omisión, esta última a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión”.⁸³

Estamos de acuerdo con lo explicado, aún cuando en su definición observamos que al hablar de que el comportamiento se encamina a un propósito, es evidente que dicho propósito debe ser delictivo.

Según la Doctora Olga Islas de González Mariscal, la conducta es el proceder finalístico descrito en el tipo.

El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos, en atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión.⁸⁴

El concepto ofrecido por la Maestra es poco claro, pues si hablamos de hacer algo, es evidente que no nos estamos refiriendo a la omisión, olvidándose la autora en cuestión, que esta es una forma de conducta.

La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto.

Al decir del Maestro Fernando Castellanos Tena, la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

⁸³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Pág. 83.

⁸⁴ Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal. Cuarta Edición, Editorial Trillas, México, 1998. Pág. 45.

Según el autor en los delitos de acción se realiza lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.⁸⁵

Coincidimos con lo expresado por el Maestro, porque su explicación es amplia y clara.

En opinión del Profesor Raúl Plascencia Villanueva, en el campo del Derecho Penal, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

En opinión de algunos autores, lo más correcto es hablar de la "conducta", ya que ésta engloba tanto a la acción como a la omisión.⁸⁶

Coincidimos con el autor en cita, en la parte última de su comentario, pues según nuestra óptica, efectivamente debe conocerse como conducta este elemento.

La Maestra Irma Griselda Amuchategui Requena, en relación con la conducta explica que:

“La conducta es un comportamiento humano voluntario, (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial), activo, (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce el resultado. Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: Acción u Omisión”.⁸⁷

⁸⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 152 y 153.

⁸⁶ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998. Pág. 47.

No estamos de acuerdo con lo expresado por la autora, pues el elemento sine qua non, es la voluntad, y la Maestra no considera a la voluntad como un elemento primordial del elemento básico de la Teoría del Delito, bajo la cual pretendemos realizar este trabajo de investigación.

El Maestro Gustavo Malo Camacho une a la conducta con la tipicidad, al hablar de la conducta típica en los siguientes términos:

“Conducta entendida como manifestación de voluntad finalísticamente determinada. La teoría se ha desarrollado principalmente en dos vertientes: una, que realiza la conducta antes de la tipicidad, como el elemento lógico natural primario, y la segunda, que la estudia dentro de aquella, como conducta encuadrable en el tipo penal. A su vez, la tipicidad supone la presencia de elementos que son objetivos, uno de los cuales es la conducta, subjetivos y normativos”.⁸⁸

Como podemos observar, el Maestro Malo Camacho sitúa a la conducta como un elemento que en la Teoría del Delito, antes de la tipicidad, aún cuando encuentra relación íntima entre la conducta y la tipicidad, en virtud de que la conducta es la que le da vida al tipo penal.

Estamos de acuerdo, con lo que expresa el autor, quien determina la trascendencia de la voluntad en la conducta.

La conducta es concebida entonces como un **comportamiento humano, voluntario**, positivo (acción) o negativo (omisión) encaminado a un propósito.

La acción implica un movimiento físico y la omisión será dejar de hacer algo que se tiene obligación de llevar a cabo, la omisión es simple cuando no se modifica el mundo externo, por ejemplo portación de arma y la comisión por omisión surge cuando se modifica el mundo exterior, por ejemplo disparo de arma de fuego. Es

⁸⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2003. Pág. 89.

⁸⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Págs. 253 y 254.

la voluntad humana, el elemento fundamental de la conducta, a riesgo de ser reiterativo, la conducta inicia con la sucesión de los elementos estructurales del delito.

TIPICIDAD.

Es la adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo. Tipo es lo que en abstracto crea el legislador.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Sin lugar a dudas, debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Podemos afirmar que la conducta le da “vida” al tipo, razón por la cual el tipo es meramente teórico y la tipicidad práctica.

El Doctor Sergio García Ramírez explica que tipicidad es la adecuación del comportamiento (conducta o hecho) a un tipo penal, esto es, a determinada descripción en la Ley penal. La integración del comportamiento es un supuesto de la norma penal derivada del principio de legalidad, que reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 de la Constitución, e implícitamente el mismo artículo 7 del Código Penal Federal.

La dogmática penal establece que el tipo -en sentido amplio- contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activos y pasivo y acerca del objeto. Todos repercuten sobre el proceso –lógico y

judicial- de tipificación, e influyen en la comprobación de los elementos del tipo, según disponen los artículos 16 y 19 constitucionales, a partir de la reforma de 1993, y en la clasificación de los hechos que a su vez reviste importancia para el enjuiciamiento.⁸⁹

El Maestro Eugenio Cuello Calón sostiene que, para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal. Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delito (figuras de delito) descritos en el texto legal existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico -probabilidades pero no seguridad- pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuridicidad (causas de justificación) que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales de delito.

Tan íntima relación tiene el elemento de la antijuridicidad, como carácter fundamental del delito, con la máxima *nullum crimen sine ley* que correlativa a ésta podría formularse otra así concebida: no hay antijuridicidad penal sin ley penal.⁹⁰

En opinión del Doctor Eduardo López Betancourt, la tipicidad fue creada por Beling, quien la consideró independientemente de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

En un principio concibió al delito únicamente con sus elementos objetivos, dejando a un lado los subjetivos, es decir, la concepción del delito era sobre la base de los hechos externos.⁹¹

Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, si no se encuentra en un tipo penal, no será un delito; asimismo, se establece la presunción de

⁸⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Págs. 59 y 60.

⁹⁰ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 313.

⁹¹ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Pág.118.

antijuridicidad, contra la cual se puede dar prueba en contrario, si estamos ante la concurrencia de una causa de justificación.

Por su parte, el Maestro Fernando Castellanos Tena indica que:

“La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa”.⁹²

En opinión del autor Rodolfo Monarque Ureña, para que exista delito, no solo debe existir una conducta, sino que, además, esa conducta debe ser típica antijurídica y culpable. En el análisis dogmático del delito, una vez acreditado el elemento conducta, se pasa a estudiar el elemento tipicidad.⁹³

Por su parte, la Profesora Irma Griselda Amuchátegui Requena, nos explica lo siguiente:

“La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley. Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales”.⁹⁴

Después de haber citado a los autores de referencia, es posible darnos cuenta que existe una íntima relación entre las definiciones, pues todas se relacionan a la conducta con lo que se describe en la ley.

⁹² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 169.

⁹³ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002. Pág. 36.

⁹⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. Pág. 56.

ANTI JURIDICIDAD.

Basándonos en la lógica jurídica, podríamos afirmar que si la conducta es típica, se adecua a lo que la ley prevé, por lo tanto no es contraria a lo dispuesto en el Código Penal.

La conducta será antijurídica por ir en contra de los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

El Maestro Fernando Castellanos Tena dice que la tipicidad opera como un inicio de la antijuridicidad, como un valor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación, por ello, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa; se acepta como antijurídico lo contrario al derecho que no esté protegido por una causa de justificación.

Lo antijurídico implica un desvalor es la negación del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre debe ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal.⁹⁵

⁹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137.

La conducta será antijurídica por ir en contra de los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala que lo antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo, y agrega que jurídico es lo que está conforme a derecho.⁹⁶

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad, es la capacidad física y psíquica de entender las consecuencias jurídicas de nuestra conducta dentro del campo del Derecho Penal.

Para el Doctor Eduardo López Betancourt la imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.⁹⁷

El Doctor López Betancourt, por cuanto hace a las acciones libres en su causa, son aquellas en las cuales el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el

⁹⁶ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 136.

⁹⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México, 1993. Pág. 118.

momento del ilícito no es imputable... Se llama así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto.⁹⁸

CULPABILIDAD.

La culpabilidad significa la relación existente entre la voluntad y el conocimiento para participar en la conducta que se va a llevar a cabo.

El Doctor Eduardo López Betancourt explica:

“Al hablar de culpabilidad, Zaffaroni afirma: La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.” Mezger determina que: la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido”.⁹⁹

El Maestro hace énfasis en la reprochabilidad, entendida como la posibilidad de que a una persona se le reprenda por el acto llevado a cabo, y es lógico en virtud de que, quien comete un delito intencionalmente o por falta de cuidado, debe ser reprendido y de ello se encarga en este caso el órgano jurisdiccional, cuando impone una sanción determinada a quien comete un delito.

El autor Roberto Reynoso Dávila nos ofrece esta panorámica de la culpabilidad en este tenor:

“Adolfo de Miguel Garcialópez considera la culpabilidad como verdadero cordón umbilical entre la moral y el derecho y Biagio Petrocelli dice que el concepto de culpabilidad, antes que jurídico, es esencialmente ético, en el sentido de que importa el modo de valuación de la acción humana que rige en el orden social y moral antes que en el orden jurídico. En la culpabilidad "están empeñados a fondo todos los valores de la personalidad moral” no es un aspecto semejante a un segmento o gajo del

⁹⁸ Íbidem. Pág. 119.

⁹⁹ Citados por LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. Pág. 214.

delito "sino un momento de la vida misma del delito, en que éste se expresa en su totalidad".

Ernest Hafter dice que el problema de la culpabilidad es el problema del destino del Derecho de castigar y Graf Gleispach afirma que hay tantas definiciones de la culpabilidad como escritores se han ocupado en este problema.

El estudio de la culpabilidad es uno de los más complejos y difíciles en la teoría del delito, y a la vez uno de los más importantes. El Derecho primitivo anuda la responsabilidad, no a una culpa precedente, sino a la mera causalidad material, de tal modo que, como dice Franz Von Liszt, por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho Penal. No es exagerado decir que el progreso de la doctrina penal se mide, técnica y políticamente, por el desarrollo paulatino del estudio de los problemas que plantea esta exigencia de reproche subjetivo como requisito de la responsabilidad y por la tendencia creciente a ligar las consecuencias penales del acto, en la forma más perfecta posible, con el contenido correspondiente de subjetividad."¹⁰⁰

El autor en cita, nos ubica en la relación íntima e indiscutible entre la moral y el Derecho, porque según su óptica la valoración de la culpa es eminentemente moral.

En opinión del autor Ignacio Villalobos, la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones, que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o de desatención nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.¹⁰¹

Según el Maestro Luis Jiménez de Asúa la culpabilidad la entiende como el nexos ético que liga al sujeto con el acto u omisión perpetrados y que plasma en dolo o culpa.¹⁰²

¹⁰⁰ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1994. Págs. 194 y 195.

¹⁰¹ Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 231.

¹⁰² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 81.

Para el autor Eugenio Cuello Calón, la culpabilidad es un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.¹⁰³

En opinión del Maestro Sergio Vela Treviño:

“La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”.¹⁰⁴

De la revisión a lo expresado por los autores, notamos que son coincidentes en establecer un ligamen entre el acto cometido y la reprobación al mismo, lo cual constituye según nuestro punto de vista el juicio de reproche.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

Los elementos que constituyen el dolo son:

La representación o conocimiento del hecho y su violación; la primera requiere del conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictivo y el conocimiento.

Las especies de dolo, que tienen mayor importancia práctica son dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual y dolo indeterminado.

El dolo directo, es aquel coincidente con el propósito del sujeto, es decir, el resultado que se verifica corresponde al que se quería.

¹⁰³ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 358.

¹⁰⁴ VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito. Editorial Trillas, México, 1985. Pág. 137.

El dolo indirecto, surge cuando el sujeto se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos, excediendo el resultado de la intención del sujeto.

El dolo eventual es aquel en el que se prevé un resultado delictivo como posible, más sin embargo no se hace nada por evitarlo.

El dolo indeterminado es cuando la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, sin proponerse una conducta delictiva especial.

La culpa es la segunda especie de este elemento, hay culpa cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasionan sólo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible o evitable.

PUNIBILIDAD.

Es la amenaza del Estado de imponer una sanción a quien cometa un delito.

La punibilidad es uno de los elementos estructurales del delito. Se entiende por punibilidad, el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta considerada delictuosa.

El Profesor Rodolfo Monarque Ureña nos explica que:

“La punibilidad, es la amenaza que el Estado realiza a través de una norma para el autor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Sobre este aspecto, la doctrina se encuentra dividida, a causa de que un sector opina que la punibilidad es un elemento esencial del delito (Jiménez de Asúa, Pavón Vasconcelos, Cortés Ibarra, etcétera); y, otro grupo de autores como Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena, afirman que la punibilidad es una mera consecuencia del delito y que, por

consiguiente, puede prescindirse de ella, según sea el sistema de penalización.¹⁰⁵

El Maestro Fernando Castellanos Tena, define a la punibilidad como el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Agregando que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal comportamiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción.¹⁰⁶

El Doctor Sergio García Ramírez explica que:

“La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma nulla poena sine lege, consignado en el Artículo 14 constitucional e implícitamente el Artículo 7 del Cp. (sic). El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio *nullum crimen sine poena*”.¹⁰⁷

Este es el elemento que genera un alto índice de polémica, pues para algunos estudiosos del derecho penal, es el elemento del delito y para otros es una consecuencia del ilícito, nosotros sostenemos que si es un elemento del delito, por contener el mismo la coercibilidad del derecho, como una característica sine qua non de la Ciencia Jurídica.

4.4 ASPECTO NEGATIVO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

A continuación, hablaremos de las causas que excluyen al delito.

¹⁰⁵ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 57.

¹⁰⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 130.

¹⁰⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 73.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Para el autor Jorge Alberto Mancilla Ovando la ausencia de conducta, significa que en el mundo exterior, no se han materializado los actos que prevé la norma jurídica como constitutivos del delito.

Hay ausencia de conducta cuando los sujetos de la Ley Penal no han realizado la acción u omisión que la Ley Penal establece como delito. No es ausencia de conducta, la excluyente de incriminación denominada *vis absoluta* o fuerza física exterior e irresistible que consagra el artículo 15-I, Código Penal Federal.

La excluyente de responsabilidad, establece un derecho del gobernado que realiza la conducta delictiva con ausencia total de su voluntad. En esos casos, la conducta material constituye delito y el resultado es criminoso, pero el autor de la conducta no es castigado: porque la eximente le excluye de la imposición de la responsabilidad penal que corresponde al delito. Como derecho, la excluyente de incriminación integra la esfera jurídica de los gobernados y declarada su existencia, la conducta adquiere validez constitucional y licitud en sus efectos, produciendo la prerrogativa de no ser castigado por el delito que cometió.¹⁰⁸

El Maestro Fernando Castellanos Tena, al hablar de la ausencia de conducta dice que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.¹⁰⁹

Las principales causas que motivan la ausencia de conducta, son la *vis maior* y *vis absoluta*.

¹⁰⁸ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. Cit. Pág. 51.

¹⁰⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 301.

El autor de mérito explica que la *vis maior* es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza. Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor existe el aspecto negativo de la conducta, o sea hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto “agente”, ni conducta, propiamente dicha; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Según el autor en comento la vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento del cual se vale el auténtico sujeto activo. Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quien es “usado” como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona.¹¹⁰

ATIPICIDAD.

Es la no adecuación de la conducta al tipo. En opinión del Doctor Sergio García Ramírez, para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta del tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.¹¹¹

Para el Maestro Fernando Castellanos Tena, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.¹¹²

¹¹⁰ Ibidem. Pág. 302.

¹¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 59.

¹¹² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 306.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento antijuridicidad, no hay delito. Así lo expresa el autor Eugenio Cuello Calón y agrega que en las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho; la situación especial en que se cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.¹¹³

El autor Roberto Reynoso Dávila, ofrece una muy interesante y amplia explicación de lo que él entiende como causas de justificación, en estos términos:

“No obstante denominarse "causas de justificación" las que excluyen la antijuridicidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito. Indebidamente se llaman causas de justificación, ya que si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito. Cuando una conducta típica no es antijurídica, es lícita por tanto no hay delito; corresponde a las llamadas causas de justificación. Jiménez Huerta dice que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse y propone la denominación de circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad.

Se les ha denominado: Causas que excluyen la responsabilidad, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas del delito, circunstancias negativas de la antijuridicidad, conductas típicas conformes a Derecho, causas de licitud.

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuridicidad existente, sino que cancelan *ab initio* el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. Las causas de justificación son transitivas; los actos justificados son lícitos, y por consiguiente, quienes cooperan en un acto justificado, quedan cubiertos por su licitud”.¹¹⁴

¹¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 121.

¹¹⁴ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998. Pág. 97.

Para el estudioso del Derecho Penal Luis Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.¹¹⁵

Según el autor Orellana Wiarco, de la definición del ilustre penalista español podemos derivar las cuestiones fundamentales de las llamadas "causas de justificación".

En primer lugar, apoyándonos en el famoso esquema de Guillermo Sauer de la oposición de los aspectos positivos y negativos del delito, las "causas de justificación" constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito, y su aparición excluye la antijuridicidad, mas no así el acto.

En segundo lugar debemos destacar que las llamadas causas de justificación, vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, o sea contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho y por ende carentes de sanción.

El autor Jiménez de Asúa destaca en su definición un dato revelador, que consiste en que el carácter antijurídico es el elemento más importante del delito. En el mismo sentido se pronuncian el italiano Bettiol y el mexicano Franco Guzmán, para quienes la antijuridicidad matiza, colorea o polariza, a los demás elementos, sin perder su calidad de elemento. Sin embargo, este elemento no llega a configurarse si se presenta alguna causa de justificación, a pesar de que podamos hablar de conducta y ésta sea a su vez típica, no va a resultar antijurídica.¹¹⁶

¹¹⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 76.

¹¹⁶ Autores citados por ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México, 1994. Pág. 31.

De la existencia de una causa de justificación es posible derivar los siguientes principios:

- Siendo lícita no cabe en un mismo acto obrar en contra de derecho.
- Cualquier partícipe en un acto justificado ejecutado por el autor, también se encontrará justificado.
- A quien obró con una "causa de justificación" no le es aplicable ninguna medida de seguridad, o cualquier tipo de sanción (ya que desde luego dicha conducta no es punible), puesto que su obrar fue lícito.
- La existencia de una "causa de justificación" al excluir la antijuridicidad de la conducta, hace innecesario, el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio sólo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica, presuponiendo la imputabilidad.

Para el Maestro Fernando Castellanos Tena, son causas de justificación:

“Aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del ilícito penal, a saber: la antijuridicidad. 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 y causas eliminatorias de la antijuridicidad”.¹¹⁷

Estas son el aspecto negativo de la antijuridicidad, consisten en aquellas que eliminan lo antijurídico a la conducta, es decir, que en las causas de justificación no hay delito.

¹¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 235.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es ilícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

INIMPUTABILIDAD.

Significa la falta de capacidad para entender los efectos de nuestra conducta, en el campo del Derecho Penal.

En opinión del autor Jorge Alberto Mancilla Ovando:

“La no imputabilidad, es una figura jurídica que no existe en el Derecho Penal. Para la Ley Penal, todos somos sujetos, desde los menores hasta los que la codificación denomina inimputables.

Es falso considerar a la imputabilidad como soporte, presupuesto de la culpabilidad, ya que se trata de elementos jurídicos distintos e independientes entre sí. La imputabilidad señala quienes son sujetos de la Ley Penal y la culpabilidad precisa quien es el autor de la conducta que constituye delito y el grado de responsabilidad abstracta que corresponde al delincuente.

Por estas razones, la inimputabilidad jamás produce la inexistencia del delito”.¹¹⁸

Según el estudioso del Derecho Penal, Orellana Wiarco:

“Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el

¹¹⁸ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. Cit. Pág. 54.

sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

En otras palabras, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

Así las causas de inimputabilidad, según las prevé la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

En nuestro sistema jurídico podemos observar que el código penal federal mexicano señala como causas de inimputabilidad, el trastorno mental, o el desarrollo intelectual retardado; por su parte el código penal de Coahuila (siguiendo la anterior orientación del código penal Federal) nos habla de quien padezca ceguera o sordomudez de nacimiento, con total falta de instrucción; o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica”.¹¹⁹

En la inimputabilidad no existen las condiciones psíquicas para que el autor de un hecho sea considerado penalmente responsable, en virtud de que carece de la capacidad para entender los efectos de su conducta en el campo del derecho penal.

INCULPABILIDAD.

En esencia la inculpabilidad se presenta cuando no existe correlación entre la voluntad y el conocimiento para intervenir en determinado hecho.

En cuanto a la inculpabilidad, el Catedrático Fernando Castellanos Tena dice:

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. ... Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al

¹¹⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. Cit. Pág. 38.

Derecho de una conducta coincidente con el tipo penal; y la culpabilidad presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica”.¹²⁰

El autor Pavón Vasconcelos dice que con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad. Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

1) El error, y

2) La no exigibilidad de otra conducta.

En los primeros casos se encuentra comprendida la excluyente de incriminación de error invencible (art. 15-XI, Código Penal Federal); y, las eximentes putativas de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

En el segundo de los supuestos están comprendidas las excluyentes de incriminación de estado de necesidad, de temor fundado o irresistible, el encubrimiento de parientes, el aborto "honoris causa", "el aborto por causas sentimentales".

En opinión del Maestro Raúl Carrancá y Trujillo, la ausencia de culpabilidad hace inexistente el delito por operar las excluyentes de incriminación de: Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía, miedo grave o temor fundado; de inculpable ignorancia; de obediencia jerárquica legítima y, de caso fortuito (art. 15, fracciones IV, VI VII y X, Código Penal Federal).

Según el Profesor Celestino Porte Petit, la inculpabilidad opera en los siguientes casos:

¹²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 257 y 258.

Por error de hecho esencial invencible:

Inculpable ignorancia, artículo 15-VI, Código Penal, y

Obediencia jerárquica, artículo 15, fracción VII, Código Penal;

2) Por no exigibilidad de otra conducta:

Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado (art. 15, fracción IV, Código Penal);

Encubrimiento entre parientes (art. 15, fracción IX, Código Penal);

Artículo 151, Código Penal;

Artículo 154, Código Penal;

Aborto por causas sentimentales (art. 333, Código Penal).¹²¹

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Son aquellas circunstancias en las cuales reconociéndose el carácter delictivo de la conducta, lo que hacen es impedir la sanción penal.

Constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y citaremos la postura de dos importantes autores de Derecho Penal Mexicano.

El autor de Derecho Penal Orellana Wiarco nos explica que:

¹²¹ Autores citados por MANCILLA OVANDO, Jorge, Op. Cit. Págs. 42,44 y 47.

“Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

En el caso de las excusas absolutorias opera el criterio de utilidad mencionado en el punto anterior, pues dichas causas revelan que el legislador prefirió aplicar medidas de política criminal, a pesar de que el principio de justicia reclamara la imposición de una pena.

Pavón Vasconcelos, después de analizar con cuidado varios supuestos de "excusas absolutorias" en la legislación penal federal, descarta la mayoría de ellas (encubrimiento entre parientes, o ligados por el afecto o amistad; favorecimiento a la evasión por parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación).

Agrupar las excusas absolutorias de la siguiente manera:

1° En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente; artículos 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de veinticinco pesos.

2° En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 340 (injurias recíprocas).

3° En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículos 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por éstos contra aquellos).

Cabe aclarar que por reformas que ha sufrido el código penal federal, el artículo 139 que menciona el penalista Pavón Vasconcelos, es actualmente el 138; que en el caso del artículo 375, actualmente se refiere a que el monto del valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo en lugar de veinticinco pesos; que en el caso del artículo 349 relativo a injurias recíprocas, ya fue derogado; por lo que hace a la excusa absolutoria de robo, abuso de confianza y fraude, cometidos por ascendientes contra sus descendientes, o por éstos contra aquellos, tales disposiciones ya fueron derogadas, y ahora, en el caso de cometerse ilícitos por las personas mencionadas se requiere de la querrela de la parte ofendida, ya que no se persiguen de oficio.

En el caso del Código Penal de Coahuila, también existe excusa absolutoria semejante a la del artículo 138 del Código Penal Federal relativa al rebelde que depone las armas, así como para el supuesto del aborto de la propia mujer embarazada, siempre que se trate de culpa sin previsión; asimismo subsiste la excusa absolutoria para los delitos de robo, abuso de confianza, fraude y despojo cuando se cometan por el ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél o por un cónyuge o de un concubino contra el otro”.¹²²

¹²² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. Cit. Págs. 79 y 80.

Comenta el Maestro Mancilla Ovando al respecto:

“La ausencia de punibilidad, deja subsistente el carácter de delito de la conducta e impiden la aplicación de la pena, por no existir sanción en ley. Es erróneo determinar que la impunidad son las excusas absolutorias. Los doctrinarios que se consultaron para el estudio del delito, nos explican que son casos de ausencia de punibilidad: El robo de mínima temibilidad; el aborto por imprudencia de la mujer embarazada; el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación; el delito de evasión de presos realizado por los ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, parientes por afinidad, parientes hasta el segundo grado; los que cometan el delito de violación de las leyes sobre inhumación, cuando sean ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos del responsable del homicidio. El delito de encubrimiento cuando se realiza por los ascendientes, descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge, la concubina, el concubinario, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, parientes por afinidad hasta el segundo grado del delincuente; y los que estén ligados por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles con el delincuente (arts. 151, 280, 333, 375 y 400, C.P.F.).

La Ley Penal en los artículos que se han enunciado, señala que las conductas no tienen la calidad de delito. Los ejemplos integran la esfera jurídica de los particulares. La ley de manera precisa muestra que la conducta no es delito; es redundancia. Esos casos no son excusas absolutorias, sólo significan que la ley reproduce el derecho de libertad de los gobernados, al excluir la conducta como delito.

En consecuencia, las excusas absolutorias no existen como figura jurídica; son conductas que la ley les quita la categoría de delito. No se consideran de inexistencia de delito por la ausencia del elemento constitutivo punibilidad, por ser conductas que integran la esfera jurídica de los gobernados y constituyen su derecho de libertad”.¹²³

¹²³ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. Cit. Pág. 55.

CAPÍTULO 5
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA OMISIÓN DE AUXILIO MÉDICO
PREVISTO POR EL ARTÍCULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

5.1 NATURALEZA JURÍDICA.

El tipo penal analizado, se ubica dentro de los delitos especiales federales.

El poder penal del Estado lo entendemos como la facultad y el deber del propio estado de emitir normas jurídicas que tipifiquen conductas delictivas y proceder a la aplicación de tales normas a los casos concretos, sancionando con la pena correspondiente a los infractores de los mencionados preceptos, todo ello con el fin de hacer posible la adecuada convivencia social.

El concepto del poder penal del Estado ha sido objeto de múltiples estudios, disertaciones, teorías, etc., que han ido desde considerar este poder como una facultad absoluta del estado, nacida del derecho natural hasta negar la legitimidad y validez de la citada facultad.

Es sabido que además del Código Penal Federal, existe un gran número tanto de Leyes Administrativas como de otra naturaleza, también de carácter federal, que contienen un capítulo de delitos, o algunas disposiciones relativas a delitos especiales.

En 46 Leyes Federales se tipifican delitos especiales, los cuales, en número, rebasan el doble de los contenidos en el Código Penal Federal.

Como lógica consecuencia, esta multiplicidad normativa carece de criterios uniformes para tipificar los delitos, fijar el monto de las penas, etcétera, observando los siguientes objetivos:

- Que quien tenga necesidad de ello pueda conocer todo el universo de los delitos especiales federales.
- Que se motive a los teóricos a estudiar el fenómeno y a buscar soluciones a su problemática.
- Que se lleve a cabo una labor de simplificación legislativa, la cual se traduzca en la eliminación de normas repetitivas, de delitos superfluos y de tipos incorrectos.
- Que se reconozca el imperativo de una planeación de la política criminal unificadora de todos los delitos, la cual, como resultado último, permita integrar en una sola ley penal, de modo técnico, ordenado, completo, orgánico y sistemático, todos los delitos federales, y de esa manera eliminar la dispersión y facilitar tanto su conocimiento como su aplicación, contribuyendo así a alcanzar seguridad y justicia.

El distinguido jurista chileno Eduardo Novoa Monreal manifiesta, de conformidad con la “teoría pura del derecho” elaborada por Hans Kelsen, que el derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera, y como técnica puede ser empleada con cualquier fin; y agrega que es posible llegar a concebir el derecho como un puro instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social elaborado por criterios externos a él.

Congruente con el criterio citado, el derecho es un instrumento basado en concepciones e intereses políticos, económicos y sociales, manejado por quienes ejercen el gobierno, de tal suerte que el poder penal del estado viene a ser un instrumento reducido del instrumento mayor que es el derecho.

En un estado democrático el poder político se origina en el conjunto de individuos que integran la población del estado, la cual en todo tiempo y mediante diversos mecanismos jurídicos y políticos intervienen en más de un sentido, inclusive a través de los medios de difusión en la elaboración de las leyes.

Por otra parte se sostiene que el poder penal del estado se apoya en el derecho natural en la epístola de san pablo a los romanos se expresa:

“...no hay autoridad que no venga de dios y las que existan han sido establecidas por dios...; el que se rebele contra la autoridad, se pone en contra del orden establecido por dios...”

Las ideas que defienden y sustentan la existencia de un derecho natural han sido objeto de múltiples críticas y aún ataques, de tal suerte que se afirma que esas ideas están siendo abandonadas, inclusive por juristas católicos.¹²⁴

En este orden de ideas, el Maestro César Augusto Osorio y Nieto explica:

“Nosotros consideramos que la idea del derecho natural en alguna forma se encuentra en la declaración universal de los derechos del hombre, derivada de la carta de las naciones unidas, y en otros instrumentos internacionales reconocidos por la mayoría o la totalidad de los países miembros de la ONU; también en opinión personal, la idea de un derecho natural se encuentra implícita en los actuales movimientos, corrientes, teorías y agrupaciones defensoras de los derechos humanos.

La anterior afirmación la hacemos en el sentido de que los instrumentos internacionales y los de la defensa de los derechos humanos a que hemos aludido, pueden tener un principio de derecho natural no originado por la divinidad, pero sí por la naturaleza, la naturaleza del hombre; la naturaleza del poder, la naturaleza de la sociedad.

Otras opiniones que se han vertido en torno a este tema aluden a una contradicción entre el estado como titular de la coerción jurídica penal (poder penal) y la libertad individual que el propio estado debe reconocer y garantizar; se ha expresado que la idea de un poder penal del estado es propio de regímenes totalitarios y no es compatible con los estados

¹²⁴ Autor citado por OSORIO y NIETO, César Augusto. Delitos Federales. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998. Págs. 3 y 4.

democráticos modernos; algunas teorías criminológicas afirman que el estado no tiene un poder penal, un "derecho de castigar" al delincuente, por el contrario, tiene un "deber de resocializar" al que efectúa una conducta delictiva; existe la opinión de que la noción de poder penal del estado tiene un contenido altamente ético, lo cual no es compatible con el derecho penal científico".¹²⁵

Para el autor de mérito:

“Las diversas corrientes de pensamiento que se oponen, cuestionan, objetan o ponen en duda el poder penal del estado, con todo el respeto y la consideración que toda opinión merece, estimamos que carecen de fundamento, de validez, tanto en lo individual como en lo social.

Cuando los impugnadores del poder penal del estado y del mismo derecho penal manifiestan que "es deseable para el futuro, no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal", sólo están expresando un deseo, en nuestra opinión una crítica, pero no proponen alternativas, innovaciones, transformaciones o mejoras a un sistema, consideramos que esta postura no es válida.

Por otra parte, en opinión personal, algunas teorías, carecen de profundidad, se orientan más a cuestiones de terminología que de fondo; esto en nuestro particular enfoque queda demostrado con evidencia plena con lo antes citado respecto a la afirmación doctrinaria en el sentido de que el estado no tiene "facultad de castigar" (poder penal), sino "deber de resocializar"; de inmediato nos surge la pregunta respecto a sí tal afirmación realmente modifica una situación real y concreta, si tiene o no un contenido profundo, de fondo y consideramos que la respuesta es totalmente negativa, habida cuenta que finalmente el infractor de la norma penal se encuentra privado de su libertad (en los casos de pena de prisión) e ignora y tal vez no le importa si es una situación punitiva o resocializadora en la que se encuentra inmerso".¹²⁶

El derecho, como es sabido, regula relaciones humanas y la nota esencial de esta regulación es la coacción exterior, de estas relaciones humanas, ya convertidas en jurídicas, algunas deben estar más enérgicamente tuteladas por la trascendencia, el valor del bien jurídico protegido, su relevancia individual y social, en este caso nos encontramos ante una relación humana protegida por la norma jurídica penal, lo cual consideramos que es totalmente justificado, explicable y sobre todo indispensable para el desarrollo de la vida comunitaria.

¹²⁵ *Íbidem.* Págs. 4 y 5.

¹²⁶ *Idem.* Págs. 5 y 6.

Además para esta adecuada vida en sociedad se requiere la actitud y conducta respetuosas, disciplinadas y ordenadas de sus integrantes, los individuos, quienes son, a su vez los beneficiarios de este orden y disciplina, cuando es violado el orden social se lesionan múltiples intereses y bienes jurídicos protegidos y es evidente e indiscutible que ante el ataque al orden social debe producirse la reacción del estado, la respuesta, que no es otra que el poder penal del estado.

El poder penal del Estado no debemos entenderlo exclusivamente como una función sancionadora, punitiva; es esencialmente protector, si el poder penal del Estado sanciona, es finalmente para proteger el orden social, en beneficio colectivo.

Para el Profesor Osorio y Nieto, es oportuno, en este orden de ideas, recordar lo manifestado por Novoa Monreal al respecto, el cual expresa su pensamiento con relación a las críticas e impugnaciones al poder penal del estado, en los siguientes términos:

“Pero hay dos puntos que ponen obstáculo a ello: por un parte, el hecho de que hasta ahora ningún estado haya renunciado jamás a tal derecho ni haya probabilidades reales de que alguno vaya a hacerlo el futuro y por nuestra reacción subjetiva ante muy graves crímenes. ¿no merecen éstos ser tomados en cuenta para la resolución del problema? ¹²⁷

De acuerdo con el artículo 4, fracción I de su Ley Orgánica, a la Procuraduría General de la República le corresponde:

"La participación, conforme al artículo 26 constitucional, a la Ley de Planeación y al Plan Nacional de Desarrollo, en el estudio, la promoción y la ejecución de programas y acciones correspondientes a la procuración e impartición de justicia..."

¹²⁷ LOC. CIT. Págs. 6 y 7.

Conforme al plan nacional de desarrollo, el programa de procuración e impartición de justicia incluye la reforma jurídica para construir un derecho moderno y justo.

Como consecuencia de todo lo anterior, es evidente que la Procuraduría General de la República es la entidad del gobierno federal responsable de la planeación de la política criminal, la cual debe tener un apartado relativo a los delitos especiales.

La planeación de una política criminal en el contexto del desarrollo nacional consistiría en la preparación racional de los objetivos y de los medios necesarios para realizar un sistema de prevención, de control y de contención de la delincuencia, que sea justo desde el punto de vista de las personas y eficaz desde la perspectiva de la comunidad nacional.

Como la política criminal constituye una herramienta para alcanzar el bienestar social, no puede ser encarada de manera autónoma, sino que debe estar integrada en el conjunto del desarrollo social, económico y político.

La política criminal, entendida como parte del quehacer del gobierno orientado a integrar, ordenar, sistematizar, estructurar y adecuar los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito, tiene como finalidad la justicia penal; y en su organización y estructura han de influir la extensión, características y tendencias de la criminalidad.

Los medios con que cuenta el Estado en su lucha contra la delincuencia constituyen un sistema que está integrado, básicamente, por el Código Penal Federal, las demás leyes que establecen delitos y penas, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Policía Preventiva, los órganos de Procuración de Justicia, el Poder Judicial, los órganos de readaptación social, la participación popular y la colaboración comunitaria.

Ahora bien, de la planeación de la política criminal, como un todo, debe formar parte, sin duda, la planeación de la política criminal en materia de delitos especiales.

Los proyectos de ley son preparados cada uno, por las respectivas Secretarías de Estado a las cuales corresponde el despacho de los asuntos de la materia administrativa a que se refieren los ordenamientos, dichos proyectos, en lo que toca a los tipos, son elaborados con criterios diversos en cuanto a la tipificación, los montos de las penas y el diseño de las normas especiales; sin considerar el aspecto de eficacia.

En relación con este tema de los proyectos de ley, nos hemos preguntado siempre si en un Estado de derecho, si en un régimen de planeación democrática, como el nuestro, son válidas las tesis siguientes que se han venido sosteniendo implícitamente:

- Que, en sus proyectos de ley, cada Secretaría de Estado está en libertad de manejar "sus" delitos con autonomía de perspectiva y de criterio, como algo aislado y desconectado del resto de los delitos especiales e, incluso, de los delitos en general;
- Que el legislador es enteramente libre para crear estos delitos dentro del Código Penal o en capítulos especiales de las leyes administrativas;
- Que el legislador también tiene entera libertad para considerar una conducta determinada como infracción administrativa u optar por elevarla a delito. Que todo ello depende sólo de una decisión de política criminal y, en particular, de política legislativa;
- Que las expresiones "política criminal" y "política legislativa" autorizan a los órganos del Estado a manejar el campo de manera arbitraria.

Debe existir una planeación de la política criminal que unifique los diferentes tipos, los incluidos en el Código Penal y los que se encuentran tipificados en las leyes administrativas, que, además, debería haber un responsable único de tal planeación y de tal política, y que, finalmente, la voluntad del Estado debía estar sometida a determinadas normas de orden administrativo, a algunos principios de política y a ciertas reglas de técnica legislativa, decidimos investigar si existía tal planeación general y un solo responsable de ella, y si existían dichos principios, normas y reglas.

El método más adecuado puede ser el deductivo y el plan de trabajo idóneo, el de precisar el marco teórico derivado del orden jurídico vigente y de la doctrina comúnmente aceptada; que este marco teórico se contraste con todo el universo de los delitos especiales para, como resultado útil, extraer algunas conclusiones.

La Constitución Política de México contiene principios fundamentales que orientan a nuestro sistema jurídico y político, por ello, nuestros conceptos de Estado y de derecho deben estar en relación con el contenido de la Constitución.

Esta, por tanto, define la orientación del sistema penal y de la política criminal que debe darse en nuestro contexto social, y constituye el parámetro de validez del derecho penal.

El nuestro es un Estado de Derecho, un Estado gobernado por el Derecho, es decir, su funcionamiento se debe llevar a cabo a través de los cauces jurídicos, requisito obvio de cualquier Estado moderno, que se caracterice por seguir una serie de principios, los cuales por una parte, constituyen autolimitantes al poder del propio Estado y, por otra, se traducen en garantías para los individuos.

El nuestro, como Estado de Derecho no sólo tiene un orden jurídico al que debe ceñirse, sino que, también reconoce y respeta los derechos humanos y por esa razón se autolimita.

Además, concibe al hombre como fin en sí mismo, como ser racional con las características inherentes a su naturaleza humana. Tal reconocimiento y respeto de los derechos humanos lo hace el Estado a través de los cauces formales, o sea, de su consagración en el orden jurídico. Pero la libertad, igualdad y demás derechos que supone el Estado de derecho no deben manifestarse únicamente en el plano formal, sino también, y sobre todo, en el plano material, en la realidad social, económica, jurídica, es decir, debe buscarse la correspondencia entre dichos planos.

Por otro lado, en el Estado de Derecho, ambos han de ser el producto de la voluntad general, concepción que plasmada en la Constitución en el principio democrático o de la soberanía popular, no debe constituir, solamente, una categoría abstracta o puramente retórica, sino que ha de producir resultados normativos en los planos formal y material.

5.2 ESTRUCTURA DEL TIPO.

Se dispone en la Ley General de Salud en su Artículo 469:

”Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva de la autoridad judicial”.

Los elementos del tipo penal son:

- 1.- Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica;
- 2.- Sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona;
- 3.- En caso de notoria urgencia;
- 4.- Poniendo en peligro su vida;
- 5.- Si se produce daño por falta de intervención.

El sujeto activo del delito tiene calidad específica, porque debe ser médico, técnico o auxiliar de dicha rama.

La falta de justificación para no prestar el auxilio médico, crea la antijuridicidad, en virtud de que esta conducta va contra el bien jurídico tutelado.

La notoria urgencia, es una situación en la cual se precisa la necesidad de atención médica.

Poner en peligro la vida significa arriesgar el máximo bien de todo individuo.

Los daños serían en el caso que nos ocupa, secuelas por falta de atención o en su defecto la muerte.

El bien jurídico es la vida humana (sin duda el primero de los valores penalmente tutelados), de él dimanar el resto de los valores, ya que sin él carecerían de sentido y de virtualidad práctica.

Pero el fin de la tutela rebasa con mucho, el estricto ámbito individual, la vida del hombre es protegida por el Estado no solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración al interés de la colectividad.

De esta manera, la vida humana se erige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de organización de la sociedad.

El delito según el Maestro Eugenio Cuello Calón, en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos.

Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas.

El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso, ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo o simplemente a ponerlo en peligro.

Este concepto del delito explica claramente su contenido material (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo (protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.¹²⁸

Respecto al estudio dogmático del artículo 469 de la Ley General de Salud, cabe determinar que dogma, es la declaración de una doctrina religiosa formulada de forma autoritaria y precisa, que se expone no para ser discutida sino para creer en ella. En un sentido estricto, el término es propio del cristianismo. Para ser calificada como dogma, la proposición tiene que cumplir dos condiciones: haber sido derivada de la revelación, como atestiguan las Sagradas Escrituras y la tradición, y ser promulgada por alguna autoridad eclesiástica dotada de gran autoridad.

¹²⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. Págs.257 y 258.

Los dogmas se han formulado y establecido casi siempre en tiempos de controversia doctrinal, con el fin de clarificar la enseñanza. Incluso los dogmas más reverenciados, como todas las afirmaciones doctrinales, se ven afectados por el relativismo cultural y de esta forma deben volver a replantearse y ser de nuevo expresados.

Gramaticalmente dogma es proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. Doctrina de Dios revelada por Jesucristo a los hombres y testificada por la Iglesia. Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión.

Desde el punto de vista de la conducta, es de omisión al señalar en el mismo: **Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia...** es omisiva la conducta de los posibles sujetos activos.

Es antijurídica la conducta porque se dirige contra el bien jurídico tutelado, al preverse en el tipo: **poniendo en peligro su vida...** entendida la vida como la fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. Estado de actividad de los seres orgánicos. Unión del alma y del cuerpo. Espacio de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal o un vegetal hasta su muerte.

La imputabilidad radica en la capacidad de entender los efectos en el campo del Derecho Penal, **negarse sin causa justificada a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia...** **Negarse sin causa justificada a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia siendo profesional, técnico o auxiliar de la atención médica,** es una conducta dolosa.

La punibilidad consistente en la amenaza del Estado de imponer una pena a quien cometa un delito, la observamos en el caso que nos ocupa, en la siguiente

redacción: **se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva por la autoridad judicial.**

La redacción anterior, nos sitúa frente a un delito formal, de peligro, material y de daño. Es formal, en virtud de que se estructura a partir de la negativa a proporcionar atención médica, es de peligro, porque dicha negativa pone en riesgo la vida del individuo que solicita la atención médica. Es material porque se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (por ejemplo homicidio). Es de daño, porque lesionan directa y efectivamente los bienes jurídicamente tutelados por la norma violada.

5.3 ESTUDIO INTEGRAL.

La razón que me motivó a realizar este trabajo fue enterarme del peregrinar de gente generalmente humilde, tratando de recibir atención médica en hospitales públicos, la cual es negada de manera injustificada, bajo argumentos poco convincentes como “no hay camas”, “no hay personal”, “no hay medicamentos”, todo ello en peligro de la salud del individuo.

Lo explicado es sufrido por personas que no tienen acceso real a la seguridad social, razón por la cual acuden a hospitales públicos, donde son discriminados, por su condición socio económica, en virtud de que a casi veinticinco años de haber sido reestructurada la entonces Secretaría de Salubridad y Asistencia, como Secretaría de Salud, con la consecuente creación de la Ley General de Salud, el Derecho a la Salud, es nugatorio, por serle negado al mexicano el real acceso a la posibilidad de ser atendido en hospitales públicos, creados teóricamente para atender a las clases necesitadas.

Muy lejos estoy de considerar que este trabajo de investigación sea un estudio irreal, pues provengo de una sociedad en la cual la discriminación ha sido regla general, pues basta leer el periódico, escuchar la radio y ver la televisión para enterarme de que a pesar del cambio de Partido Político que gobierna nuestra Ciudad Capital de la República Mexicana, los pobres siguen siendo ignorados por las autoridades de la Salud, al no atenderlos cuando su salud y vida están en peligro.

La salud como garantía constitucional no está sujeta al capricho de quien debe preservarla y tipos penales como el analizado en este trabajo de investigación, tienden a evitar **QUE EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MEXICANOS SEA UNA QUIMERA.**

Quimera es aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo, respecto al derecho a la salud, para una inmensa mayoría de mexicanos es un derecho nugatorio entendido como una situación que burla la esperanza que se había concebido.

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

También es obligación estatal establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se deben organizar por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señala los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. La salud es uno de los bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta.

Este derecho busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida por lo cual, su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario por parte del poder público y el legislador, con miras a su protección efectiva.

Este tratamiento favorable permite restablecer las condiciones de igualdad a grupos o personas que se encuentren en situaciones desfavorables como resultado de sus circunstancias de debilidad confirmándose así el derecho a la salud y su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos.

La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero, en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida.

El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad,

universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia. Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

Se hará efectivo el derecho a la protección de la salud mediante un servicio nacional de sanidad universal y general y, a la vista de las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendente a la gratuidad.

Incumbe al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación. Garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario. Orientar su acción hacia la socialización de los costes de los cuidados médicos y de los medicamentos. Disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de sanidad. Disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico.

5.3.1 EFECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS.

Acerca de la regulación legislativa del derecho a la protección de la salud en México. La ley que desarrolla los mandatos del artículo 4º. en materia de salud es la "Ley General de Salud", publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 1984.

En su artículo 2º. dicha Ley establece que el derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- I. “El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;**
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;**

- III. **La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación, y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;**
- IV. **La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;**
- V. **El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;**
- VI. **El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y**
- VII. **El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.”**

Miguel Carbonell en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada al analizar el artículo 4º. Constitucional explica que el derecho a la salud (o a su protección) es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos.¹²⁹

También significa, como han expuesto Abramovich y Curtis con respecto a todos los derechos sociales, la obligación -negativa- del Estado de no dañar la salud.¹³⁰

José Manuel Freire, explica que la salud, como objeto de protección del derecho que se comenta, se puede entender, de acuerdo con una definición de la Organización Mundial de la Salud, como;

"Un estado de bienestar físico, psíquico y social, tanto del individuo, como de la colectividad".¹³¹

La protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales -en términos políticos y económicos- de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del Estado de bienestar.

¹²⁹ CARBONELL, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada. Tomo I. Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2000, Pág. 59.

¹³⁰ Autores citados por CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 69.

¹³¹ Autor citado por CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 69.

De la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad debe tener por lo menos las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad.

La universalidad se corresponde tanto al carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, como a su asignación, por vía directa del texto constitucional, a toda persona.

La equidad implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente; con ello se busca evitar las discriminaciones en el acceso, así como la consecución -por ese medio- del mandato de redistribución del ingreso y la riqueza consagrado en el artículo 25 de la misma Constitución; la no discriminación en materia de derechos sociales se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo siguiente:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".¹³²

Finalmente, la calidad es un requisito no solamente de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opera en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud sino seguramente a su empeoramiento), sino también de la igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.

Como en el caso del resto de los derechos sociales, el desarrollo del derecho a la protección de la salud corre paralelo a la fortaleza de los poderes públicos. Pero

¹³² CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 69.

esto no quiere decir que el Estado pueda alegar motivos no justificados como la escasez presupuestal para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales.

De hecho, como recuerda Gerardo Pisarello, en materia de derechos sociales -y, por consiguiente, en materia del derecho a la protección de la salud- se debe tomar en cuenta lo siguiente:

“a) Existe una obligación negativa de no regresividad, que es expresión del contenido normativo mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales y del principio de no discriminación, de forma que "sólo serían admisibles aquellas restricciones de derechos sociales capaces de superar un estricto escrutinio de razonabilidad. Así, por ejemplo, sólo aquellas que resultasen indispensables para la expansión general del sistema de derechos o que respetaran, en todo caso, los principios de compensación adecuada y de prioridad del más débil.

b) Como complemento del principio anterior, existe también un deber positivo de progresividad, tal como lo dispone el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"; una disposición parecida se encuentra en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969);

c) Finalmente, el legislador y la administración pública tienen en materia de derechos fundamentales en general y de derechos sociales en particular, la obligación de comprobar e informar regularmente acerca de la adopción de las medidas que se están tomando y la manera en que se han llevado a cabo, para darles cumplimiento a esos derechos; esto es especialmente importante si se toman en cuenta la opacidad y la discrecionalidad con que ha venido operando el sistema de prestaciones desarrollado en la mayoría de los Estados sociales contemporáneos, y cobra una relevancia notable en México, pues una de las características fundamentales del sistema político nacional ha sido el otorgamiento discrecional y arbitrario de los derechos sociales (o de sus sobras, dependiendo de la época), con fines descaradamente partidistas y a partir de criterios clientelares (para lo cual ha contado con la inestimable ayuda de una parte de la doctrina constitucional, tal como lo explica Cossío.¹³³

¹³³ Autor citado por CARBONELL, Miguel.. Op. Cit. Págs. 69 y 70.

El autor en cita expresa que:

“Los tres puntos anteriores, para no quedar en pura retórica, deben ser exigibles jurisdiccionalmente, esto es, el legislador debe diseñar las vías judiciales oportunas para denunciar ante los tribunales una acción restrictiva (regresiva o no progresiva) que afecte a los derechos sociales. En muchos casos y bajo varias modalidades, los derechos sociales, económicos y culturales son justiciables incluso si no hay regulación de rango legislativo que establezca un cauce procesal para reclamar su violación ante los tribunales”.¹³⁴

Abramovich y Courtis señalan que:

"La falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, los mandados de *seguranca* y de *injuncao* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esta tendencia".¹³⁵

Junto con ello --o incluso, de forma previa-, también haría falta, como señala Ferrajoli:

"Que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante participación judicial de los ciudadanos en la tutela y satisfacción

¹³⁴ Autor citado por CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 61.

¹³⁵ Autores citados por CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 61.

de sus derechos como instrumentos tanto de autodefensa cuanto de control en relación a los poderes públicos". ¹³⁶

En particular dentro del ámbito del derecho a la salud, se debería poder exigir jurisdiccionalmente la reparación de los daños y perjuicios causados por la contaminación y por la falta de servicios de atención sanitaria (lejanía de hospitales, carencia de medicamentos, escasez de personal capacitado, etcétera), entre otras cuestiones. La legitimación para interponer tales acciones debería ser abierta, pues se trata de intereses difusos -el caso de la contaminación es paradigmático en este punto-, en los que es difícil acreditar de forma plena la existencia de un agravio "personal y directo", o de un interés jurídico concreto. En algunos casos, estas acciones podrían enderezarse no solamente contra las autoridades -por acciones o por omisiones- sino también contra particulares.

El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en diversos pactos internacionales de derechos humanos, y, desde luego, en muchos de los textos constitucionales modernos, sobre todo en aquellos que fueron escritos luego de la Segunda Guerra Mundial. A modo de ejemplo conviene mencionar los siguientes.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que:

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". ¹³⁷

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 12 que:

¹³⁶ Autor citados por CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 61.

¹³⁷ CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 62.

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad [*sic*] y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". ¹³⁸

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), dispone que:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". ¹³⁹

El reconocido y recordado investigador y Catedrático Universitario, Lic. José Francisco Ruiz Massieu explica:

"La salud es causa y efecto del desarrollo. No puede mirarse a la salud como el resultado automático del crecimiento económico, como si entre éste y el desarrollo social hubiera una relación ordinal. Por el contrario, salud y desarrollo están sujetos a una severa regla de concomitancia que lleva a que se muevan juntos y en la misma dirección, pues no hay pueblos saludables sin desarrollo, y éste no puede darse con bajos niveles de salud.

Por ello, no puede aceptarse que entre gasto en desarrollo social y gasto en actividad productiva medie una dialéctica, que conduzca a que uno de los dos extremos sea pospuesto.

En la actual etapa de crisis económica por la que transita Latinoamérica, no deben perderse de vista las vinculaciones entre salud y desarrollo, porque una equivocada política de ajuste, que para sanear las finanzas estatales no tenga en cuenta las prioridades de la salud, puede conspirar contra la prosperidad definitiva de los pueblos.

Esa crisis se manifiesta en el descenso de las tasas de crecimiento, en el quebrantamiento de las finanzas públicas, en altos ritmos inflacionarios y en deterioros en la ocupación y en el ingreso y bienestar reales. Cabe señalar que esos deterioros, por reducir la capacidad de pago de la sociedad,

¹³⁸ CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Pág. 62.

¹³⁹ CARBONELL, Miguel. Op. Cit. Págs. 62 y 63.

presionan la demanda de los servicios públicos de salud y contribuyen a la caída de los ya de por sí modestos indicadores de salud. Por lo expuesto, creo que en el marco de costos sociales de la crisis latino- americana, el reforzamiento de los programas institucionales de salud es inaplazable. La salud, aún en las etapas de crecimiento acelerado, ha sido ámbito en el que se manifiestan las desigualdades que caracterizan a la región, así como el subdesarrollo que todavía no podemos superar los hombres del hemisferio”.¹⁴⁰

El autor en cita destaca diversos aspectos relevantes, al establecer que la salud influye en la causa efecto del desarrollo, que se debe aumentar el gasto social para preservar la salud y concluye esta parte de su exposición precisando que en el caso de no preservar la salud se está conspirando contra la prosperidad de los pueblos.

Sigue explicando el Maestro Ruiz Massieu:

“La salud es esencialmente desigual, como resultado de la confluencia de dos elementos radicales: la salud no depende sólo de las acciones de atención médica y de salud pública, por un lado, y los mecanismos de financiamiento de los distintos servicios institucionales de salud cobijan marcadas inequidades, por el otro.

Por lo que se refiere al primer elemento, cabe señalar que los niveles de salud están firmemente condicionados por la alimentación, la educación y por la disponibilidad de determinados servicios públicos -agua potable en particular-, todo ello, a su vez, dependiente del ingreso, de suerte que la atención médica predominantemente se aboca a restaurar la salud, más que a preservarla y a promoverla, y la salud pública sólo parcialmente lo logra.

El segundo elemento, el relativo al financiamiento desigual, es motivo de creciente preocupación para los planificadores de la salud: los seguros sociales cuentan con fuentes de recursos más dinámicas que las fiscales, que permiten prestar servicios de mejor calidad, en tanto que los asistenciales para población no derechohabiente (la llamada población abierta) han dispuesto de recursos presupuestarios dramáticamente insuficientes. En el caso de México las diferencias financieras entre los dos tipos de servicios son muy pronunciadas”.¹⁴¹

¹⁴⁰ RUIZ MASSIEU, José Francisco. El Derecho a la Salud. Seminario sobre protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Anuario Jurídico. Tomo XII. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985. Págs. 257 y 258.

¹⁴¹ *Ibidem*. Pág. 258.

El autor en estudio, especifica que una de las causas por las cuales la salud tiene como característica principal la desigualdad, en virtud de que el financiamiento para este rubro, también es desigual.

Continúa apuntando el reconocido autor:

“Si bien las distintas experiencias que en este particular tiene Latinoamérica, permiten construir una muy diversificada tipología, puede concluirse en que de manera general y desde hace varias décadas, la mayor atención a la salud se ha abandonado a la suerte del empleo, pues sobre éste se han montado los sistemas de seguros sociales. Estos sistemas se financian mediante cuotas que se determinan en función del salario del trabajador subordinado, sobre todo el medio urbano, y que se completan con aportaciones fiscales. Si bien México consagra en la Constitución, en el artículo 123, fracción XXIX reformada, y en la Ley del Seguro Social de 1973, su vocación de acceder a una verdadera seguridad social, fincada en los principios de universalidad, igualdad y aportación general, obstáculos de orden económico y político han impedido que se supere la fase de seguros sociales para que quede protegida toda la población, en acatamiento de un derecho humano elemental.

El Estado, ante esta circunstancia, financia servicios asistenciales conforme a un criterio de universalidad y de gratitud absoluta o relativa. Las mencionadas disparidades financieras, obviamente conllevan desiguales disponibilidades de recursos de atención, lo que a su vez conduce a que los modelos de servicio sean muy distintos.

A la desigualdad que se reseña, ha de agregarse otra todavía más abominable: cerca de 14 millones de mexicanos carecen de acceso a servicios institucionales de salud: sobre todo, en las zonas de menor desarrollo del medio rural y en las marginadas de las grandes ciudades”.¹⁴²

El reconocido investigador del Derecho determina que un alto porcentaje de personas no tiene derecho verdaderamente a las acciones de salud pública, quedando el derecho a la salud como algo meramente hipotético para la población económicamente vulnerable de nuestro país.

Sigue el autor José Francisco Ruiz Massieu diciendo que:

¹⁴² Idem. Págs. 258 y 259.

“El examen de los indicadores más elocuentes lleva a la conclusión elemental de que Latinoamérica todavía se encuentra distante de los niveles de salud que han alcanzado los países industriales, y que en la propia región hay diferencias que la hacen poco homogénea. El análisis de las diferencias que muestra la región en cuanto a disponibilidad de recursos (camas, médicos, enfermeras, gasto per *capita*) hace ver que no hay proporción en todos los casos entre esa disponibilidad y el tamaño del producto interno bruto y del producto per *capita* lo que significa que esa disponibilidad de recursos depende sobre todo de los niveles generales de desarrollo social y de una voluntad política efectiva que se traduzca en una mayor atención financiera a la salud.

Tomando en cuenta que la salud depende también de la responsabilidad del interesado y de esquemas de autocuidado, y de estilos personales y colectivos de vida, a esos factores condicionantes habría que agregar el bajo nivel educativo de nuestro país (el promedio nacional de escolaridad no llega al quinto grado de primaria). El deterioro ecológico costo creciente de la industrialización y del proceso de urbanización, es, cada vez más, causa de muerte y patología. La conjugación de los factores económicos y sociales permite integrar el patrón mexicano de morbi-mortalidad a partir de elementos propios de países rezagados y de elementos de países industriales: las principales causas de muerte y los padecimientos más frecuentes son los infecto contagiosos y, de manera creciente, los crónico degenerativos, apreciándose una mayor vulnerabilidad entre los grupos sociales subalimentados y en las zonas de mayor rezago socioeconómico.

El panorama arroja dos conclusiones que darán cimiento a la última parte de este trabajo: las políticas de salud en Latinoamérica y, en particular, de México, no han sido suficientemente eficaces y, lo que es todavía más ominoso, en el ámbito de la salud se aprecian desigualdades que no pueden tolerarse en naciones que están a la búsqueda de la democracia como sistema de vida, como estilo de vida. Se ha dicho -y con razón- que democracias que no son igualitarias, y yo añadiría, que no son igualitarias en salud, no son democracias. La reorientación de las políticas de salud, a fin de que éstas abatan las desigualdades que nos caracterizan, ha llevado a que el derecho a la protección de la salud se recoja en las más modernas constituciones de la región. En la Carta Magna mexicana se ha captado como una nueva garantía social esencialmente programática; siguiendo la atinada expresión de Biscaretti di Ruffia, el artículo 4º. en un nuevo párrafo tercero. Dispone que:

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

El derecho a la protección de la salud. que no es accionable. que no goza de garantía jurisdiccional. viene a completar el contenido programático de la Constitución y a explicitar el proyecto social que ésta contiene. El nuevo derecho es respuesta a la dimensión de salud de la llamada cuestión social,

dentro de un amplísimo proceso de revisión de la Constitución, en sus capítulos social y económico.

La nueva garantía representa un mandato insoslayable para los poderes públicos: que quedan comprometidos a adoptar desde luego las medidas indispensables para que sea progresiva, pero aceleradamente disfrutada. La inmediata acción reglamentaria del legislador se antojaba imprescindible, si se considera que el nuevo párrafo tercero, por no ser autoaplicativo, requería de los lineamientos que ya ha dado su ley reglamentaria, la Ley General de Salud”.¹⁴³

El autor examinado precisa que las políticas de salud en Latinoamérica y, en particular, de México, no han sido suficientemente eficaces y que en el ámbito de la salud se aprecian desigualdades que no pueden tolerarse en naciones que están a la búsqueda de la democracia como sistema de vida, como estilo de vida.

Concluye el autor de mérito José Francisco Ruiz Massieu:

“La Ley General de Salud ordena la integración de un sistema nacional que articule, sobre todo, a las entidades y dependencias que proporcionen servicios de salud, sean asistenciales o en esquemas de seguros sociales, para que, dando un uso más eficiente a los recursos que se destinan a su prestación se logre el cumplimiento cabal del derecho a la protección de la salud, en términos de cobertura y de calidad básica de los servicios.

La Ley General de Salud -conforme a las tendencias contemporáneas del derecho- se compone de normas jurídicas perfectas y de una buena dosis de normas programáticas, que aunque no tienen efectos vinculantes, comprometen la acción del Estado, de suerte que si ésta no se desencadena para que el ordenamiento sea acatado razonablemente en el más corto plazo, el poder público se arroja irremediablemente al descrédito.

La Declaración de Alma Atá proclama que:

La salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además de la salud.

Frente a esta serie de declaraciones y resoluciones, oficialmente acordadas en forma unánime por los países del mundo, la realidad que los mismos países enfrentan es, sin embargo, diferente. El campo de la salud en la gran mayoría de los países es aún un campo donde vastos sectores de las poblaciones nacionales no gozan en la práctica del derecho a la salud. Es

¹⁴³ LOC. CIT. Págs. 259-261.

aún un campo donde se manifiestan con dolorosa claridad grandes desigualdades en el estado y nivel de salud de grupos humanos. así como grandes injusticias en la distribución de los recursos -físicos, humanos. Financieros, económicos y técnicos- que las sociedades asignan para la salud de sus pueblos. Es. más aún. Un campo donde la tendencia histórica va señalando que la ausencia de este derecho se perpetúa en mayor grado, y que las diferencias, desigualdades e injusticias tienden a incrementarse en lugar de reducirse, tanto entre los países del mundo como dentro de los países. Cualquiera que sea su grado de desarrollo”.¹⁴⁴

La trascendente disertación del Maestro José Francisco Ruiz Massieu concluye con puntos destacados como el que deben ser cada vez más eficientes los recursos destinados a la salud, se debe reorientar el modelo de atención a la salud, la cual debe preservarse por tratarse de un derecho humano fundamental, con efectos económicos y sociales.

¹⁴⁴ RUIZ MASSIEU, José Francisco. Op. Cit. Págs. 267-268.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El tipo penal objeto de este trabajo de investigación protege la salud y sanciona la conducta del profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, que niega la asistencia médica sin causa justificada a una persona en caso de notoria urgencia, que pone en peligro la vida de quien recurre a un hospital sea público o privado.

SEGUNDA.- La conducta del sujeto activo, quien tiene una calidad específica, es de omisión simple en principio, por estar obligado a atender a una persona en caso de notoria urgencia, si no existe una causa justificada para no hacerlo.

TERCERA.- La omisión del sujeto activo en el tipo penal analizado en esta tesis, podría ser de comisión por omisión, si la víctima de la omisión de auxilio médico fallece a causa de dicha negativa de atención médica.

CUARTA.- La negativa a asistir médicamente a una persona en caso de notoria urgencia, resulta muy frecuente en nuestra ciudad de México, por ello considero acertada la creación del tipo penal examinado en este trabajo de investigación.

QUINTA.- La conducta del sujeto activo del tipo penal examinado, es dolosa, en virtud de que quien niega la asistencia médica a otro que la requiere urgentemente, no puede ser culposa porque la negativa en cuestión se realiza con intención, no por falta de cuidado.

SEXTA.- El tipo penal analizado sanciona la conducta que es inmoral por parte del sujeto activo del delito, porque quien estudia medicina, sea profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, debe hacerlo respetando la vida de quien acude ante él en caso de notoria urgencia.

SÉPTIMA.- La Deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que deben inspirar y guiar la conducta profesional del médico. La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad, en consecuencia, los valores primordiales del médico serán respetar la vida humana y la dignidad de la persona, así como el cuidado de la salud del individuo, y, por supuesto, de la comunidad, lo cual no acontece cuando se niega la asistencia médica a quien la requiere por un motivo urgente que pone en peligro su vida.

OCTAVA.- El derecho a la salud, es una facultad que constitucionalmente le asiste al gobernado para hacerla valer y si se adecua la conducta del profesional, técnico o auxiliar de la atención médica a lo que prevé el numeral estudiado en esta tesis, se está violando la garantía constitucional consagrada en el artículo 4º. Constitucional.

NOVENA.- La negativa del profesional, técnico o auxiliar de la atención médica a atender a una persona en caso de notoria urgencia, estructura un tipo penal de peligro, porque se pone en riesgo de la salud del individuo.

DÉCIMA.- La realidad me demuestra que la negativa del profesional, técnico o auxiliar de la atención médica a auxiliar a otro en caso de notoria urgencia, sin tener una causa justificada, se presenta con derechohabientes o con personas que acuden a hospitales públicos que están obligados a atender a cualquier persona, violándose el derecho a la salud que constitucionalmente tiene el ciudadano en nuestro país.

DÉCIMO PRIMERA.- Es obligación del Licenciado en Derecho asesorar adecuadamente a las personas que sean víctimas de la negativa de atención médica sin causa justificada y apoyarlos acudiendo con los afectados, a efecto de formular la denuncia correspondiente ante el Agente del Ministerio Público.

DÉCIMO SEGUNDA.- El Licenciado en Derecho debe actuar con ética frente a quien acuda ante él a solicitar su asesoría, en virtud de que la falta de respeto a sus semejantes no es privativa de los médicos, sino que la pérdida de los valores humanos se presenta en todos los profesionistas, quienes solamente ven por sus beneficios económicos y no por el bien de los demás.

DÉCIMO TERCERA.- Los precursores del Derecho Romano desde hace miles de años, propusieron la ética como norma fundamental del desempeño del Licenciado en Derecho, por ello se debe actuar frente a quien pone en sus manos su libertad o sus bienes, con honestidad.

DÉCIMO CUARTA.- La función del Licenciado en Derecho, resulta fundamental en la sociedad, por ello debe guiar su actividad pensando en servir a los demás y no servirse de los demás, actuando inmoral y deshonestamente.

DÉCIMO QUINTA.- Ante el Licenciado en Derecho también acuden personas con problemas graves y urgentes, por ello sin importar la condición económico social de quien acude ante él en busca de asesoría, está obligado a auxiliarlo aplicando sus conocimientos a favor de la sociedad.

PROPUESTA.

Las instituciones médicas deben tener el carácter de asistencia, enseñanza, e investigación, y de preferencia, prestar el servicio a la comunidad con compromiso de docencia universitaria para, de esta manera, transmitir a generaciones futuras los principios básicos de la práctica médica.

No se justifica, reducir al paciente al cuerpo humano, sino tomarlo en cuenta, estudiarlo y tratarlo como lo que realmente es: una persona. Este asunto es fundamental para la Ética médica, por ello en la preparación en las Escuelas de Medicina, debe evitarse sólo aprender a encontrar la enfermedad en el cuerpo humano, sino a respetar su dignidad humana.

Ante la falta de valores de algunos médicos, profesionistas en los que se han perdido los más elementales, como la dignidad del ser humano esto en detrimento de la propia vida del paciente, en virtud de que no se les proporciona el servicio médico a que tienen derecho, para evadir la atención más elemental como sería la atención médica, sin argumento alguno generalmente para evitar atenderlo, trasformando la problemática del enfermo y de sus familiares, en una pesadilla donde está de por medio su vida la cual parece no tener valor alguno, en la mayoría de los médicos que trabajan en hospitales públicos o privados de nuestro país.

La Ley General de Salud se publicó antes de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en nuestro país, por ello con el reconocimiento de los Derechos de los individuos, el Estado se vio obligado a hacer valer el derecho a la salud como uno de los primordiales.

En los Hospitales Privados evitan auxiliar a un enfermo o accidentado por considerarlo como a alguien que le va a traer problemas y que para ellos son pérdidas económicas, por ocupar un espacio en el hospital, en virtud de que le dan

más importancia al dinero para atender únicamente a personas con capacidad económica que les puede pagar la atención médica, dejando de atender a alguien que no cuenta con dinero para pagar la atención médica.

Al comportarse de dicha manera están dejando a un lado la dignidad del ser humano y en otros casos la vida misma, pues estas instituciones saben que cuentan con Instituciones que las protegen cuando hay un problema de tipo legal como ejemplo tenemos la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que en muchos de los casos se ha convertido en un organismo que no sugiere sanción a estas injusticias.

Quienes más sufren este tipo de arbitrariedades son personas de escasos recursos, es por eso que estas instituciones privadas lo que inmediatamente hacen a es no atender a una persona aunque venga grave, canalizándolo teóricamente a otros hospitales, no importándoles la vida del enfermo cualquiera que sea el tipo de gravedad, porque como se reitera, no les interesa la vida humana sino solo velar por sus intereses.

El argumento de falta de medicamentos en los hospitales no obstante ser una realidad, no es suficiente para negar la atención médica que precisa una persona cuya salud está en inminente peligro, pues basta con salvarle la vida, con el auxilio médico que en principio necesitaba la persona, igualmente la falta de espacio en el hospital no es un argumento que justifique la negativa a ofrecer auxilio médico a un individuo que lo requiere por estar en riesgo su salud.

Es por eso que propongo se le dé más valor a la vida y un trato más digno al enfermo, dándole el más alto valor el preservar la vida, cuando se requiera la intervención de un médico profesional, técnico o auxiliar de la atención médica de prestar el auxilio médico, que ponga en riesgo la vida sin importar su condición económica, sexo, raza, nacionalidad, para lograr esto es impostergable que se proporcionen programas en las escuelas de medicina donde se resalte la Ética,

conciencia, vocación de salvar la vida de los pacientes o enfermos e información legal para que tanto los alumnos como los médicos o especialistas de prestar el auxilio médico tengan conocimiento de las consecuencias legales que pueden enfrentar en el caso de no prestar un auxilio médico de calidad.

La complejidad del problema obliga a tomar acciones decididas; a definir una política pública específica para éste problema, que aborde en sus diversas vertientes: primeramente excelencia en la educación universitaria para formar tanto profesionales, técnicos o auxiliares de la atención médica dispuestos a defender la dignidad y la vida humana, para esto financiando el gobierno con los recursos económicos necesarios para proporcionar un auxilio médico de calidad y que sepan las personas en estado de auxilio médico que el gobierno los apoyará con gente especializada y que su integridad estará lo mas protegida posible donde dichas personas en este estado sepan que se les apoyará y protegerá en los valores mas elementales que es su dignidad y vida humana.

La propuesta radica en la necesidad de crear conciencia entre las instituciones gubernamentales como la de los Derechos Humanos, Legisladores, Médicos, Juristas, Procuradores de la Justicia y Trabajadores Sociales de su importante función social y la responsabilidad que la misma trae consigo, a efecto de que su quehacer sea eficaz como el preservar como valor máximo la dignidad y la vida humana que está en sus manos.

Las Comisiones de los Derechos Humanos deberán estar pendientes que el derecho a la salud no sea letra muerta, recibiendo las quejas que ante ellas formulen las personas que han sido discriminadas, negándoles la mínima asistencia médica que dadas las condiciones del individuo que recurre ante determinado hospital resulta vital.

El derecho a la salud desde el punto de vista de su ejercicio, deber ser fomentado por el Estado a efecto de contar con mexicanos seguros de que su Gobierno se encargará de protegerlo en ese rubro tan importante.

Asimismo propongo que en los Hospitales se fijen documentos como oficios, trípticos o carteles de tamaño visible, para informar sobre el derecho del mexicano a tener una adecuada atención médica, privilegiando los casos de notoria urgencia, proporcionando un teléfono gratuito en el Hospital, para formular las denuncias por motivo de no ser atendidos en el mismo.

Igualmente considero pertinente proponer la organización de una campaña a nivel nacional con el propósito de concienciar a la población en general respecto al derecho a la salud de todos los mexicanos, resaltando la responsabilidad penal, administrativa y civil en la que pueden incurrir el profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, que niega la asistencia médica sin causa justificada a una persona en caso de notoria urgencia, que pone en peligro la vida de quien recurre a un hospital sea público o privado.

Es necesario que el derecho a la salud sea respetado integralmente por el profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, en virtud de que con frecuencia y sin razón alguna niega la asistencia médica a un individuo que acude a un Hospital en caso de notoria urgencia, y sin tener la posibilidad económica para acudir a otro Hospital, con lo que peligras su vida.

La población vulnerable sea por edad o condición económico social es comúnmente resulta víctima del profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, que niega la asistencia médica sin causa justificada, por ello el derecho a la salud se vuelve nugatorio por la contumaz negativa de quien está obligado a asistir a una persona en caso de notoria urgencia, no obstante peligrar su vida, sin importar ello a quien está obligado a proteger el máximo bien de toda persona: **LA VIDA.**

El profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, están obligados a proporcionar asistencia médica a una persona en caso de notoria urgencia, que pone en peligro la vida de que acude a un hospital sea público o privado, en virtud de que le deben a la sociedad su formación profesional y están en deuda con quienes mediante el pago de sus impuestos hacen posible la educación en nuestro país.

Por lo explicado, también propongo se aumente de manera considerable la penalidad contemplada en el tipo penal objeto de este trabajo de investigación, a efecto de que sea considerado como delito grave su comisión pues el profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, que niega la asistencia médica sin causa justificada a una persona en caso de notoria urgencia, pone en peligro la vida de quien recurre a un hospital, más aún dicha omisión puede causarle la muerte a una persona.

Conforme a lo anterior, y tomando en consideración que los bienes tutelados por el artículo 469 de la Ley General de Salud, como son la vida y la salud de las personas, bienes que son de máxima identidad, por ello quienes incurran en la comisión del delito previsto y sancionado en el artículo antes citado, en su caso causan daño o ponen en peligro los bienes de máximo valor, por ello la magnitud del daño causado al bien jurídico o el peligro en que hubieren sido expuestos resultan de máxima magnitud, por ello a mi juicio la penalidad de seis meses a tres años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco de Salario General Mínimo vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años resulta desproporcional, ya que dicha penalidad es ínfima tomando en consideración que daña y pone en peligro los bienes de máxima entidad que tutela la norma penal como son la vida y la salud.

En tal virtud considero que en la pena que resultaría proporcional al daño o peligro que fueren expuestos los bienes indicados es la de dos terceras partes del resultado de la conducta omisiva, esto es si acontece el fallecimiento del que

requiere auxilio médico, deberá aplicarse como ya se ha dicho las dos terceras partes que corresponden al homicidio simple intencional, es decir la penalidad deberá ser de cuatro años de prisión, y en caso de que la omisión de auxilio médico solo genere alteración a la salud, deberá imponerse las dos terceras partes del grado de la lesión que resulte y al causar dicha omisión los delitos antes descritos se debería obligar para el caso de que fuera un servidor público quien cometió el delito previsto, el estado debería cubrir la reparación del daño causado por su empleado, y en caso de que los sujetos activos del delito fueran empleados privados, el patrón debe ser solidariamente responsable con el sujeto activo del delito, en cuanto a la reparación del daño.

A mayor abundamiento, como parte de las sanciones que propongo, sería la revocación de la concesión otorgada a una persona física o moral, para desarrollar la prestación de servicios médicos, en una clínica u hospital, en la cual reiteradamente, se hubiere cometido el delito previsto por el artículo 469 de la Ley General de Salud.

Lo propuesto se deriva de la lógica jurídica en virtud de que quien obtiene una concesión en los términos previstos en el párrafo anterior, no merece continuar funcionando como clínica u hospital privado porque se esta jugando con la vida o la salud de una persona, que acude en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, precisando de auxilio médico.

Asimismo, propongo que la penalidad impuesta a quien cometa el delito previsto y sancionado por el artículo objeto del presente trabajo de investigación, en el caso concreto de lesiones, sea en principio considerado como una tentativa homicidio de conformidad con el artículo 63 del Código Penal Federal o en su defecto le sea aplicada la penalidad prevista por el artículo 307 del referido Código Penal Federal cuando hubiere fallecido la persona que no fue atendida, en los términos previstos por el numeral de la Ley General de Salud objeto de este trabajo de investigación.

Todo lo propuesto en esta parte de la presente tesis, se fundamenta en el juramento hipocrático, mismo que sin lugar a dudas implica un alto sentido de compromiso que el médico establece consigo mismo y con su comunidad, y la obligación infranqueable, de quien realiza con pasión que el ejercicio de profesión tan importante como es la medicina.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- AMOR VILLALPANDO, Alberto. “¿Cuáles son las áreas de la bioética y los modelos del acto biomédico?”.** Memoria del III Simposio Internacional CONAMED. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999.

- 2.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. “Derecho Penal.”** Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2003.

- 3.- AVER, Alfonso. “Ética y Medicina, Deontología Médica a la luz del mensaje cristiano”.** Segunda Edición, Editorial Ediciones Guadarrama, Colección Universitaria de Bolsillo, Madrid, España, 1992.

- 4.- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. “Derecho Penal”.** Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue, México, 1949.

- 5.- BÚNSTER, Álvaro. “Voz delito”.** Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo d-h, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1995.

- 6.- BÚNSTER, Álvaro. “Voz imputabilidad”.** Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo i-o, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1995.

- 7.- CARBONELL, Miguel. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada”.** Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa UNAM, México, 2000.

- 8.- CARRARA, Francisco. “Programa del curso de Derecho Criminal”.** Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus, Madrid, España, 1925.

- 9.- CASTELLANOS TENA, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”.** Cuadragésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
- 10.- CUELLO CALÓN, Eugenio. “Derecho Penal”.** Tomo I, Novena Edición, Editora Nacional, México, 1951.
- 11.- CHAVERO, Alfredo. “México a través de los siglos”.** Tomo I. Bellesca y Compañía Editores, México, 1987.
- 12.- CHAVIRA MARTÍNEZ, Jorge Humberto. “Conferencia sobre la Constitución Mexicana de 1917”.** Ex Recinto Legislativo, Guadalajara, Jal. México, 1996.
- 13.- CHIOSSONE, Tulio. “La responsabilidad Penal y Civil del Médico en la Legislación Venezolana”.** Caracas, Venezuela 1983.
- 14.- DE LA CUEVA, Mario. “Nuevo Derecho del Trabajo”.** Segunda Edición, Tomo II. Editorial Porrúa, México, 1998.
- 15.- DUBOS René y PINES Maya. “Salud y Enfermedad”.** Life en Español, México, 1967.
- 16.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. “La responsabilidad profesional”.** Coloquio sobre la responsabilidad profesional del médico y los Derechos humanos. México, D.F. 11 y 12 de julio de 1994.
- 17.- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. “Ética”.** Vigésimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

18.- GARCÍA MENDIETA, Carmen. “Aspectos jurídicos y legales de la investigación en seres humanos”. Editorial Alarcón, Segovia, De la Fuente y Velásquez Arellano, Madrid, España 1988.

19.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Consideraciones sobre el derecho penal y la práctica médica”. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999.

20.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Panorama del Derecho Mexicano”. “Derecho Penal”. Editorial Mc Graw Hill, México, 1998.

21.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. “Responsabilidad Civil”. Revista Praxis, número 60. Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1997.

22.- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio. “Voz antijuridicidad”. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM, Tomo a-ch, México, 1995.

23.- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. “Los valores bioéticos y la relación médico-paciente”. Memoria del III Simposio Internacional. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999.

24.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal”. Cuarta Edición, Editorial Trillas, México, 1998.

25.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “La Teoría Jurídica del Delito”. Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1958.

26.- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. “La estructura del delito en el Derecho Penal Mexicano”. Ángel Editor, México, 2004.

27.- LLAMAS POMBO, Eugenio. “La Responsabilidad civil del Médico”. Editorial Trivium, Madrid, España, 1988.

28.- LÓPEZ BETANCOURT. “Teoría del Delito”. Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

29.- MAIMETTI, José Antonio. “Ética Médica”. Instituto Quiron, La Plata, Argentina, 1989.

30.- MALO CAMACHO, Gustavo. “Derecho Penal Mexicano”. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

31.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. “Teoría Legalista del Delito”. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

32.- MARGADANT, Guillermo Floris. “Derecho Privado Romano”. Décimo Primera Edición, Editorial Esfinge, México, 1982.

33.- MONARQUE UREÑA, Rodolfo. “Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito”. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

34.- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Voz Culpabilidad”. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo a-ch, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1995.

35.- NARRO ROBLES. José. “Deontología General y Secreto Profesional de Internado”. Facultad de Medicina, U.N.A.M. Unidad 10, Ciclos XI y XII, México, 1981.

36.- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. “Teoría del Delito”. Editorial Porrúa, México, 1994.

37.- ORTOLÁN, Joseph Elzéar. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López, Madrid, España, 1878.

38.- OSORIO y NIETO, César Augusto. “Delitos Federales”. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

39.- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. “Teoría del Delito”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

40.- REYNOSO DÁVILA, Roberto. “Teoría General del Delito”. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

41.- RUIZ MASSIEU, José Francisco. “El Derecho a la Salud”. Seminario sobre protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Anuario Jurídico. Tomo XII. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, 1985.

42.- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. “Nuevo Derecho de la Seguridad Social”. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

43.- SOUSTELLE, Jacques. “El universo de los aztecas”. Quinta Edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

44.- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Voz responsabilidad”. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo p-z. Editorial Porrúa-UNAM, México, 1992.

45.- VELA TREVIÑO, Sergio. “Culpabilidad e Inculpabilidad”. Teoría del delito. Editorial Trillas, México, 1985.

46.- VIESCA, Carlos. “El médico, la Ética y la Educación”. Memoria del III Simposio Internacional. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999.

47.- VILLALOBOS, Ignacio. “Derecho Penal Mexicano”. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Sista, México, 2009.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista, México, 2009.

LEY GENERAL DE SALUD. Editorial Sista, México, 2009.

DIVERSOS.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE EDUCACIÓN ESPECIAL. Vol. III. Editorial Santillana, México, 1990.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL. Tomo VIII. Editorial Credsa, Barcelona, España, 1972.

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO. Reader's Digest. Tomo VII. México, 1990.

GRAN ENCICLOPEDIA DEL MUNDO. Tomo XVII. Editorial Durvan, Bilbao, España, 1973.

VOZ DELITO. Enciclopedia Encarta México 2005.

VOZ RESPONSABILIDAD. Enciclopedia Encarta México 2005.