



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO.

"LA INCONGRUENCIA PUNITIVA DEL TIPO PENAL DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO A LA LUZ DE LA REFORMA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2014 AL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO EN LA CIUDAD DE MÉXICO."

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO.

PRESENTA:

LUIS AGUSTÍN GUTIÉRREZ LADRÓN DE GUEVARA.

TUTORA: ANA ELOISA HEREDIA GARCÍA

Universidad Nacional Autónoma de México.

México, Ciudad Universitaria, junio, 2018.



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.

DEDICATORIAS.

A MI MADRE:

María Barbará Ladrón de Guevara Benítez, por inspirarme a continuar los estudios, buscando siempre ser una mejor persona.

A MI PADRE:

Luis Agustín Gutiérrez Bello, por instruirme en la profesión de Abogado teniendo siempre presente el esfuerzo, la dedicación así como el honor en el ejercicio de la profesión.

A BLANCA JANETE GUAJARDO AGUILAR:

Porque día con día me apoyaste en este proyecto, realizando cada momento juntos con cariño, ternura y amor.

AGRADECIMIENTOS.

A MI UNIVERSIDAD.

La Universidad Nacional Autónoma de México, por brindarme todos los espacios, actividades y otorgarme todas las oportunidades para hacer realidad este proyecto.

A LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

Por brindar a cada día un nuevo conocimiento y un espacio de discusión.

A MI DIRECTORA DE TESIS

Dra. Ana Eloísa Heredia García, por su constante ayuda, apoyo, paciencia y dirección al haberme guiado en la elaboración de esta tesis, así como por el tiempo brindado en el curso de la investigación.

A MIS MAESTROS Y FACULTAD DE DERECHO.

Por sus innumerables enseñanzas en todas sus cátedras a lo largo de mi licenciatura, sus consejos y por todos aquellos momentos tan agradables.

A TODOS. MIL GRACIAS.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL MARCO PUNITIVO DE LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO.....	1
1. Primeros antecedentes e inicio de la codificación de los delitos de práctica médica.....	2
2. Antecedentes contenidos en el Código Penal de 1931.....	7
2.1 Inicios de la negativa de prestación del servicio médico.....	11
3. Antecedentes históricos contenidos en el nuevo código penal para el distrito federal de 2002.....	12
3.1 Origen del tipo penal de negativa del servicio médico.....	16
3.2 Origen del delito de práctica indebida del servicio médico.....	21
4. La reforma de 18 de diciembre de 2014 al Código Penal para el Distrito Federal.....	28
4.1 Reforma al delito de negativa del servicio médico.....	29
4.2. Reforma al delito de práctica indebida del servicio médico.....	31
5. Surgimiento de la medicalización como factor de decisión y normalización de los delitos de abandono, negativa y practica indebida del servicio médico.....	35
CAPITULO 2. MARCO CONCEPTUAL DE LA PENOLOGÍA DE LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DE SERVICIO MÉDICO.....	44
1. Teoría de la reinserción social.....	44
1.1 La utilidad de la pena dentro de la <i>Teoría de la reinserción social</i> ..	50
1.2 Consecuencias de la <i>Teoría de la reinserción social</i> en las penas..	54
2. <i>Teoría de la Retribución</i>	61
2.1 La utilidad de la pena dentro de la <i>Teoría de la retribución</i>	63
2.2 Consecuencias de la <i>Teoría Retributiva</i> en las penas.....	67
3. Enfoque del derecho penal del enemigo.....	71
CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO DE LA PENOLOGÍA EN LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO.....	77

1. Bloque de Constitucionalidad.	77
1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	78
1.2. Contenido del derecho humano a la salud en el Bloque de Constitucionalidad.	82
2. Marco jurisprudencial.	87
2.1. Obligación de medios.	88
2.2 <i>Lex artis</i> y <i>lex artis ad hoc</i>	93
2.3. Concepto de indicación médica.	98
3. Cuerpos Normativos Auxiliares.	101
3.1. Normas oficiales mexicanas.	105
3.2. Guías de práctica clínica.	109
4. Código Penal para la Ciudad de México.	111
CAPÍTULO 4. "LA INCONGRUENCIA PUNITIVA DEL TIPO PENAL DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO A LA LUZ DE LA REFORMA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2014 AL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL"	121
1. Análisis de la reforma a la luz de la <i>Teoría de la reinserción social</i>	121
1.1 Alcance en la utilidad del aumento punitivo de la reforma para la reinserción social.	128
1.2. Análisis en el cumplimiento del fin punitivo de la reforma a la luz de la reinserción social.	132
1.3. Incongruencia de la reforma con la <i>Teoría de la reinserción social</i>	136
2. Análisis de la reforma a la luz de la <i>Teoría de la retribución</i>	143
2.1. Alcance en la utilidad del aumento punitivo de la reforma para la retribución.	146
2.2 Análisis del cumplimiento del fin punitivo en la reforma a la luz de la retribución.	150
2.3 Incongruencia de la reforma con la <i>Teoría de la retribución</i>	153
3. Análisis de la reforma a la luz del " <i>punitive turn</i> "	158
3.1 Cumplimiento de la finalidad estadística actuarial.	164
3.2 Análisis del cumplimiento de la finalidad managerialista.	166
3.3. Incongruencia en la reforma relativo al <i>punitive turn</i> y nuevas tendencias punitivas.	170

CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE SOLUCIONES.....	174
1. La suspensión y revisión del ejercicio profesional del prestador de servicios médicos.	174
2. La suspensión en el ejercicio profesional.....	183
4. La vigilancia temporal mediante los Consejos de Especialidades Médicas.	196
CONCLUSIONES	207
PROPUESTAS	211
FUENTES DE CONSULTA.....	214
BIBLIOGRAFÍA.....	214
LEGISGRAFÍA.....	218
MESOGRAFÍA.....	220

INTRODUCCIÓN.

La reforma del Código sustantivo penal para la Ciudad de México que modifica la penalidad de los tipos penales de abandono, negación y práctica indebida del servicio médico que se llevó a cabo el 18 de diciembre de 2014 es un tema actual, en virtud de que su aplicatoriedad es reciente y existe a la fecha poco tratamiento sobre los tipos en particular.

La presente tesis tiene como objetivo general determinar si existe una incongruencia punitiva en el tipo penal de abandono, negación y práctica indebida del servicio médico a la luz de la reforma del 18 de diciembre de 2014 al código sustantivo para la ciudad de México, al no cumplir con el propósito de las penas y su idoneidad a la luz de la *Teoría distributiva*, *Teoría de la reinserción social*, así como el *punitive turn*.

El tema tiene una trascendencia en el mundo jurídico, en virtud de que se trata del aumento de la pena de delitos específicos que pueden llegar a cometer los profesionales de la salud, quienes fungen como garantes del bien jurídico de la salud de la población, sin embargo, la trascendencia radica tanto en los efectos que genera esta medida sobre la forma de ejercer la medicina, así como con la incompatibilidad con las teorías que ha estudiado la Penología y que han determinado los fines de las penas, las cuales se orientan hacia la reinserción social del individuo, la retribución o el derecho penal del enemigo, por lo cual, se estima que en este tipo de delitos, un aumento de la penalidad, no es acorde con tales fines, e incluso puede demostrarse que lejos de tener un factor preventivo en la pena, puede fungir como un factor de criminogénesis, es decir, formador de

criminales potenciales y generación de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

La pregunta sobre la cual partimos es ¿Tiene la reforma de 18 de diciembre de 2014 al código penal sustantivo para la Ciudad de México una debida congruencia y proporcionalidad punitiva al aumentar la penalidad de los delitos que contempla, en relación con el fin y la utilidad de las penas?.

Se estima que el resultado de la investigación puede llegar a beneficiar tanto a la aplicación del derecho en los tribunales de la Ciudad de México, así como al acceso a la justicia por parte de los prestadores de servicios médicos, en virtud de que se llegará a conocer cuáles son las consecuencias que genera el aumento de punibilidad y también la relación de dicha medida con los fines de las penas, para así ponderar si es adecuada o incluso contraría a las doctrinas de la Penología, lo cual la torna completamente inviable para aplicación.

Así mismo, pone en evidencia una problemática oculta, en tanto que puede llegar a demostrar que el aumento de punibilidad como medida legislativa de dicho delito, genera efectos nocivos socialmente en comparativa con los beneficios que propone, puesto que la estancia prolongada en la prisión para los prestadores de servicios médicos, lejos de servir como un factor preventivo del crimen, actúa como una medida deshumanizante, destructor de la técnica profesional del condenado y *desocializante*, así como un estado de rencor en contra del ámbito social.

La propuesta es que la reforma de 18 de diciembre de 2014 al Código Penal resulta ser incongruente con las teorías de la *retribución*, de la *reinserción social*, e incluso tampoco se centra en enfoques actuales, al no cumplir con ninguno de los fines de las penas contemplados en las mismas teorías.

Por lo tanto, es necesario ponderar dicha reforma a efecto de ajustarla a los parámetros de racionalidad para que las mismas puedan cumplir el propósito de la pena.

La investigación se lleva a cabo a la luz de la teoría constitucional, puesto que mediante dicha postura epistemológica se busca el análisis del aumento de punibilidad a los delitos de práctica indebida del servicio médico, a la luz de la doctrina constitucional de los derechos humanos, así como el principio de proporcionalidad de las penas, es decir, analizar si el agravamiento de las sanciones contempladas para tales ilícitos son proporcionales a la conducta que sanciona y el bien jurídico protegido, así como si la misma cumple con la finalidad de las penas, todo lo anterior, debe ser analizado a la luz de los derechos humanos y la obligación del estado de promover, proteger, respetar y garantizar los mismos a todas las personas por igual. Se desea establecer desde este momento la postura de que los delitos de práctica indebida del servicio médico son medularmente técnicos, es decir, se requiere de la apreciación de conocimientos que no son propiamente jurídicos, sino médicos, e incluso el ámbito de comisión de tales delitos es técnico también.

Por lo anterior, se estima que la teoría constitucional en un análisis sistemático es sumamente útil para el emprender el estudio epistemológico de la investigación, puesto que brinda un panorama y sistema de Derechos humanos denominado Bloque Constitucional, en el cual, podemos analizar si dicha reforma cumple con el estándar exigido o si es violatorio del mismo, resultando excesiva y desproporcional.

De igual forma, se utiliza la teoría de la interpretación del derecho y la crítica jurídica, puesto que esta teoría y postura epistemológica se consideran útiles para la investigación, debido a que, para entrar al fondo del estudio del tema elegido, debe analizarse la reforma a la luz de la proporcionalidad, fin y utilidad de la pena, para contrastar si el aumento en la punibilidad de los delitos de práctica indebida del servicio médico puede evitar que dichos actos sean cometidos. En lo personal se parte de la premisa en que el solo aumento en la punibilidad de dichos delitos no auxilia a prevenir el ilícito, sino que impacta en el servicio médico que la población recibe, ante el ejercicio de la medicina de manera defensiva. Por otra

parte, los delitos para los cuales se aumentó la pena tienen causas relacionadas con la técnica y el factor educativo, por lo cual, el aumento de punibilidad no es el idóneo para solucionar dicho problema, ni mucho menos las penas privativas de la libertad, puesto que no permiten la reinserción del individuo social y profesionalmente.

Por otra parte, el agravamiento de los delitos de práctica médica tampoco tiene justificación, puesto que se buscaría principalmente que el individuo no se abstraiga de la justicia, sin embargo, dicha medida no se justifica puesto que no se trata de un criminal con el perfil que amerita una restricción severa a la libertad, así como a su fuente de trabajo.

Por último, se utiliza la teoría predictiva, puesto que se desea demostrar que el aumento a la punibilidad de dichas conductas, da lugar a una afectación a la propia sociedad, en virtud de que los prestadores del servicio médico van a proceder a ejercer la medicina de una forma defensiva, así mismo, se limita la libertad prescriptiva del médico.

Por todo lo anterior, se considera que dicha postura epistemológica enriquece el panorama de la investigación, al adicionar consideraciones fácticas a las conclusiones: que dicha reforma causa más problemas de los que buscó solucionar.

La práctica de la medicina en nuestro país es la manera en la cual se cristaliza en la realidad el derecho de acceso a la salud, por lo cual, al ser en conjunto con la vida uno de los pilares necesarios para el ejercicio de otros derechos, por lo que cual, resulta acuciante en nuestros días su revisión y estudio para conocer cuál es la ruta que debemos seguir para alcanzar los objetivos, y la presente investigación tiene el objetivo de explorar la regulación de esa práctica médica.

*Donde quiera que se ama a la medicina
también se ama a la humanidad.*

(Platón)

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL MARCO PUNITIVO DE LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO.

El estudio de una figura jurídica y su trascendencia en el tiempo es importante para conocer la evolución, así como las premisas que sustentan los conceptos, definiciones y la argumentación de figuras jurídicas específicas, pero también el contexto en el cual se desarrollaron.

El desarrollo histórico es también importante para conocer la manera en la cual se implementa y utiliza un lenguaje y una figura jurídica e incluso la corriente de pensamiento que puede llegar a imbuir a través del tiempo y transmutar la esencia de la figura. La relación del tiempo y el Derecho es un área poco explorada, como bien lo han referido autores como Pio Caroni y Francois Ost, pues resulta ser una relación dialéctica que debemos de tener presente en el desarrollo como juristas, es una herramienta esencial para entender el régimen de historicidad que se ha implantado en nuestra codificación, un régimen de presentismo.

En consecuencia, tiempo y derecho se encuentran relacionados dialécticamente, de forma que el derecho como discurso performativo afecta la forma en que se temporaliza el tiempo; mientras que, por su parte, el tiempo determina la fuerza instituyente del derecho. Este poderoso engarce entre ambos apuntala, desde otro punto de vista, la presencia del tiempo en el derecho a la que más arriba se hizo referencia. Pero también refuerza el poder que tiene el segundo sobre el primero.¹

Por tal razón es necesario que previo al análisis a la reforma materia de la presente

¹ BELTRÁN Ayala, Fabián Andrés, Profanar la relación entre tiempo y derecho: notas para un estudio entre filosofía e historia, Chile, 2014, p. 532.
<http://www.historiadelderecho.citauchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/38382/40021> consultada el día 13 de febrero de 2017 a las 18:20 horas.

tesis, sean estudiados los ámbitos temporales de la misma, en virtud de que el tiempo nos revela la evolución de la figura jurídica y la evolución de las ideas que culminaron en la implantación de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico en nuestra sociedad.

1. Primeros antecedentes e inicio de la codificación de los delitos de práctica médica.

Los tipos penales cuyos antecedentes se investigan en el presente capítulo, tienen por objeto aparente, la protección del buen ejercicio profesional en la medicina, teniendo una relación indudable con derechos del paciente, puesto que la atención médica se encuentra siempre relacionada tanto con el bien jurídico protegido de la vida como el de la salud.

No obstante, debe señalarse que es el avance de múltiples fenómenos como es la medicalización, el avance de la ciencia médica, la *biopolítica*, el *biopoder* y la *biosalud*, los que han impulsado la transformación de codificaciones cada vez más especializadas, dotándolas de contenido y definiciones especiales.

Los desarrollos de la ciencia médica como acontecimiento influyen también en la forma en la cual se establece una ideología y expectativa de la misma, puesto que la propia medicina también constituye definiciones específicas.

No obstante, una de las preocupaciones más grandes que han existido tanto en la ciencia médica así como en la propia sociedad y por ende el Derecho, es el hecho de que la persona que por su estado de salud se encuentra en una vulnerabilidad mayor, no deje de recibir atención médica, es dentro de ésta preocupación que se observa la necesaria relación con el derecho a la salud y no solamente la protección de un ejercicio profesional adecuado.

La ideología de evitar la enfermedad y recibir tratamiento médico ha ido evolucionando y permeando en el ámbito jurídico, encontrando un bastión importante en la codificación penal, puesto que se busca suprimir las prácticas que

atenten contra esta ideología, sin embargo, como se expone en el presente capítulo, el pensamiento dominante hegemónico y capitalista pueden tomar el control del discurso para defensa de sus propios intereses.

El interés por regular las conductas y resultados de la práctica médica no resulta ser novedosa, puesto que desde el código de Hammurabi encontramos los primeros registros, previendo una sanción para el médico que fracasase en la actividad encomendada, por lo tanto, el interés por la importancia de la vida y la salud impulsa la consideración de regular estas actividades.

“Diversos autores citan al Código de Hammurabi, redactado alrededor del Siglo XVIII a.C. como el primer vestigio de iatropatogenesis, al establecer castigos para el médico en caso de fracasar en su actividad profesional y dentro del citado Código, se estableció legislación que ya contemplaba sanciones para los médicos que incurrieran en responsabilidad médica”²

El código en cita establece que, si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, se le cortará la mano, así como la precisión de que si en la curación de un esclavo, éste falleciese, debería de restituirlo.

Como se puede observar, ha existido desde los inicios del Derecho, la intención de regulación de la conducta médica, buscando evitar las consecuencias negativas en la salud y sobre todo la vida de quien es tratado, incluyendo sanciones ejemplares.

Esta tendencia es claramente explicada por la preocupación de la protección de la vida y de la salud, que se ponen en las manos del profesional médico, sin embargo, no debemos de perder de vista que ese valor es el que se pretende proteger, tanto la vida como la salud entran en juego con un elemento atingente como es la práctica médica, por lo tanto, la protección hasta ese momento histórico no consiste en la

² DÁVILA Rodríguez, Abraham Amiud, Aspectos legales en la práctica médica, revista cirujano general, volumen 33, medigraphic, 2011, p.1. <http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2011/cgs112j.pdf>, consultado el día 17 de febrero de 2017 a las 13:05 horas.

protección del servicio médico calificado como correcto, sino de las consecuencias del mismo para la vida y salud.

Mediante el anterior contraste, apreciamos que la medicina puede tener una mayor relación con las características del Derecho de lo que imaginamos en un primer momento, en virtud de que ambos constituyen discursos que señalan la normalidad.

En efecto, el Derecho puede asumir valores considerados moralmente adecuados para el control social y evitar conductas que se consideran nocivas para la vida en sociedad, sin embargo, la medicina también constituye un lenguaje que señala las categorías de lo que es bueno y malo para el cuerpo, para la salud, para la vida, incluso diseña definiciones de la vida y de la muerte.

Es precisamente esta cualidad de construcción lingüística, la que tenemos que prestar mucha atención, puesto que de ello derivarán las consecuencias sociales, así como culturales y académicas del uso de los conceptos primarios que nos proporcionan.

Debe señalarse, continuando con la exposición histórica, que existió una tendencia que buscaba el eximente total de la responsabilidad del médico por sí misma, situación que alcanzó un momento coyuntural con la decisión de la Academia de Medicina de París en 1829, misma que buscaba como única forma de evaluación de la conducta y práctica médica, la moralidad.

“El segundo momento trascendente que conduce a la casi desaparición de la responsabilidad jurídica, se sitúa a comienzos del siglo XIX, con la decisión de la Academia de Medicina de París, en 1829, que proclamó la exclusiva responsabilidad moral de los profesionistas del arte de curar”³

Entonces cabe realizar la reflexión histórica del cómo se formó esta dinámica, puesto que, si la moralidad fiscaliza a la práctica médica, entonces cabe preguntarse

³ MOSSET Iturraspe, Jorge. Responsabilidad de los Profesionales, Rubinzal – Culzoni editores, Argentina, 2010, p. 256

¿sobre qué base específica valorativa puede estudiarse el fenómeno de creación de la medicina? O en todo caso, también puede uno preguntarse si dicha relación debe de ser estudiada en sentido contrario.

Esto llevaría a proponer que la medicina como ciencia y discurso crea definiciones y consideraciones que son usadas por el Derecho y la moralidad para diseñar su discurso.

Las definiciones de la vida y la muerte, por ejemplo, son utilizadas posteriormente por el Derecho como presupuesto para instaurar la protección de la misma en contra de la muerte por actos de la propia humanidad, sin embargo dejaremos la pregunta abierta para ser contestada al final del capítulo ¿Qué control puede existir sobre la creación de conceptos por parte de la medicina, tomando en consideración que éstos constituyen la base epistemológica de muchas ciencias, entre ellas la normativa, el Derecho?

Tomando esta posición reflexiva, debe estudiarse el inicio de la codificación dentro de nuestro país, para posteriormente entrar al estudio de la regulación actual en la Ciudad de México.

Como primer antecedente, se tiene el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos de fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, se tiene como antecedente el artículo 621, que establecía:

“La exposición o abandono de una persona enferma por el que la tiene a su cargo, y cuya vida corra peligro por falta de auxilio, se castigará en los casos de los arts. 617 a 619, con las penas que ellos señalan.”⁴

Cabe precisar que el artículo 616 hace referencia al abandono de un menor, respecto de sus padres, ascendientes legítimos o personas a quien se le haya

⁴ Código penal para el distrito federal y territorio de la Baja California sobre delitos de fuero común, y para toda la república sobre delitos contra la federación, 1872, art. 621.

confiado, estableciendo una pena de dieciocho meses de prisión y multa de 40 a 800 pesos.

Así mismo el referido artículo 617, hace referencia a cuando la exposición o abandono del niño tenga la consecuencia de causar una lesión o la muerte, se le imputará dicho delito con el carácter de acumulado como delito culposo.

Es claro que el legislador de 1871 se inspiró en los resultados de la escuela Clásica, encabezada por Carrara: invoca las concepciones fundantes de esta corriente, como el libre albedrío y el carácter retributivo de la pena. La explicación en este lado del Atlántico, en la adopción de esta corriente, se encuentra en el rechazo, casi intuitivo, al colonialismo, mientras que en Europa se fincó como oposición al feudalismo y al absolutismo monárquico.⁵

La descripción normativa que se ofreció en dicho código constituye uno de los primeros antecedentes de las conductas reprochables al médico, sin embargo, la reflexión que ha sido plasmada en líneas anteriores nos conduce a establecer que se buscaba la protección de la salud de la persona, así como la recepción de la atención médica de carácter continuo, en virtud de que la descripción típica es completamente aplicable a la atención que efectúa el médico y que el mismo puede llegar al abandono del paciente enfermo, si este último se encuentra bajo su cuidado.

Por ende, se tiene dicho antecedente en esta codificación, encontrando que su regulación no hace referencia en sí misma a los médicos encargados del tratamiento de un enfermo, sino más bien a cualquier persona que pueda ejecutar la conducta de exposición o abandono de una persona enferma teniéndola a su cargo, situación que puede llegar a ser aplicable a un médico, por su labor de cuidado y encargo de un enfermo, sobre todo cuando se habla de que el mismo se encuentre hospitalizado.

⁵ GONZÁLEZ de la Vega, René, Tratado sobre la Ley Penal Mexicana, Tomo I, Porrúa, México, 2003, p. 15.

Dentro del Código Penal Martínez de Castro de 1872 no existe un antecedente directo que tipifique una conducta similar a la negativa del servicio médico ni tampoco a la de práctica indebida del servicio médico, puesto que sólo encontramos el antecedente del delito de abandono, en donde no es un requisito para la existencia del ilícito, la calidad de médico en el sujeto activo.

Para ello debe de considerarse que la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 no establecía como tal un derecho a la salud dentro de sus artículos, ni tampoco existían las bases constitucionales del sistema de salud, ni se habían desarrollado los fenómenos de medicalización, por lo tanto, puede observarse que la descripción típica del código Martínez de Castro, constituye un antecedente aislado pero refleja un avance acerca de la concepción de la persona enferma – la necesidad de protección.

2. Antecedentes contenidos en el Código Penal de 1931.

Los trabajos de codificación avanzaron hacía una nueva época que culminaron con la promulgación del Código Penal de 1931, en el cual encontramos una tendencia bastante formada y avanzada para considerar la existencia de un discurso que busca proteger propiamente la debida prestación del servicio médico, al estar en contacto con el bien jurídico protegido consistente en la salud, pero relegando a este último a un segundo término.

Cabe hacer la precisión, a pesar de que el derecho fundamental de acceso a la salud se eleva a rango constitucional mediante la reforma al artículo 4º Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de febrero de 1983, existe una protección penal clara desde el código penal de 1931.

Encontramos también el antecedente del delito de abandono enfocado a la práctica médica en el Código Penal para el Distrito y territorios federales en materia de fuero

común y para toda la república en materia de fuero federal, publicado el 14 de agosto de 1931, puesto que el legislador estableció en éste, un título especial que constituye antecedente directo de nuestra actual codificación, que fue denominado “Responsabilidad profesional”, correspondiendo al Título Decimosegundo.

Dentro de dicho título se incorporó el Capítulo I, mismo que se denominó “Responsabilidad médica y técnica” conteniendo tres artículos, si bien tales títulos aparentan tener una gran amplitud de profesiones contempladas, debe decirse que son artículos enfocados al actuar profesional de los médicos, puesto que establecía:

Los médicos, cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares serán penalmente responsables por los daños que causen en la práctica de su profesión, en los términos siguientes:

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia, y
- II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por lo de sus ayudantes, enfermeros o practicantes cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.⁶

Este artículo constituye uno de los antecedentes más cercanos de nuestro actual código en virtud de que sentó bases conceptuales de la actual estructura regulatoria, debiendo señalar que el mismo representa uno de los cambios radicales en la evaluación jurídica de la práctica médica en el ámbito del derecho penal, puesto que comienzan a separarse los delitos de lesiones y homicidio de aquellos tipos penales especializados en el actuar médico, es decir, podemos apreciar que el artículo citado constituye uno de los inicios en la regulación de nuestro país enfocada a la práctica médica.

⁶ Código Penal para el distrito y territorios federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, 1931, art. 228.

Se consolida el inicio de una tendencia de tipificación sobre ciertas conductas que van en contra de pautas aceptables y establecidas en la práctica de la medicina que ha cobrado auge en nuestros días; ya en la época de 1931 la mercantilización de la medicina se encontraba en una etapa avanzada, y comenzaban a considerarse los riesgos de la inasistencia de los trabajadores por causas de enfermedad como una variable que la economía debería de tomar en cuenta para los cálculos macroeconómicos.

Se afirma que es tal la importancia como antecedente de la codificación en estudio, que se tipificó el abandono de la medicina, comenzando a plantear como bien jurídico protegido al servicio médico, sentando las bases para el delito de abandono, como se observa en dicho código:

“El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente”.⁷

Sirve la anterior cita para demostrar el antecedente que dicha codificación tiene, desde el año de 1931, estableciendo un modelo de tipo penal, en el cual se tienen en consideración la profesión de médico como requisito, es decir, existió una tendencia de evolución, partiendo desde un delito genérico que cualquier persona que abandonaba a un enfermo podía cometer, en donde es claro que el bien jurídico a proteger es tanto la salud como un deber de cuidado y asistencia, dirigiéndose hacia la tendencia de tipificar precisamente la omisión de continuar la labor de un médico para continuar la atención de un enfermo, dotando al tipo de un requisito de importancia para acceder a una penalidad específica: la profesión médica.

⁷ Código penal para el distrito y territorios federales en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, 1931, art. 229.

Basta lo anterior para afirmar también que comenzó una tendencia a separar el estudio de los delitos generales que pueden llegar a ser concomitantes en la práctica médica como lo son las lesiones y el homicidio, para separarlos de los delitos que requieren como requisito de existencia, el que el infractor sea precisamente un médico, mismo que debe de tener una relación con el paciente, quien recibe o deja de recibir el tratamiento materia de análisis.

Lo anterior obedece a que la medicina ha constituido día a día una actividad que permea en muchas otras, llegando incluso a considerarse por parte del Estado como un servicio público ligado al derecho humano de acceso a la salud, situación por la cual, el Estado requiere no sólo garantizar la misma, sino fijar un umbral de prácticas que atenten contra este Derecho y que deban ser sancionadas.

No obstante, dejaremos la reflexión de este punto para el posterior capítulo, en virtud de que el hecho de que la medicina haya permeado en todos los aspectos del hombre también constituye una forma de dominación respecto de los creadores de definiciones a aquellos a los que se conceptualiza mediante estas.

La mayoría de los textos de derecho penal, atribuyen a la medicina un carácter específico dentro del servicio público, pero también debe visualizarse el ámbito privado dentro de la misma, puesto que ambos sectores constituyen hoy en día la plataforma de cumplimiento del derecho humano a la salud.

(...) se reconoce a la medicina como un servicio público necesario porque su correcto ejercicio es algo que afecta a todos los ciudadanos, siendo la protección de la salud imprescindible para la buena marcha de la sociedad y, por ello, es el propio Estado, interesado por el buen desarrollo de esta materia, quien establece las reglas para su práctica, otorgando el monopolio en la prestación de la salud a personas previamente autorizadas para trabajar teniendo en cuenta que gozan de una presunción de aptitud proveniente del título habilitante⁸

⁸ CHAIA, Rubén A, Responsabilidad penal médica, Hammurabi, Argentina, 2006, p. 48.

Es por la importancia de la práctica médica, así como de sus efectos dentro de la sociedad, en la economía e incluso en el derecho, que el sujeto activo del delito de abandono deja de ser regulado de forma accesoria dentro de la exposición y el abandono de menores, para constituir un nuevo apartado de regulación que vislumbra al profesional médico como sujeto de una obligación de prestar atención y auxilio a una persona que lo requiera o que hubiese estado a su cargo.

2.1 Inicios de la negativa de prestación del servicio médico.

La conducta correspondiente a negar el auxilio médico tiene una trascendencia dentro de los derechos fundamentales del paciente y de cualquier persona que recibe la atención médica, puesto que el médico es garante de una obligación de medios, que corresponde a poner sus conocimientos en la práctica médica, situación que es exigible mediante el ya mencionado derecho a la salud.

Es por tal situación, que el estado busca evitar la negativa de un servicio médico a toda persona que lo requiera, en ese sentido, es penalmente reprochable para cualquier médico, el negar el servicio médico a una persona que lo necesita.

Por lo anterior, es necesario emprender el estudio histórico de dicha figura, y advertimos que dentro del código penal para el distrito y territorios federales en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal de 1931, tampoco encontramos un antecedente directo de la tipificación de dicho delito, no obstante de que sí encontramos el antecedente del artículo 228, respecto a que el medico será responsable en la práctica de su profesión respecto de los daños causados, no obstante, si bien tal código se ha referido bastante casuístico, puede apreciarse que no prevé algún mecanismo para la comprensión o conceptualización del hecho de que un médico se niegue a prestar la atención médica, puesto que surge la pregunta de ¿Cuándo inicia la práctica de la profesión del médico?.

Si tomamos como respuesta que la misma inicia desde que el primer acto, que resulta ser el diagnóstico e interrogatorio, entonces no puede observarse ninguna tipificación de la conducta en el código en estudio.

Ahora bien, si se toma por respuesta el hecho de que la práctica de la profesión comienza desde que el médico tiene el potencial de atender a un paciente, y se niega a realizarlo, entonces puede llegarse a hacer responsable al médico por la falta de ese tratamiento a la luz del artículo 228, no obstante de que el elemento a acreditar fuera sumamente complejo y atiende a una valoración subjetiva respecto de cuando inicia el tratamiento médico, puesto que en esa fecha no se contaba con un criterio establecido o estandarizado.

3. Antecedentes históricos contenidos en el nuevo código penal para el distrito federal de 2002.

El dieciséis de julio de dos mil dos, fue publicado un nuevo código penal para el Distrito Federal, mismo que abrogó al código de 1931 así como sus reformas. En el mismo se contempla el título vigésimo segundo, denominado “Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión” teniendo un capítulo III, que se denomina “Abandono, negación y práctica indebida del servicio médico”, confirmando la tendencia que se observó desde el código de 1931, para dar luz a una estructura de delitos mucho más centrada en la práctica médica evaluada a la luz del positivismo, que a la propia salud del paciente, puesto que los tipos penales correspondientes a las lesiones y homicidio se encuentran en títulos distintos.

En el estudio de la bibliografía respecto de la responsabilidad penal médica, advertimos que existe un interés mayor por el estudio de los delitos de lesiones y de homicidio concatenadas a la responsabilidad profesional del médico, estudios que abarcan la gran mayoría de la bibliografía, en comparación con los títulos que

existen acerca de los tipos penales establecidos en el capítulo de abandono, negación y práctica indebida del servicio médico.

Respecto a dicho ordenamiento en estudio, existió una breve exposición de motivos para todo el título, refiriendo que el bien jurídico que debe ser protegido es la práctica y el ejercicio adecuado de la profesión, no obstante, la única justificación que se plasma en dicha exposición de motivos es que este servicio médico incide en la salud de las personas y por ello, el médico debe actuar con responsabilidad, como a continuación se lee:

Título vigésimo segundo, Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión, se integra con cinco Capítulos, la práctica y ejercicio adecuado de la profesión son otro de los bienes jurídicos que deben ser protegidos y en consecuencia las conductas indebidas que atenten contra este valor sancionadas, toda vez que la sociedad debe saber que al solicitar los servicios de un profesional esté actuará con responsabilidad y en caso contrario se cuenta con los instrumentos legales apropiados para preservar dicho valor, cabe destacar que se ocupa este apartado en mayor medida del servicio médico, por ser el que incide en la salud de las personas, así quien ante la presencia de un lesionado o solicitado su auxilio no le preste la atención que el caso requiera, lo mismo para el que se haya hecho cargo de la atención a un lesionado deje de prestarle la atención, o por ejemplo el suministro de medicinas inapropiadas al tratamiento o nocivas para la salud del pasivo, responderán penalmente por su conducta, contemplando además que se suspenda el derecho para ejercer la profesión o actividad.⁹

Es visible entonces, el hecho de que existe una motivación muy corta para todo el título correspondiente, no otorgando una justificación acerca de lo que consiste el bien jurídico tutelado del “servicio médico” o de qué forma puede ser explicado el mismo, de donde puede extraerse las bases para su comprensión por parte del juzgador o incluso las fuentes que pueden constituir y evaluar el servicio médico.

⁹ Cámara de Diputados, Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, segundo periodo ordinario de sesiones del segundo año de ejercicio. Año 2, número 17, México, 30 de abril de 2002, p. 113.

Por tanto, consideramos un área de oportunidad, así como una necesidad el mejoramiento de la argumentación que sustenta dicho capítulo, a efecto de verificar, si existe realmente una motivación que justifique la tipificación de tales conductas, puesto que la situación subsiste hasta la actualidad.

Por añadidura, el estudio de la argumentación histórica de la justificación del tipo penal puede revelar la corriente de pensamiento que se adscribe a las sanciones y la forma de regulación de la conducta.

Uno de los elementos que advertimos importantes para dicho estudio, es el hecho de que se instaure formalmente la sanción de la suspensión del derecho para ejercer la profesión o actividad, por su parte, la exposición de motivos no nos otorga una justificación total ni explicación acerca del tipo de servicio médico que se desea proteger, sino que pareciese que el modelo es un razonamiento simple, pretendiendo proteger el servicio médico, quien no lo haga responsablemente, se le suspenderá el derecho a ejercerlo y será sancionado en los términos de ley.

Incluso, en esa codificación, se encuentra el artículo 325, mismo que continuó con la tendencia histórica de tipificación específica y pormenorizada lo que podría entenderse como un abandono en la práctica médica, reiterando el hecho de que se incluye la palabra “médico” es decir, se encuentra completamente diferenciado del delito de abandono de persona que previamente se estudió. A saber, dicho código estableció:

“Al médico que, habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cien a trescientos días multa.”¹⁰

¹⁰ Código penal para el Distrito Federal, 2002, artículo 325.

Tal precepto contiene similares elementos al código de 1931, puesto que continua señalando como conducta típica el abandono de un lesionado, como el dejar de prestar el tratamiento, sin dar aviso a la autoridad competente, no obstante, encontramos que dentro de ese propio párrafo, se estableció una conducta nueva, que puede generar muchos problemas interpretativos en la práctica, puesto que se utilizó el conectivo “o” añadiendo el incumplimiento a las obligaciones que le impone la legislación de la materia, es decir, el párrafo sanciona tanto el dejar de prestar el tratamiento a un lesionado, así como el hecho de realizar un incumplimiento a la legislación de la “materia”.

Nuevamente se enfatiza el área de oportunidad que constituye la descripción típica, en virtud de que propiamente se habla de una legislación de la materia, el cual, es un concepto aún no definido por completo y que cuenta con zonas límite de gran subjetividad y cambio.

Como se anticipó, esta situación genera problemas interpretativos, puesto que no resulta claro por qué el legislador cohesionó ambos delitos en un sólo párrafo cuando los mismos no tienen una relación directa, ni tampoco hacen referencia a la misma conducta.

De igual forma, el hecho de que se señale, el término legislación de la “materia” tampoco deja claro a qué concepto se hace referencia con dicha aseveración, puesto que puede ser la materia respectiva al abandono de paciente, la legislación respectiva al tratamiento médico o en su caso la legislación correspondiente a la propia materia penal, lo cual genera una gran confusión al momento de entrar al estudio de los elementos del tipo penal, dejando al libre arbitrio el acreditamiento de dicho elemento, por muy distintas formas.

Aunado a lo anterior, se observa que lo único que une ambos tipos es que el legislador previó una penalidad de uno a cuatro años de prisión y de cien a

trescientos días multa, iniciando por tanto como un delito no grave, mediante el cual el médico podría alcanzar el beneficio de la libertad bajo caución si se procesare.

3.1 Origen del tipo penal de negativa del servicio médico.

El tipo penal de negativa del servicio médico se centra en la eliminación de prácticas que tiendan a suprimir o menoscabar el derecho de acceso a la salud por parte de la población.

Insistimos nuevamente en que el lenguaje jurídico no nos proporciona límites tajantes a lo que debemos entender por “servicio médico”, por lo cual, existe una interacción necesaria entre medicina y derecho, a efecto de proporcionar los conceptos, así como la regulación de esta, sin embargo, no es fácil hacer la distinción de cual de ambos lenguajes provee la calidad de normativización, puesto que la medicina también constituye un lenguaje regulatorio y normalizador.

Dejando esta reflexión para el apartado y capítulo siguiente, encontramos que es hasta el código penal para el Distrito Federal que surge en 2002, que encontramos el antecedente real y directo de una tipificación de la conducta de negativa del servicio médico, y la misma se estableció de la siguiente forma:

Se impondrá de uno a cuatro años, de cien a trescientos días de multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:

- I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite auxilio a la institución adecuada; o
- II, Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.¹¹

¹¹ Código Penal para el Distrito Federal, 2002, art. 324.

Dicho delito nace a la vida con dos hipótesis, la primera se refiere al caso de la existencia de un lesionado en presencia del médico, o de un requerimiento para la atención médica de una persona lesionada, siendo el elemento de conducta el hecho omisivo por parte del prestador de servicios médicos de no brindar atención.

Cabe precisar que dicho delito tiene una fuerte carga subjetiva, puesto que los propios términos que establece, no son claros, son conceptos abstractos que requieren una interpretación y análisis caso por caso, pues en primer lugar se tiene el concepto de estar en presencia de un lesionado, que hace referencia a una gran cantidad de hipótesis reales que pueden surgir, tan sólo como el hecho de que un médico encuentre a una persona lesionada en la vía pública, siendo por tanto su obligación “atender” al mismo, con las limitantes que ese panorama implica, siendo muy distinta al lesionado que se encuentra el mismo médico en un hospital.

No obstante, se reitera que el análisis que requiere dicho delito deberá de ser caso por caso, el cual se lleva por regla general no en la carpeta de investigación o dentro de la averiguación previa, sino que la mayoría de los casos, se lleva ese análisis dentro del propio proceso de primera instancia, si no es que hasta el juicio de amparo directo, situación en la que pondremos especial énfasis en los siguientes capítulos, puesto que la amplitud de los conceptos que se utilizan para la tipificación de tales delitos de práctica médica, hacen que sea muy fácil establecer y satisfacer los requisitos mínimos para una consignación ante la utilización de categorías abstractas en las que pueden interpretarse de muy diversas formas la misma conducta.

Basta para evidenciar lo anterior, el ponderar que un lesionado que el médico encuentra en la vía pública, puede requerir atención específica que no puede otorgarse en un medio como tal, ante lo cual, surgen muchas opciones de conducta posibles, como por ejemplo, atender en ese preciso momento, a efecto de intentar salvar la vida de la persona si la misma corre peligro, corriendo el riesgo de una mayor complicación, como generalmente es inherente a la práctica médica, en

segundo lugar podría ser el esperar a que los servicios trasladen a esa persona a un hospital, lo que implica que también se tendría una conducta expectante o de omisión por parte del médico.

Para la valoración de tal hecho, no podemos acudir solamente al ámbito jurídico, puesto que sólo nos proporciona categorías que no pueden dar cuenta de una realidad técnica, sino que se requiere el análisis de la “lex artis”, que es un concepto que nuestra doctrina mexicana ha adoptado, definiéndolo como el criterio orientador del acto médico, tomando en consideración los factores externos e internos del acto médico.

En este paso de un ámbito médico a un ámbito jurídico, debe de tenerse sumo cuidado al momento de establecer el lenguaje que normaliza y rige al otro, puesto que pueden darse esquemas argumentativos de dominación, que nada tienen que ver con los elementos que se buscó proteger, por lo cual, se continuará dicho tema en el siguiente capítulo.

A lo expuesto, podemos también dilucidar dos factores que impactan directamente a la complejidad del estudio, el hecho de que las enfermedades, condiciones y padecimientos que requieren de la práctica médica para su atención, muchas veces tienen similares datos de identificación, por lo que se requiere de tiempo para llevar a cabo una protocolización del estudio, lo que en la práctica médica también se denomina diagnóstico diferencial, ello significa, que bajo los mismos hallazgos o sintomatología del padecimiento, se puede identificar la existencia de dos o más enfermedades que tienen los mismos síntomas, por lo tanto, se requiere de más estudios para estratificar el diagnóstico de la enfermedad y hacer una evaluación precisa, situación que raras veces puede establecerse con una seguridad completa, existiendo siempre el riesgo de encontrar una enfermedad diversa, puesto que la práctica médica no es exacta dentro de ese sentido.

El otro factor al que se hace referencia, es el hecho de que ante la gran complejidad y fama que han retomado los procesos legales médicos en materia penal, un médico que se encuentre en el panorama de encontrar un lesionado, tenderá a abstenerse de brindar la atención ante el riesgo de incurrir en un problema legal, situación que también se está comenzando a gestar dentro de nuestro país como un problema emergente, denominado medicina defensiva.

En mérito de lo anterior la primera hipótesis que se contempló en el artículo citado, tiene una regulación sumamente abstracta, situación que también puede hacerse extensiva al segundo supuesto, mismo que hace referencia a que un médico se niegue a prestar la asistencia a un enfermo, cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave, y por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

En esa segunda hipótesis encontramos nuevamente un alto grado de complejidad, puesto que, si bien la conducta que puede atribuirse al médico deviene en un análisis simple, como lo es el que se niegue a prestar asistencia a un enfermo, podemos también señalar que todos los demás requisitos son casuísticos y de interpretaciones diversas.

El primer término del tipo, consiste en la valoración del momento en el cual, el enfermo corra peligro de muerte, este término genera severos problemas de interpretación, puesto que aún con todos los avances de la ciencia, es muy complicado conocer o saber por parte del prestador de servicios médicos, cuando una persona tiene un riesgo de morir de una enfermedad, sino cuando éste situación es obvia y muchas veces inevitable.

En ese sentido, el conocimiento del médico no se toma en consideración respecto del ilícito, únicamente se establece “cuanto éste corra peligro de muerte” situación que en el momento en que se puede llegar a actualizar el ilícito, el médico rara vez

puede determinar esa situación con claridad, lo cual, nos conduce de nueva cuenta a una indeterminación, así como a la necesidad de interpretar caso por caso.

No obstante lo anterior, esta hipótesis es aún más compleja, puesto que en la mayoría de los casos, para determinar que una persona corría peligro su vida, se requieren nuevamente de todos los estudios y prácticas para completar un protocolo diagnóstico, mismas que pueden llegar a ser fácil de estudiar cuando todo el material se encuentra reunido en un expediente y los hechos ya ocurrieron, no obstante, en el momento de la atención no resulta ser sencillo determinar los mismos, lo cual ocasiona que el médico sea fácilmente procesado con requisitos indiciarios y pruebas indirectas que acrediten la posibilidad de que haya cometido un hecho que la ley señale como delito.

Por lo que hace a los restantes elementos, correspondientes a un daño o enfermedad más grave, acontece similar situación, puesto que lo más natural de la mayoría de las enfermedades es que requieran tratamiento médico para su atención, puesto que pueden llegar a evolucionar y comprometer la salud en una mayor medida.

Respecto del último elemento, correspondiente a que no se pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud, eleva en gran medida la complejidad y subjetividad, requiriendo el estudio de caso por caso, puesto que, en la práctica, observamos que muchas veces, la salud del paciente se ve comprometida por la enfermedad no siendo posible su traslado, aunque el mismo se encuentre indicado, puesto que su salud correría un grave riesgo.

Por tanto, tal elemento introduce otra cuestión de interpretación casuística que hace que un médico sea fácilmente procesado por dicho delito, debido a que el estudio de las pruebas de descargo generalmente se realizará en la etapa de juicio o en la primera instancia.

3.2 Origen del delito de práctica indebida del servicio médico.

Una de las novedades más importantes de la tendencia a regular la conducta del médico en lo que respecta a su trascendencia para el servicio a los pacientes, es la evaluación que se puede realizar de dicha práctica a la luz del derecho penal, lo cual ha generado un nuevo universo y paradigma conceptual, debido a que por un lado tenemos la tendencia a tipificar el servicio médico y por el otro tenemos el crecimiento del campo de aplicación del servicio médico en la vida del hombre, extendiéndose cada vez más a situaciones y condiciones humanas que pueden ser visualizados y considerados desde la medicina.

Esta tendencia se hace patente en el código de 2002, en el cual se comienza a tipificar la actividad del médico, dejando de evaluar el resultado de dicha práctica sino más bien, la forma en la que la misma se otorga, tipificando el alejamiento de dichas prácticas, catalogándolas, como “correctas” “adecuadas” “de excelencia” o con la mayor “evidencia posible”.

Entonces, encontramos el surgimiento de una concepción de derecho penal para el médico, que incluso es distinta a las reglas de comprobación de los delitos de lesiones, así como de homicidio, pues como se ha señalado, se configuraron los delitos de abandono o negativa del servicio médico, buscando que la práctica cada vez se apege más a los medios instaurados por la ciencia médica, lo cual se concretiza en el artículo 326 del código penal, que refiere:

Se impondrá de dos a seis años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza

ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.¹²

En la anterior cita se advierte que esta configuración del delito no solo exige un resultado material que se concrete en la realidad fáctica, sino más bien, se aprecia la búsqueda de tipificar las conductas que no se apeguen a ciertos “cánones” de la medicina.

Un área de oportunidad que deja esta reforma es el hecho de que intenta formular en un lenguaje muy sencillo la descripción tipifica, pero usa palabras cuyo contenido y calificación escapa del derecho.

El área de oportunidad consiste precisamente en que no existe como tal una explicación ni en la exposición de motivos ni tampoco en la propia legislación reformada que llegue a señalar lo que debe entenderse por conceptos específicos como “operación quirúrgica innecesaria”, “simulación de una cirugía”.

Los términos antes señalados se utilizan dentro de las tres fracciones que se estudian, y se convierten en verdaderos requisitos para la comprobación del cuerpo del delito, así como de la probable responsabilidad del médico que pueda llegar a ser procesado.

El precepto es claro en tipificar tres conductas, correspondientes a la realización de una operación quirúrgica innecesaria, simular una cirugía o sin la autorización de la persona se realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del propio paciente, un órgano o una función.

Al respecto de dicho inciso primero, se han suscitado muchas controversias, puesto que en un procedimiento jurisdiccional los hechos se aprecian posterior a las consecuencias de los actos, lo que significa que las condiciones que imperaban

¹² Código penal para la Ciudad de México, 2002, artículo 326.

antes de la cirugía, muchas veces ya no son visibles o identificables; si esto se analiza, da como resultado el hecho de que existen actos quirúrgicos que por su propia naturaleza serán difíciles de justificar *a posteriori*, puesto que los hallazgos que justifican la cirugía y la motivaron, ya no se encuentran.

Resulta cierto el hecho de que, con el avance de la ciencia médica, es cada vez más raro llegar a dichos casos, sin embargo, se continúan presentando. Aunado a lo anterior, cabe considerar que en muchas ocasiones los propios pacientes detentan la custodia de los exámenes médicos de gabinete, imagen o ultrasonido, motivo por el cual, acuden a consulta con éstos estudios, los ponen a la vista del médico y se retiran con ellos, sin embargo, esto genera una falta de constancia certera en el expediente clínico respecto de los datos que se arrojan de dichos estudios, motivo por el cual, el hecho termina repercutiendo al final de un procedimiento legal, puesto que si el paciente niega la existencia de dicho estudio o no desea proceder a su exhibición, resulta ser muy difícil acreditar la justificación de ciertas cirugías, convirtiéndose en obstáculos para llegar a la verdad ocurrida en el caso.

Por ende, esto pone de relieve una tendencia en la cual el médico no sólo tiene que actuar de conformidad con el vasto cuerpo de bibliografía, manuales técnicos, manuales de operación, guías de práctica clínica, sino que también tiene que ajustar su proceder tanto a las leyes, reglamentos y códigos, lo que se ha convertido en el advenimiento de la medicina defensiva para protegerse de cualquier procedimiento legal que pudiese llegar a presentarse, en este caso, obteniendo mayores datos, solicitando mayores estudios o la duplicidad de los mismos, todo con el fin no de un diagnóstico certero que pudiese haber realizado desde tiempo atrás, sino de la necesidad de protección y constancia legal en el expediente clínico para justificar su proceder, lo que sumado a la medicalización del acto médico, termina con menoscabar legalmente el proceso de decisiones médicas para buscar la salud de una persona.

Por lo que hace a la segunda hipótesis que consiste en la simulación de una cirugía, precisamos que ocurre una situación similar a la anterior revisada, puesto que algunas cirugías, una vez realizadas, los hallazgos pueden desaparecer, lo que deviene en la aparición nuevamente de la sintomatología del paciente, con el correspondiente sentimiento de que se le ha engañado.

Por citar un ejemplo, en medicina se contemplan los términos *recidiva*, y *dehiscencia*, para hacer alusión a diversos fenómenos que pueden hacer que una enfermedad que había sido remediada mediante una cirugía vuelva a aparecer, con la consecuente desaparición de los hallazgos quirúrgicos.

Un claro ejemplo de lo anterior es el estudio de casos de este tipo penal cuando al paciente le es realizada una funduplicatura, misma que consiste en una cirugía para tratar la enfermedad por reflujo gastro-esofágico (ERGE), que consiste en que el médico envuelve la porción superior del estómago alrededor del esófago. Esto se hace para presionar el esfínter esofágico inferior y prevenir el reflujo, lo que evitará que en futuro el paciente pueda desarrollar cáncer, así como el esófago de Barret, siendo un problema de salud pública.

No obstante, dicha cirugía tiene cuidados muy específicos, puesto que si el paciente arquea (reflejo de asco) o llega a tener vómito, la cirugía puede desmantelarse y con el paso del tiempo, será difícil que deje una huella visible de la misma, puesto que vuelven a aparecer los síntomas al aflojarse los puntos de la cirugía. “Los síntomas de reflujo se correlacionaron con disrupción de la funduplicatura o funduplicatura holgada”¹³

¹³ VELÁZQUEZ García, José Arturo, et al., Reoperación en cirugía antirreflujo fallida, cirujano general Vol. 29, Numero 3, 2017, p. 186. <http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2007/cg073b.pdf>. Consultado el 10 de mayo de dos mil diecisiete.

Igual situación podemos encontrar al revisar la bibliografía sobre hernias, existe un alto porcentaje de recidiva, es decir, que aún después de haber intervenido quirúrgicamente las mismas, pueden volver a aparecer sin tener mayores datos.

Se dice que una hernia recurre o recidiva cuando aparece una nueva tumoración herniana en el mismo lugar donde se operó ya una hernia. Existen diferentes sinónimos para denominar las recidivas de acuerdo con el país o región: hernias repetidas, recurrentes, recidivantes, iteradas, reproducidas, secundarias o replicadas, que siempre se refieren al mismo problema, la reaparición de una hernia que ya fue operada.¹⁴

Como es de esperarse, la medicina no puede garantizar que no exista una recidiva o reaparición de las enfermedades, puesto que los riesgos de reaparición, en este caso de las hernias, no puede asegurarse. “La verdad es que pese a todos los avances en las técnicas de reaparición aún no se consigue la plastia ideal, o sea, la que dé la certeza de una solución definitiva de 0% de posibilidades de recidiva.”¹⁵

Todo éste panorama es explicativo para demostrar que existen una multiplicidad de conductas y hechos que coinciden en un resultado factico, es decir, una hernia recidivante, por definición tiene el mismo problema que una cirugía de plastia de hernia simulada, puesto que ninguna de ellas tiene el resultado de tratar a la enfermedad exitosamente y por ello, la hernia sigue existiendo, motivo por el cual, por la amplitud del tipo es observable que este tipo de casos son sancionados injustificadamente en el foro penal.

Entonces, se estructura una tendencia hacia la tipificación, que deja una gran ambigüedad y amplitud de interpretación de estas situaciones, en virtud de que el derecho no tiene la capacidad para generar las definiciones para que el juzgador pueda discernir en aplicar o no una sanción; es en ese momento en el que la

¹⁴ MAYAGOITIA González, Juan Carlos, Hernias inguinales recurrentes o recidivantes, correspondiente al capítulo 33 en: Asociación Mexicana de Cirugía General, Consejo Mexicano de Cirugía General, Tratado de cirugía general, 2ª ed., el manual moderno, México, 2008, p. 259.

¹⁵ Ídem.

medicina provee con su basta bibliografía el lenguaje de lo que es o no aceptable, siempre con un margen de subjetividad y en algunos casos con un discurso hegemónico de intereses.

Dicho fenómeno genera difíciles consecuencias en el ámbito médico como el ejercicio de una medicina legalista que no busca tanto ya proteger la salud del paciente, sino que privilegia el cumplimiento del método, de los pasos que marca el ordenamiento, aún y cuando ello no sea lo mejor para el paciente.

Por último, la EBM (Medicina basada en evidencia) ha sido criticada por reducir la autonomía de la relación médico-paciente al limitar el derecho del paciente a elegir lo que es mejor en sus circunstancias individuales. La EBM podría ser utilizada como una herramienta de corte de costos para negar el tratamiento donde las intervenciones no han sido "probadas" eficaces. Por otro lado, la EBM también podría aumentar los costos "probando" la eficacia de algunas intervenciones costosas. Actualmente, el efecto neto de la EBM es desconocido.¹⁶

A lo anterior, debe añadirse también la realización de una cirugía sin el consentimiento del paciente, que ponga en peligro su vida o causa una alteración a la integridad de una función vital.

Esta hipótesis tiene una gran trascendencia puesto que en un primer momento podría pensarse que un médico que sustrae a una persona y la interviene o que mediante la violencia conmina a una persona a ser intervenida para obtener algún tipo de lucro es quién comete dicho delito, no obstante, no son esos casos los que se ventilan en las investigaciones radicadas por este delito.

¹⁶ "Lastly, EBM has been criticized for reducing the autonomy of the doctor-patient relationship by limiting the patient's right to choose what is best in their individual circumstances. EBM could be used as a cost-cutting tool to deny treatment where interventions are not 'proven' effective. On the other hand, EBM could also increase costs by 'proving' the efficacy of some expensive interventions. Currently, the net effect of EBM is unknown." COHEN, Aaron Michael, et al., Criticisms of evidence-based medicine, evidence-based Cardiovascular Medicine, Elsevier, 2004, United States of America. p.1. <https://dmice.ohsu.edu/hersh/ebcm-04-ebm.pdf> consultado el 10 de mayo de dos mil diecisiete a las 16:54 horas.

En efecto, un paciente puede someterse a una cirugía por su propia voluntad, y a pesar de haber sido informada de todos los riesgos inherentes a la intervención que se le practicará, ocurre que no firma el consentimiento informado, o lo suscribe un familiar ajeno por las prisas de los trámites, o incluso, dicho documento tiene errores o no cumple con los requisitos de forma que la ley exige, lo cual, lo torna inválido, situación ante la cual, el médico se enfrenta a un problema legal, a pesar de que su práctica haya sido adecuada, al no estar legalmente documentada, es punible según el ordenamiento penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abundado en dicho tema, dentro de diversas tesis, no obstante, se ha llegado a considerar un derecho fundamental del paciente a ser informado respecto de los riesgos de cualquier intervención quirúrgica, antecedente que constituye un elemento importante para el estudio de dicha fracción, la tesis señala:

CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES. El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de éste el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados.¹⁷

Cabe mencionar que el cuerpo normativo que regula por excelencia el expediente clínico es la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, en la cual se enuncian todos los requisitos necesarios para su validez y cuyo

¹⁷ Tesis 1a. XLIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t. I, agosto de 2012, p. 478.

incumplimiento en gran medida es sancionado mediante la hipótesis penal en comento.

Esto es parte entonces, del proceso de penalización de la conducta médica, dando lugar a una tendencia cada vez mayor por el análisis de la actividad en todos sus ámbitos, cuestión que cobra auge en la parte *in fine* del artículo 325, mismo que señala como conducta típica el no cumplir con las obligaciones que impone la legislación de la materia.

Dicho precepto ha generado una multiplicidad de confusiones, puesto que la interpretación de la frase “obligaciones que impone la legislación de la materia” es sumamente ambigua y subjetiva, al no especificar a que materia se hace referencia, puede incluso evaluarse la totalidad de la práctica médica mediante dicho artículo.

4. La reforma de 18 de diciembre de 2014 al Código Penal para el Distrito Federal.

Las dificultades de interpretación y definición que se generaron con la creación del capítulo de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico han continuado a través del tiempo, pues ahora sufrió una reforma diametral, misma que fue publicada en la Gaceta de Gobierno del Distrito Federal, el día 18 de diciembre de 2014, misma que incrementó la penalidad para todos los delitos que contiene el capítulo, sin modificar la esencia de los tipos.

Por cuestión de método, debe señalarse que el delito de abandono del servicio médico quedó de la siguiente forma:

“Al médico que, habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no

cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrán de tres a siete años de prisión y de cien a trescientos días multa.”¹⁸

Como se puede advertir, ésta reforma únicamente elevó la pena para las dos conductas contenidas en dicho párrafo y con ello puede advertirse que el legislador y la propia codificación penal en la actual Ciudad de México, circulan hacia una política de elevación de las penas para la solución de conflictos que merecen un estudio mucho más profundo.

4.1 Reforma al delito de negativa del servicio médico.

El estudio que se realizó respecto del delito de negativa del servicio médico debe complementarse históricamente con la reforma que dicho artículo sufrió, puesto que el 18 de diciembre de 2014, tuvo modificaciones para quedar como a continuación se cita:

Se impondrán prisión de seis a doce años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Si la víctima u ofendido de este delito es una niña, niño, menor de edad, adolescente o persona inimputable, incapaz, adulto mayor o integrante o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones previstas en este artículo se triplicarán.¹⁹

¹⁸ Reforma al código penal para el Distrito Federal de 18 de diciembre de 2014. Artículo 325.

¹⁹ Código penal para la Ciudad de México, posterior a su reforma del 18 de diciembre de 2014, artículo 324.

Del estudio que precede, visualizamos cambios primeramente en la penalidad, puesto que la pena anterior a la reforma era de uno a cuatro años, mientras que la penalidad posterior, es de seis a doce años de prisión, elevando la categoría del delito a grave en el sistema inquisitorio, puesto que el término medio aritmético es mayor a cinco, por lo cual, si un médico es procesado por dicho delito, tendrá que sustanciar el procedimiento privado de su libertad sin derecho a libertad provisional bajo caución en el sistema de juicio tradicional.

Así mismo, llama la atención que se adicionara un párrafo en la parte *in fine* del artículo, mismo que hace referencia a que si el ofendido es un o una menor de edad o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones se triplicarán.

La intención de protección hacia los menores y grupos históricamente desprotegidos tiene una razón de ser, sin embargo, se estima que resulta un área de oportunidad para mejorar la regulación para el aumento y mejora de su protección que no necesariamente se colma con el aumento de la pena de prisión en una mayor cantidad de años.

Aunado a ello, como se ha descrito con anterioridad, la creación de dichos delitos ha dejado históricamente algunas áreas conceptuales poco definidas y afinadas, que hacen que en la práctica este tipo de delitos enfrenten grandes dificultades tanto de interpretación como de comprobación.

No sólo se trata de la justificación de la existencia y objeto de los delitos, que ha quedado pendiente en algunas exposiciones de motivos, sino que también los conceptos que se utilizan continúan sumergidos en un área inexplorada para la ciencia jurídica, tarea que ha quedado relegada al discurso médico político.

Aunado a ello, el hecho de que sea el discurso médico político el que promueva la significación y posicionamiento de tales conceptos prácticos no permite encausar la debida protección a los sectores y bienes jurídicos que se desea tutelar.

Por ende, se puede observar que primigeniamente la reforma se dedicó a aumentar la pena en el delito base y se introdujo un criterio para que incluso pueda llegar a triplicarse la misma.

4.2. Reforma al delito de práctica indebida del servicio médico.

La reforma también trajo consigo cambios en la penalidad del delito de practica indebida del servicio médico, contenido en el artículo 326 del código penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, para quedar como sigue:

Se impondrá de seis a doce años de prisión y de cuatrocientos a ochocientos días multa al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria o la realice con el fin de obtener un lucro o de ocultar el resultado de una intervención anterior;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.

Si la víctima u ofendido de este delito es una niña, niño, menor de edad, adolescente o persona inimputable, incapaz, adulto mayor o integrante o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones previstas en este artículo se triplicarán.²⁰

Se advierte que la modificación del delito previsto aumentó su penalidad para quedar de seis a doce años, convirtiéndose también en delito grave por lo que hace al sistema tradicional inquisitorio, y con mayores probabilidades de que el médico tenga que enfrentar el proceso privado de su libertad mientras dure el mismo.

De igual forma, se prevé que para el caso de menores o grupos desprotegidos como sujetos pasivos, la sanción se triplicará.

²⁰ Artículo 326 del código penal para el Distrito Federal, posterior a la reforma de 18 de diciembre de 2014.

No obstante, la reforma no abordó alguno de los puntos pendientes de conceptualización ni la mejora de los límites de los términos de los que hace uso dicha descripción típica, dejando nuevamente la definición de los conceptos del tipo a la doctrina médica, así como a los diversos instrumentos que se han creado para evaluar y positivizar la ciencia médica.

Se reitera que esta situación trae consigo la necesidad de reflexión sobre si el derecho está ejerciendo la labor que le corresponde al momento de establecer las características del tipo penal, o la materialización de la descripción se deja a manos de diversas instancias generadoras de lenguaje médico.

Respecto de dicho ilícito, consideramos que históricamente se ha dejado un área de oportunidad muy amplia para el mejoramiento del tipo penal. Como lo señala el catedrático Eugenio Raúl Zaffaroni, no debemos caer en la aparente contradicción de tipicidad de las acciones de los médicos, puesto que muchas de ellas generan propiamente un daño en la salud, sin embargo, son requeridas incluso por el Estado para lograr el fin de la protección a la salud, como el médico que amputa una parte del cuerpo para salvar la vida del paciente.

Somos partidarios de esta posición, en tanto creemos que el médico, mediante una intervención quirúrgica, si bien persigue la producción de un resultado que aisladamente podría considerarse lesivo, también tiene una ultra finalidad no lesiva que tiende a mejorar o estabilizar la salud del sujeto pasivo. Así, por ejemplo, puede decirse que el médico que amputa una mano quiere obtener el resultado de amputar una mano, al igual que lo quiere obtener el que lesiona sin ser médico.²¹

Entonces naturalmente debemos cuestionarnos, ¿qué es lo que diferencia estas acciones?, porque el considerar que el acto médico es atípico, aunque produce el mismo resultado que una lesión de quien no es médico, debe de tener alguna justificación.

²¹ BUERES, Alberto J y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales, Hammurabi, Argentina, 2009, p. 163.

En ese sentido, históricamente se han conformado las reglas de la profesión médica, el cual resulta ser un concepto de múltiples voces, aún no delimitado en su totalidad, a veces considerado *lex artis*, otras veces llamado derecho sanitario, u otras simplemente dogmática médica.

Lo que nos ocupa en ese sentido, es el hecho de que el derecho aislado no puede calificar la conducta médica como típica o atípica, sino que debe recurrir a reglas específicas de la medicina (en el mejor de los casos), para poder efectuar dicha labor.

“En virtud de lo enunciado, podemos decir que la lesión quirúrgica con fin terapéutico invariablemente es atípica desde el punto de vista doloso por ser una actividad fomentada por el Estado. El límite que reconoce se vincula directamente con el cumplimiento de la actuación que responda a las reglas del arte médico, lo que puede generar en algunos casos una tipicidad culposa”.²²

Lo anterior es esclarecedor, puesto que aplica para los conceptos que fueron desarrollados históricamente y puestos en práctica desde 2002, en virtud de que las reglas para considerar una cirugía innecesaria o no, simulada o no, debidamente autorizada o no, necesariamente deben de ser extraídos de ciencias ajenas al derecho, de las llamadas reglas de la medicina.

“Con referencia a la pregunta sobre las reglas del arte médico, es algo problemática su determinación, pues la medicina no es una ciencia de saber exacto, y existen en la actualidad y siempre han existido debates sobre lo que es conforme o contrario a las reglas del arte médico, dentro del propio saber médico.”²³

²² *Ibíd*em, p. 164.

²³ *Ibíd*em, p. 167.

Este panorama nos lleva a la reflexión sobre si el derecho debe de tener una injerencia sobre la obtención de estas reglas médicas, si bien han existido intentos de positivización de la medicina mediante las llamadas Normas Oficiales Mexicanas, así como las Guías de Práctica Clínica, mismas que serán estudiadas en el tercer capítulo de esta obra, cabe precisar que la doctrina ha tenido una reticencia a adentrarse en la discusión, dejando a la medicina la determinación de las reglas.

Desde antiguo, nosotros consideramos que, en tanto un procedimiento o un tratamiento tenga vigencia, es decir, sea opinable o discutible dentro del saber médico no es función de la magistratura, especialmente de la magistratura penal, tomar parte en disputas entre escuelas médicas. Sólo cuando directamente el tratamiento no es admisible, es el caso en que se violan las reglas del arte médico. Mientras esto sea discutido entre médicos, la discusión no es nuestra.²⁴

Si bien la anterior premisa podría llegar a resolver el dilema histórico que se ha conformado en nuestra legislación, en el fondo no es así, puesto que la no admisibilidad del tratamiento vuelve a quedar en manos de la definición negativa y ajena al derecho.

En nuestra opinión, hasta en tanto se realicen esfuerzos por la creación de una rama médico legal, que pueda proporcionar estudios de caso en ese sentido, sería mucho más prudente tomar en consideración la orientación de la valoración de tales elementos hacia una escala valorativa, de tal forma que la decisión de tipicidad o atipicidad no sea radicada en un debate médico en el cual el derecho sea completamente ajeno y se encuentre a merced del interés preponderante en el citado debate, sea económico o no.

²⁴ *Ibíd*em, p. 168.

Además, esta técnica podría orientarnos hacia una defensa de la salud del paciente y no la protección de una práctica de medicalización, que no conlleva a la protección del bien jurídico que se desea proteger.

5. Surgimiento de la medicalización como factor de decisión y normalización de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

Durante el siglo XX, se gesta un fenómeno que revoluciona el pensamiento desde distintas perspectivas, empezando desde la invención del papel que desempeña la salud en la sociedad.

La idea del individuo saludable que sirve al estado se transforma en la idea de que el estado debe servir al individuo que goza de buena salud, convirtiéndose por tanto en una prerrogativa que permea en distintos parámetros de la humanidad.

Debe recordarse que la medicina se adopta por distintas ciencias como productora de un lenguaje que influye en la concepción del hombre, por tanto, tiene inmerso en su estructura un metalenguaje, puesto que indaga en las fronteras de lo que debe considerarse como bueno o malo para el ser, o que es normal y lo que no, mediante la observación de la enfermedad.

"De ahí el lugar fundamental de la medicina en la arquitectura de conjunto de las ciencias humanas: más que otra, está ella cerca de la estructura antropológica que sostiene a todas. De ahí también su prestigio en las formas concretas de la existencia: la salud sustituye a la salvación, decía Guardia."²⁵

En realidad, la medicina y el derecho tienen una relación lingüística normalizadora muy interesante, puesto que mientras el derecho utiliza distintos dispositivos como sería la moral, los principios, los consensos acerca de lo que es deseable

²⁵ FOUCAULT, Michel, El nacimiento de la clínica, una arqueología de la mirada médica, siglo veintiuno editores, Argentina, 2004, p. 277.

socialmente, la medicina también establece dispositivos que normalizan lo que debe entenderse por saludable y lo que no es compatible con dicho criterio.

Planteada la idea de un discurso médico normalizador, debe añadirse un elemento que no puede escapar a la reflexión, como lo es la política, siendo éste un ingrediente que puede contenerse en cualquier discurso que normaliza la realidad del ser humano.

Cuando el estado asume la obligación de garantizar la salud, debemos tomar en consideración que también asume la posibilidad de imbuir el concepto de lo que se entiende por “salud”, así como del significado de los mecanismos para hacerla efectiva, por lo que no puede aislarse el estudio del discurso normalizador médico de la propia política, puesto que en la realidad muchas veces aparenta ser una mezcla homogénea, que sólo la filosofía y la reflexión de las causas últimas puede analizar partiendo de sus elementos constitutivos.

Puede entonces que este discurso biopolítico pueda retomar esferas que no tenían un significado médico, apropiándose de este espacio y normalizando una determinada conducta, condición o situación como algo “saludable” y por tanto deseable, aceptable y digno de garantizar por el propio Estado.

"De hecho, la incorporación de la medicina al dispositivo biopolítico ha sido la causa de un desarrollo acelerado de la misma, en tal medida que durante el siglo XX asistimos a un proceso amplio e ilimitado de medicalización y a una profundización del régimen de *somatocracia* que se viene preparando en la sociedad moderna desde el siglo XVIII."²⁶

La medicina por tanto permea en muchos ámbitos, la legalidad entre ellos, puesto que la medicina legal, del trabajo y escolar, son imbuidas de un discurso biopolítico,

²⁶ CASTRO Orellana, Rodrigo, Capitalismo y medicina, los usos políticos de la salud, Ciencia Política, No. 7, enero-junio 2009, p. 18.

que encuentra asidero y protección en la legislación penal, debido a la descripción típica y abierta que se genera con motivo de subjetividad y de las áreas sin delimitación adecuada en los delitos estudiados en líneas precedentes.

Por ello, se afirma que el aumento de las penas de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico no está siendo debidamente encausada a la protección de la salud de las personas o en todo caso de un adecuado servicio médico, en virtud de que el derecho no ha creado las líneas de investigación, ni académicas ni prácticas para poder dar cuenta de una realidad cada vez más transdisciplinaria.

Aunado a lo anterior, el discurso biopolítico de dominación ha encontrado asidero en estas descripciones y tipos abiertos para poder instalar una hegemonía de prácticas médicas que se consideran “deseables” por normalización y no por justificación real.

A todo ello, se abre un área de oportunidad en la cual, debemos encausar esfuerzos para lograr una mejor regulación y defensa de la salud y el debido desarrollo de la ciencia y el tratamiento médico, no así del discurso de normalización política hegemónica médica.

En México se distinguen dos posturas jurídicas reconocidas desde el punto de vista académico. Por un lado, existe una corriente que pretende impedir la división excesiva en el campo del ejercicio del derecho, como ha sucedido con la medicina, al subdividirse en múltiples especialidades y subespecialidades. Por esta razón no acepta la conceptualización de un área nueva, como es la unión del derecho y medicina, que se le llamaría sanitaria, de la seguridad social, de la salud o médica, y la considera como una rama del derecho administrativo, con lo que niega su individualidad.²⁷

²⁷COTE Estrada, Lilia, *et. al.*, Problemas médico-legales, correspondiente al capítulo 188 en: Asociación Mexicana de Cirugía General, Consejo Mexicano de Cirugía General, Tratado de cirugía general, 2ª ed., el manual moderno, México, 2008, p. 1516.

En el fondo, el factor económico también es permeado por dichos conceptos, entre ellos se observa que se tiene derecho a una interrupción legítima del trabajo, debido a la enfermedad, así como de los gastos para generar la salud del individuo, la ponderación del riesgo que afecta al trabajador y los propios costos de la interrupción legítima y legal de trabajo.

Estos factores son tomados en consideración como variables económicas, que inciden en la producción económica de las empresas, por lo tanto, son materia de preocupación de los actores macroeconómicos.

Ahora bien, con el advenimiento de la gobernanza global que ejercen empresas transnacionales, entre ellas laboratorios y farmacéuticas importantes, el discurso de normalización y hegemonía deja de ser un monopolio del Estado para convertirse en un lenguaje controlado por el poder económico, en lo que Zygmunt Bauman ha denominado el “espacio de flujos”.

La salud, por ende, ingresa en el horizonte mercantil de la mano de la dinámica de individualización neoliberal. Es decir, porque resulta preciso administrar las incertidumbres que lo atraviesan a uno mismo, la nueva lógica del mercado de la salud encuentra consumidores y demandas por todas partes. Podría afirmarse, entonces, que el orden neoliberal descansa y se apoya en procesos de subjetividad ligados a la autogestión de vida. Existiría un mercado biopolítico, una verdadera monetarización de la existencia que explica la racionalidad última del poder farmacéutico y la importancia de la medicina para el capitalismo globalizado.²⁸

Entonces, llegamos a un punto especialmente peligroso, en donde el poder de normalización del discurso biopolítico se ve protegido -incluso involuntariamente- por la descripción penal de tipos abiertos que requieren del lenguaje que el derecho

²⁸ CASTRO Orellana, Rodrigo, Capitalismo y medicina. Los usos políticos de la salud, España, 2009, p. 23.

no detenta, sino que solicita de la medicina, dejando ésta importante tarea al poder económico hegemónico en algunos casos.

En efecto, desde su génesis hasta la actualidad, la biopolítica se ha servido de los discursos y de las tecnologías médicas, de la intervención de la infancia y de la familia, del aparato hospitalario y de los sistemas de consumo, para conquistar nuevas formas de apropiación política de la vida. En la utilización de todos esos recursos, ha perseguido la incorporación de los individuos y de los cuerpos al aparato de producción y consumo capitalistas. Es decir, la biopolítica se ha rearticulado y reforzado, una vez y otra vez en la historia, haciendo de la vida el lugar de una batalla.²⁹

Naturalmente, el problema de que el poder hegemónico sea el que establezca la dirección de la normalización del lenguaje médico, y por tanto del contenido de los tipos penales abiertos de negación, abandono y práctica indebida del servicio médico, es que la brújula de dicho poder es la utilidad y la ganancia, en consecuencia, lo “debido” medicamente, muchas veces va a ser controlado por “lo más redituable” para las empresas que ejercen la gobernanza global médica.

Comprenderán entonces por qué y cómo, en esas condiciones, un saber técnico como la medicina, o, mejor, el conjunto constituido por medicina e higiene, será en el siglo XIX un elemento, no el más importante, pero sí de una trascendencia considerable por el nexo que establece entre las influencias científicas sobre los procesos biológicos y orgánicos (vale decir, sobre la población y el cuerpo) y, al mismo tiempo, en la medida en que la medicina va a ser una técnica política de intervención, con efectos de poder propios.

Por último, cabe exponer en este estudio histórico y de formación de conceptos en el tiempo, el control social que puede ejercer este tipo de mecanismo conjugado de gobernanza global médica, derecho penal de descripciones abiertas a conceptos ajenos al derecho y el poder económico al mando de las decisiones de normalización.

²⁹Ibidem, p. 24.

Cuando los fenómenos sociales son sujetos a una medicalización, entra entonces el juego de poder con un discurso de dominación inmerso en el mismo, de tal forma que una determinada conducta social, debido a los efectos que puede producir en la salud, se postula como debida o indebida, se socializa o de-socializa la enfermedad.

Por “de-socialización de la enfermedad” entiende Filc el proceso por el cual la ciencia médica, en lugar de reconocer las causas sociales de ciertas enfermedades, las sustituye por causas de tipo individual: por ejemplo, en lugar de reconocer que el estrés laboral a menudo es una reacción normal y sana a unas condiciones laborales hostiles, la ciencia médica se centra hoy en día en el individuo y se propone intervenir sobre él con propuestas farmacológicas o incluso quirúrgicas.³⁰

En el ejemplo anterior, un problema serio laboral como es el exceso de estrés, mediante el cual gran cantidad de empresas obtienen un lucro a expensas de la salud de los trabajadores, mediante la de-socialización de la enfermedad, se sugieren múltiples terapias psicológicas, farmacéuticas y médicas que se consideran como “adecuadas”, lo que elabora un discurso que es capaz de normalizar como algo “debido”: éste tipo de terapias, y se deja de reflexionar o cuestionar la causa real de creación de este tipo de estrés, que reside en la utilidad que puede recibir una empresa mediante la utilización de mayor carga de trabajo y tiempo laborable en sus trabajadores.

Esta situación tiene amplísima relación con el tema de la negativa, el abandono y la práctica indebida del servicio médico, puesto que, debido a la descripción típica abierta de tales tipos penales, el resultado obtenido en el ámbito social apoya este discurso de normalización y permite que se exija el ejercicio de la medicina de la forma en la cual se diseña por el poder económico, no permitiendo la reflexión jurídica acerca de lo que se plantea en la medicina.

³⁰ ORCADES I Vila, Teresa, La medicalización de los problemas sociales, Revista cubana de Salud Pública, volumen 38, número 5, 2012, Sociedad Cubana de Administración de Salud, p. 809. Consultable en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2142505301> consulta efectuada el día cinco de mayo de dos mil diecisiete a las 11:50 horas.

Por tanto, el aumento de la pena de dichos delitos no se encauza a proteger la salud ni un tratamiento médico que busque protegerla, sino que se usa para la protección del discurso impuesto por el poder neoliberal.

El estudio de dichos tipos penales contribuye a entender cómo se forma un discurso hegemónico respecto a la salud, así como el resultado que se obtiene al incluir fenómenos sociales dentro de la medicina, estudiando su relación con la salud, práctica que será protegida por el derecho en tanto que el tipo penal es muy receptivo a dicho lenguaje y sus definiciones.

Urge un estudio a fondo de la extensión del fenómeno de la medicalización de los problemas sociales en los diferentes contextos nacionales y culturales, y urge una toma de posición crítica al respecto que desenmascare la manipulación ideológica disfrazada de ciencia, y retorne al profesional sanitario y particularmente al especialista en salud pública al lugar que le corresponde: al lado del paciente, con particular atención por lo más vulnerables.³¹

La concepción clásica del estado trae aparejado el concepto de soberanía como la capacidad para dictar sus propias decisiones y ajustar los parámetros de regulación internos y externos. El hecho de que los tipos penales de negativa, abandono y practica indebida del servicio médico hayan sido diseñados para que sean interpretados a la luz del discurso médico, elimina la capacidad autónoma y de respuesta del propio estado, en virtud de que el contenido del “deber” médico, será determinado por los centros trasnacionales de poder que deciden como debe de ser el tratamiento médico adecuado.

La historia de la medicalización incluye, por tanto, la toma de consciencia de un espacio de discusión que ha sido poco retomado e invisibilizado, puesto que a todos atañe el derecho a la salud, por tanto, la toma de decisiones acerca de lo que debe

³¹ Ídem.

de ser materia de estudio de la medicina no puede quedar solo al arbitrio de lo que se estima productivo y generador de riqueza, sino que debe de obedecer a un constructo social y cultural de cada sociedad para su mejoramiento.

Esta consciencia debe apelar a la razón crítica para ser capaz de discernir entre los distintos enfoques de orientación de concepciones, definiciones y prácticas de salud, a efecto de obtener un curso coherente para un bienestar de la humanidad.

La orientación que se proporcione a las prácticas médicas e incluso a la medicina no puede ser una de medicalización social y económica hegemónica, puesto que ese enfoque no tiene un principio de prudencia ni tampoco cualidades específicas fuera del consumo y la plusvalía desmedidos.

Por tanto, si reconocemos al derecho a la salud como la capacidad necesaria para la realización de otros derechos, entendemos la importancia que implica el sometimiento de su definición a valores puramente económicos.

“El hombre es una invención cuya fecha reciente muestra con toda facilidad la arqueología de nuestro pensamiento”

(Michel Foucault)

CAPITULO 2. MARCO CONCEPTUAL DE LA PENOLOGÍA DE LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DE SERVICIO MÉDICO.

En este capítulo se abordan las baterías conceptuales que nos proporcionan las teorías de la justificación de la sanción penal, elementos necesarios para conceptualizar una sanción dentro de una sociedad que exige un servicio médico no sólo adecuado sino cada vez más completo, más complejo, es este punto el que precisamente constituye parte importante de la explicación conceptual, ya que al realizar un acople entre conceptos jurídicos y médicos debemos tener cuidado de la naturaleza resultante.

1. Teoría de la reinserción social.

El estudio de las teorías que fundamentan la pena impuesta a las conductas que son socialmente reprobables, tiene una amplia relación con la comunidad en la que se contextualiza, puesto que los elementos culturales, sociales, políticos y económicos que conforman dicha sociedad tendrán una incidencia en la formación de tales conceptos.

El Estado traza e impone coercitivamente un orden preciso a partir de esa fuente específica de conocimiento que se recoge de la cultura social de la que abreva y a la que vuelca su esfuerzo organizador. La política criminal resulta, pues, de ese esfuerzo sintetizador de orden estrictamente cognoscitivo de la realidad imperante, y se convierte en la tesis pública, invariable y firme, que se aplica cotidianamente, en el esfuerzo estatal de prevenir y reprimir las manifestaciones antisociales, propias o autóctonas de conglomerado social a que correspondan.³²

A esta configuración deberá sumarse el hecho de que el tipo de conducta a regular tiene particularidades específicas que modifican la descripción que puede

³² GONZÁLEZ de la Vega, René, Ob. Cit., p. 3.

planearse al momento de considerar cuales son los elementos que deben integrarla, uno de ellos es la persona destinataria de dicha norma.

Respecto de los delitos de negativa, abandono y práctica indebida del servicio médico, puede apreciarse que se tiene como destinatario a los prestadores de servicios de salud, puesto que como se estudió con anterioridad, dichos ilícitos solo pueden ser cometidos por un profesionista médico.

En efecto, los profesionales de la salud tienen que responder por dichas conductas o clases de hechos, por tanto, al ser la medicina una profesión, puede afirmarse que el destinatario de dichos tipos son profesionistas y que la clase de actos que se estudian, son actos que corresponden a un ejercicio profesional, puesto que de lo contrario podrán ser estudiados en otros tipos penales. Pero la importancia de tal circunstancia permea hasta el grado de que los ilícitos de lesiones y homicidio en materia médica se reputan culposos y se estudian siempre con relación a la responsabilidad profesional.

Hay otro ingrediente, más allá de la acumulación de conocimientos y destrezas y cumplimiento puntual de la propia ética profesional, que se ha de considerar: el ejercicio humanitario y de interés social que se ha de incorporar al desempeño o ejercicio correspondiente. Los tres puntos reunidos integran las exigencias que las leyes imponen; la carencia de conocimientos y destrezas; la falta de ética y la deshumanización profesionales dañan severamente al individuo y a la sociedad y, ante ello, se erige, en el derecho penal, un bien jurídico valioso que ha de protegerse: el responsable ejercicio profesional.³³

Resulta innegable por esta razón, que el objeto de la pena también se encuentra en relación con el destinatario en el tema que nos ocupa, puesto que se busca proteger determinados actos que implican un tratamiento médico, cuya importancia

³³ Ibidem, p. 609.

trastoca el derecho a la salud de las personas que son sujetas a un tratamiento por parte del profesionista.

Entonces bajo esta tesis, toda pena debe de estar jurídica y fácticamente justificada, tanto en su forma como en su fuerza, a efecto de que no se convierta en un acto propiamente generador de una mayor violación a derechos fundamentales del procesado.

La teoría de la *reinserción social* toma como referencia la pena como un tratamiento, no como una forma de castigo o retribución del mal que se ejecutó, y por tal razón, la sociedad tiene una amplia relación con la sanción que se impone, puesto que se llega a pensar que tiene una interacción en la creación del crimen y por tanto, es necesaria su participación en el tratamiento del individuo.

“El delito es un fenómeno natural y social producido por el propio hombre; la conducta de éste, a su vez, se deriva del determinismo, y por consecuencia, no debe ser castigado; más bien, aplicarle tratamiento, pues la sociedad es la responsable de su conducta delictuosa.”³⁴

Al igual que en la teoría retributiva, existen enfoques monistas y dualistas, el primero busca la aplicación de una sola vía, ya sea la sanción o la medida de seguridad para conseguir la consecución de la meta, mientras que en el enfoque dualista se busca la aplicación de ambas para lograr el objeto de la pena.

El sistema monista “trata de dar una respuesta unitaria a la cuestión de las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad, pues propugna la aplicación de una de ellas únicamente (monismo), pero en ningún caso las dos ya que no hay diferencias marcadas entre unas y otras sino más bien similitudes, ya que ambas

³⁴ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*, Porrúa, 3ª ed., México, 2000, p. 5.

presuponen un delito; poseen un carácter jurisdiccional, tienen particularidad de ser aflictivas, porque en ambas se priva de la libertad al responsable, y tienen el mismo fin, que es la defensa de la sociedad.”³⁵

No obstante, debe de tomarse en cuenta que mientras la medida de seguridad busca la prevención y la pena busca el tratamiento de la persona que ha delinquido, ambas tienen como punto de unión la protección de un bien jurídico que se considera valioso.

La eficacia persuasiva de tal interpretación pudiera desviarse si tomamos en cuenta que en México, el sistema penitenciario, tanto federal como estatal, está compuesto por reclusorios o centros de custodia preventiva, como por penitenciarías o instituciones de ejecución de penas, las que en su conjunto forman el así llamado Cereso (centro de reinserción social), lo cual contribuye más a su confusión, porque en provincia están contruidos arquitectónicamente, la mayor parte de ellos, sobre un mismo complejo penitenciario, lo cual hace creer al público no especializado que todos los ahí reclusos son candidatos constitucionales a ser reinseridos.³⁶

Por añadidura debemos considerar que la reinserción social tiene como base el concepto de resocialización del condenado, es decir de aquella persona que ya no reúne las características de un procesado, sino que se ha dictado una declaratoria de responsabilidad penal compuesta por la comprobación del cuerpo del delito así como de su responsabilidad en el mismo, siendo un requisito que la misma sea irrevocable, puesto que de esta forma se puede distinguir el internamiento de una persona como medida cautelar a aquellas que compurgan una pena.

Igualmente, la teoría busca que el personal encargado de llevar a cabo la reinserción social del sentenciado tome en consideración aspectos individuales

³⁵ Ibidem, p. 8

³⁶ OJEDA VELÁZQUEZ JORGE, Reinserción social y función de la pena, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2012, p. 72. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>, consultado el día 9 de mayo de dos mil diecisiete, a las 14:23 horas.

psico-físicos que los llevaron a delinquir, lo cual corresponde a la razón por la cual infringieron la norma en primer momento.

En atención a tal característica, el personal que tiene a cargo la labor de reinserción social debería de tener un conocimiento exhaustivo de la personalidad y características de los sentenciados, sin embargo, éste ha sido uno de los principales puntos débiles del sistema, puesto que la sobrepoblación en las cárceles impide tanto el conocimiento y tratamiento individual de los sentenciados así como el dotarles una vida decorosa para lograr la rehabilitación.

Siendo, en efecto, el comportamiento criminoso, la consecuencia de un desajuste social del individuo; una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad, a la cual el delincuente pertenece, y que no logra aceptar o asimilar; la reinserción va dirigida a obtener la responsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea al reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado.³⁷

Por tal razón, no debe de perderse de vista la búsqueda de dicha teoría por un cambio individual en el sentenciado que lo haga capaz de reasumir una vida productiva dentro de su sociedad y su comunidad.

La responsabilidad de la persona se impone como una característica deseable en el sentenciado, puesto que a través del conocimiento de sus deberes y la negación al estímulo criminógeno se busca la eliminación de los actos que se encuadren dentro de una conducta delictiva.

Las reformas del 18 de junio del 2008 al artículo 18 constitucional mueven ahora la atención de los criminólogos enamorados con la “readaptación social” al de “reinserción social”, conceptos que no dejan de estar vinculados al primero, porque la readaptación a los valores de la sociedad que el hombre delincuente rechaza era el objetivo que se deseaba lograr a fin de que fuera

³⁷ Ibidem, p. 70.

reinsertado al núcleo social que lo vio delinquir. Pero me parece que con la reforma se respeta esa libertad: de escoger entre el bien y el mal, y se espera que al obtener su libertad el reo haya introyectado el efecto intimidatorio de la pena sufrida en prisión, y sepa escoger en volver a ella o seguir gozando de la misma.³⁸

En efecto, una tendencia es buscar que el individuo tenga una introyección de intimidación como mecanismo que pueda incidir en la elección entre el bien y el mal, así como entre la imposición de otra sanción privativa de la libertad o gozar de ella adoptando el orden jurídico.

Por tanto, podemos llegar a un contraste de dicha teoría, que nos aporta conceptos importantes y una propuesta que sin duda fue acogida por nuestra propia Constitución apostando por una óptica individual del sentenciado en tratamiento, entre ellos podemos encontrar la responsabilidad de la persona en el tratamiento, con lo cual, debemos reflexionar si dicha tendencia tiene una configuración singular a la medicalización ya estudiada.

Algunos autores hacen contrastes y reflexiones acerca de los técnicos y personal de las prisiones en la teoría de la reinserción, asemejándolos a los médicos, puesto que el interno sentenciado se encuentra alejado de un “deber”, debido a que sus aspectos psico-físicos se encuentran alterados, y esto se asemeja a una “enfermedad” que es necesario tratar y, por tanto, se somete a tratamiento para “curar” los estados que dan origen a la génesis de la conducta delictiva.

Sin duda la teoría nos aporta un gran número de conceptos y un buen marco técnico para la comprensión del fenómeno criminogénico, así como una forma para estudiarlo y tratarlo, siendo procedente, revisar la relación con los tipos penales que constituyen la presente investigación.

³⁸ Ibidem, p. 69,.

1.1 La utilidad de la pena dentro de la *Teoría de la reinserción social*.

Dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico, podemos encontrar que en el artículo 18 Constitucional se encuentra imbuida hasta nuestros días la teoría de la reinserción social, puesto que señala:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.³⁹

Como puede apreciarse, el artículo citado sentó las bases para la organización de la reinserción social del sentenciado, mediante el respeto a los derechos humanos, la capacitación, el deporte, el trabajo y la salud como medios para lograr dicho fin.

No es poco común encontrar situaciones en las que las leyes y las políticas asumen que existen programas de reintegración en las prisiones y en la comunidad aún si, en la realidad, dichos programas apenas existen, son muy rudimentarios o son accesibles sólo para un porcentaje muy pequeño de delincuentes. Es bastante claro que, en ausencia de estrategias claras y efectivas para desarrollar, poner en práctica y apoyar tales programas, éstos continuarán siendo totalmente inadecuados para ayudar a los delincuentes y para proteger a la comunidad.⁴⁰

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18.

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guía de Introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de Delincuentes, Oficina de las Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 17, consultado en la página web: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf, el quince de mayo de dos mil diecisiete a las 20:00 horas.

No obstante, debemos contrastar cuál sería el papel de la pena en dicha teoría de la reinserción social, es necesario cuestionarnos, ¿Qué elementos debe de contener un sistema Constitucional como el nuestro para que la pena sea considerada aplicable a dicho fin?

En un primer momento, sería deseable que dicha concepción de reinserción se tomará como un derecho subjetivo, que impone una carga de hacer respecto del Estado.

Para aducir válidamente que el ideal resocializador representa un derecho subjetivo del condenado, debería poder entenderse como un derecho reconocido por el Estado y verificable en términos de lo que disponen determinadas normas positivas que imponen a los órganos estatales ciertas prestaciones a favor del recluso. El derecho subjetivo aparece, así, como correlato de una obligación activa del Estado que tiene como destinatario a una cierta persona, a saber: el recluso.⁴¹

De la lectura del artículo 18 Constitucional, se observa que la reinserción social no constituye un derecho subjetivo del condenado, sino que se utiliza como una base de orientación del sistema penitenciario.

Lo anterior implica que no existe una garantía que pueda hacer exigible un derecho subjetivo, al no existir éste, por lo tanto, no hay una exigibilidad visible y directa de tal objetivo.

Puede entonces plantearse la reflexión, ¿Cuál es la naturaleza de la sanción privativa de la libertad dentro de la reinserción social?, puesto que ha quedado claro que la reinserción es tomada como una base orientativa del sistema penitenciario, no como un derecho, y existen medios previstos en el artículo 18 Constitucional.

⁴¹ AROCENA, Gustavo A., Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad, Hammurabi, Argentina, 2014, p. 64.

Para contestar dicha interrogante, podemos señalar que se busca mediante dicho encierro, una regresión a la moralidad del individuo, mediante la interiorización de una ideología.

“En los paradigmas de resocialización para la moralidad o paradigmas resocializadores máximos, el objetivo del encierro carcelario es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse, pues la “regeneración moral” es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos.”⁴²

Sin embargo, en la efectividad de la pena dentro de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, debe tomarse en consideración que no sólo podemos tomar en consideración que el elemento de moralidad se encuentra en tratamiento sino que también se encuentra en tratamiento un elemento de conocimiento, técnica y debido proceder, es decir, la obligación del discurso médico que el profesional omitió o incumplió, puesto que el propio título nos refiere al ejercicio profesional como bien jurídico protegido.

Por tal motivo, proponemos en concordancia con diversos teóricos, que debe abandonarse la idea de la teoría de la *reinserción social* que incida sobre la personalidad de quien delinque en éste tipo de delitos, sino más bien deben enfocarse los esfuerzos para estudiar los hechos y las causas estructurales del delito y crear una conjunción que ha sido tan solicitada entre derecho y medicina para la regulación de la *lex artis*, adoptando esta como un submedio en donde el alejamiento de la técnica más idónea, sea el campo a reincidir a la persona.

“Y es por esto mismo que la doctrina jurídica sentencia que “... se debe abandonar el criterio por el cual se busca incidir en la personalidad de quien delinque y centrarse en un enfoque de intervención frente a los hechos y las causas estructurales del delito o -según los términos que hemos propuesto en la presente

⁴² *Ibíd*em, p. 71.

tesis- los hechos y las causas estructurales de la *prisionización* de una persona por la comisión de un delito.”⁴³

Ante todo, debe de considerarse que la teoría de la reinserción social considera al individuo como factor de importancia, puesto que el tratamiento debe enfocarse a su individualidad, sus circunstancias, el entorno, lo cual se lleva a cabo mediante los estudios que se le realizan y se enfoca en las características de cada uno de los condenados.

“El sentenciado tiene derecho a un tratamiento de carácter individualizado que considere sus circunstancias personales, con apoyo en las ciencias y disciplinas pertinentes para su reinserción social, determinado por el estudio de su personalidad, que se actualiza periódicamente, lo cual implica la aceptación de que el delito no responde a un factor único.”⁴⁴

Sin embargo, dichos estudios deben de centrarse en el tipo de delito que se cometió, es decir, en los elementos estructurales objetivos y subjetivos de la persona, para que de esa forma se pueda alcanzar un bien social.

Lo anterior implica un área de oportunidad, no sólo para los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico sino para todo el sistema penitenciario, puesto que, si la teoría se encuentra imbuida dentro de la Constitución Política, entonces deben atenderse a los cambios necesarios para que pueda darse un tratamiento que atienda a la necesidad de cambio en el condenado.

El área de oportunidad que referimos es la capacidad del personal para poder responder a una necesidad social de cambio en las personas que ingresan en los

⁴³ GONZALEZ PLACENCIA, Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: Fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social, México, 2011, p.374, en AROCENA, Gustavo A., Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad, Hammurabi, Argentina, 2014, p. 75.

⁴⁴ MÉNDEZ Paz, Lenin, Derecho penitenciario, Oxford University Press, México, 2008, p. 120.

Centros de Readaptación Social, aunado a las condiciones de los centros penitenciarios.

El personal penitenciario debe estar preparado para el cambio positivo y entender la finalidad de la reinserción, para que no actúe simplemente basado en críticas o anticipe el fracaso con mentalidad pesimista al defender el mundo de las autoridades y no darse cuenta de que éste es antagónico a la realidad en que han vivido los presos. Es necesario trabajar en la preparación de un personal consciente con los fines de sus tareas y de su labor en el penal, preparado y estimulado adecuadamente, con apoyo de las autoridades penitenciarias.⁴⁵

Si no existe una estructura de cambio dentro de la forma en que se busca el tratamiento a los condenados, no se puede llegar a una implementación efectiva de la teoría dentro de la estructura del sistema penitenciario.

Ha sido un tema recurrente dentro de la discusión la necesidad de cambio en el enfoque punitivo, solicitando la modernización del personal penitenciario que pueda atender y conocer cuál es el elemento objetivo y subjetivo que debe tratarse en cada individuo, atendiendo al tipo de delito cometido, pues sólo de dicha forma se puede llegar a hacer un aprendizaje significativo dentro de un Centro de Readaptación Social, pero también es necesario un cambio profundo en la capacidad de servicios y actividades de *reinserción* dentro de la prisión, mismas que hoy en día, pueden incluso hacer que la opción más factible sea el no usar la prisión para dichos fines.

1.2 Consecuencias de la *Teoría de la reinserción social* en las penas.

Como se mencionó con anterioridad, la teoría de la reinserción social fue imbuida en el artículo 18 Constitucional, el cual establece como medios para lograr dicho fin la capacitación, el deporte, el trabajo y la salud, sin embargo, se aprecia un fuerte contraste en relación con la reforma de 18 de diciembre de 2014 al Código Penal,

⁴⁵ Ídem.

en virtud de que se incrementó la penalidad de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, llegando a la posibilidad de triplicar la sanción a treinta y dos años de prisión, lo cual nos hace cuestionarnos si contamos con las herramientas para que la prisión cumpla la finalidad de la teoría imbuida.

En un primer momento, se visualizó que dicho artículo no contiene un derecho subjetivo ni una garantía propia a la *reinserción social*, sino que se utiliza como una base orientadora, y que la sanción privativa de la libertad en dicho modelo es que la persona interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse.

Debemos recordar que el tipo penal de abandono, negativa y practica indebida del servicio médico requiere de definiciones proporcionadas por otras ciencias para lograr materializar el bien jurídico protegido, por tanto, la sanción de dichos delitos al aumentar la pena privativa de la libertad, podría manifestarse como la imposición de que el prestador de servicios médicos interiorice el discurso dominante que se le impone por las definiciones y conceptos de los entes generadores de los mismos, no por el derecho como elemento de control social, ni mucho menos por una epistemología de lo humano sino de la plusvalía.

La consecuencia que observamos respecto de esta configuración es el hecho de que el derecho no estaría protegiendo la salud ni tampoco el mejor tratamiento médico que pueda existir sino un lenguaje hegemónico, así como el fenómeno de la medicalización.

“Estas concepciones han merecido fundadas críticas, basadas en el convencimiento de que la imposición de creencias y convicciones, orientada a la aceptación acrítica del sistema vigente, es intolerable en regímenes políticos

democráticos, pluralistas y respetuosos de la libertad de pensamiento del ser humano”⁴⁶

Otra crítica importante, es que el médico es por necesidad un profesional sometido a una constante profesionalización, actualización y con un constante cambio de conocimientos y conceptos, debido al tiempo y alto costo de la impartición de la educación médica, se le considera un individuo con una labor y responsabilidad social.

Tal concepto es importante, puesto que la privación de la libertad de dicho individuo y su reclusión dentro del sistema penitenciario, no abona a la “*reinserción social*” con relación al bien jurídico protegido del debido ejercicio profesional, visto como la interiorización del lenguaje hegemónico, en virtud de que no existe una forma en la cual el médico pueda continuar su preparación mediante su reclusión, no existe forma de comunicarse con los múltiples congresos de actualización, ni tampoco poner en práctica dichos conocimientos, por lo cual, el profesional médico, lejos de ser reinsertado en la sociedad, es relegado a una privación de todo conocimiento, es decir, se convierte en persona no grata para el sistema.

Por tal razón, consideramos que no existe una congruencia del aumento de la penalidad de los tipos penales de negativa, abandono y practica indebida del servicio médico a la luz de la teoría de la reinserción social, puesto que no se cumple con el objetivo de protección de un bien protegido como la salud o el mejor tratamiento médico, sino que se aumenta la sanción con base en una exigencia social, con asidero en un populismo punitivo, lo cual abre un panorama idóneo para proteger un lenguaje hegemónico, no generado por el derecho, sino que, en gran cantidad de ocasiones, por empresas y actores con poder económico y decisorio.

⁴⁶ AROCENA, Gustavo A., Ob. Cit., p. 71.

De igual forma, tampoco se cumple con el ideal de interiorización y reinserción social, puesto que ello conllevaría a que el profesional médico se le doten de los conocimientos y práctica que garanticen la interiorización del conocimiento más apto de tratamiento de la enfermedad en específico, situación que resulta imposible en nuestro actual sistema ni tampoco con los medios señalados en el artículo 18 Constitucional.

En contraste, encontramos un tratamiento distinto del profesional médico, que no se justifica ni se alinea con la teoría de la reinserción social, puesto que no busca “resocializar” a la persona para poder volver a ser un individuo activo para la sociedad, para volver a brindar tratamiento médico de calidad, sino que se observa un tratamiento de enemigo, que incluso coincide con la pérdida de la calidad de médico.

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁷

Entonces, el ideal de sanción es identificado como una respuesta a un descontento social, sin embargo, esa respuesta no cumple con los estándares mínimos de proporcionalidad, pues fomenta la respuesta violenta como la única vía aceptable.

“En este sentido, una de las debilidades más significativas del régimen penitenciario del país, se ubica en el hecho de que se privilegia la tarea de hacer cumplir la pena privativa de libertad por encima de la tarea de tratar al delincuente.”⁴⁸

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el derecho penal, Dykinson, España, 2006, p. 11.

⁴⁸ TRUJILLO Sotelo, José Luis, La cárcel y la reinserción social, mitos y realidades, Editorial Flores, México, 2014, p. 3.

Si el modelo actual se encuentra privilegiando la privación de la libertad como una forma de reinserción social automática, tenemos un área de oportunidad muy grande, puesto que no se cumple con el mínimo relativo a la exigencia constitucional.

En contraste, debemos asumir que una teoría de la reinserción social también implica la adaptación social a esquemas y valores sociales orientados al bien de la humanidad, a los valores que permiten la coexistencia, lo cual se verificará en el momento en el que la sociedad pueda tener mecanismos de recepción para terminar e incluso evaluar el tratamiento de las personas.

El problema que avistamos con dicha situación es que un médico que sólo compurgue la pena privativa de la libertad también tiene que asumir posteriormente la suspensión de la patente profesional para el ejercicio, lo cual, le impide prácticamente volver a ejercer profesionalmente, atento a los costos y tiempo que requiere la actualización de dichos servicios.

Nuevamente la inversión que se da con motivo de la educación y preparación de los médicos no resulta ser aprovechada, puesto que el sistema de reinserción social previsto en nuestra Constitución no tiene contemplado algún medio para efectuar el tratamiento a los médicos condenados.

La reflexión también va encaminada entonces a repensar si la pena de prisión es la debida para la reinserción social del médico y si dicho aumento tendría una razón de ser.

Podemos visualizar entonces una falta de congruencia entre la política de reinserción social que se encuentra en el artículo 18 Constitucional, en relación con el aumento de la penalidad de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, en virtud de que no se prevén los mecanismos para el

tratamiento de los elementos objetivos y subjetivos de la persona condenada cuando se trata de un profesionalista.

El médico condenado no puede por obvias razones ejercer, ni actualizarse, ni siquiera puede interiorizar el tratamiento consensuado que le era exigible por el delito que cometió; por tanto, debemos atender a la necesidad de congruencia en la evaluación de la conducta médica a la luz del derecho penal.

El primer punto se trata precisamente de determinar qué es lo que se protege, puesto que si la medicina otorga las definiciones nebulosas de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, entonces, no existe una previsibilidad certera del resultado, hasta en tanto no se comience un procedimiento de orientación axiológica, situación que afecta mucho la seguridad jurídica del procesado y también del paciente.

El segundo punto de reflexión propuesta para el presente capítulo es el hecho de que el aumento a una pena privativa de la libertad en la reforma que se estudia no da cuenta ni razón acerca de dicho aumento, ni tampoco contribuye a la reinserción social que se encuentra imbuida constitucionalmente, por lo cual, se propone repensar la reforma a la luz de dichas reflexiones con un sentido social.

Repensar la mecánica interna dentro de la readaptación social en los centros penitenciarios, implica considerar que un profesionalista médico ya obtuvo una patente para el ejercicio profesional, y en la mayoría de los casos incluso una subespecialidad, es decir, dicho perfil no cuadra dentro de la concepción criminal clásica de una persona que no se ha adaptado socialmente.

Un interno que durante toda su vida no se ha adaptado socialmente, al ingresar a la prisión teóricamente y según el modelo teórico del régimen penitenciario progresivo y técnico debe ser sometido a un tratamiento técnico rehabilitatorio en el que se establece que los resultados serían fructíferos si se lograra obtener una educación básica, una capacitación para el

empleo, pueda ser desintoxicado -en el caso de ingresar a la prisión con alguna adicción- cuidar y atender su salud y practica de algún deporte, esperando con ello que al salir en libertad se inserte a la colectividad, en donde originalmente vivió y delinquiró sin el riesgo de volver a delinquir. Sin embargo, si el espacio al que se reincorpora es el mismo en el que generó una conducta delictiva, regresa a esa estructural social en sí misma inadaptada.⁴⁹

La anterior cita resulta ser sumamente esclarecedora, si realizamos un contraste con el perfil del médico que ingresa condenado por los delitos de práctica indebida del servicio médico, el abandono o su negativa, no tendrá la gran mayoría de estas circunstancias o perfiles.

Si lo que se busca es obtener una educación básica, dicho requisito no será fructífero, puesto que el profesional ya tiene incluso un grado de subespecialización, por ejemplo, los cirujanos requieren para el ejercicio profesional, cursar la carrera de medicina, para posteriormente realizar la especialidad en cirugía general, y por último pasar los exámenes de certificación que exige la Ley General de Salud y su reglamento, lo anterior para poder llevar a cabo el ejercicio profesional. Dichos requisitos no pueden ser evaluados ni mejorados por un sistema técnico que busca una educación básica, debido a que ese perfil ya lo posee la persona considerada autor de los delitos de práctica médica que hemos revisado, al faltar los mismos, no se cumple con la calidad del sujeto activo exigible y nos encontraremos ante otro tipo de ilícitos.

El área de oportunidad consistente en la capacitación para el empleo resulta un campo interesante, sin embargo, para el nivel de especialización en materias como Cirugía General, Ginecología, Odontología, se requiere de centros y personal docente muy especializado, tornando materialmente imposible una capacitación dentro del actual sistema penitenciario para médicos, lo cual debe tomarse en cuenta puesto que la medicina se ejerce prácticamente en los hospitales y clínicas.

⁴⁹ *Ibíd*em, p. 13.

En el rubro de la salud, tratar adicciones o practicar algún deporte, tampoco inciden dentro de los elementos objetivos y subjetivos previstos por los tipos y por los cuales es condenado el médico.

Por último, si el perfil del médico no tiene dichas características, se puede afirmar que existe un riesgo o peligro inminente cuando ingresa a un ambiente que, sí las tiene, puesto que se incorpora a un espacio generador de prácticas “inadaptadas” en tratamiento, lo cual puede ser efectivamente un factor de crimino-génesis.

2. Teoría de la Retribución.

En la teoría de la retribución, en un primer momento la pena se justifica por el sólo hecho de la existencia de una conducta delictiva, por lo que encontramos ideas en Kant, relativas a su justificación no entendida como un elemento de prevención, sino justificada en sí misma.

Kant considera que la pena no puede ser entendida en una línea utilitarista como un medio para promover otro bien, sea éste que el autor no vuelva a delinquir (prevención especial) o que sean otros miembros de la sociedad los que no vuelvan a delinquir (Prevención general). Es necesario siempre que la pena se imponga al delincuente sólo por una razón: porque ha delinquido y por ello se merece la pena con independencia de la utilidad que ello pueda tener para él mismo o para el resto de los ciudadanos.⁵⁰

La fundamentación de la pena en dicho esquema se da por virtud de la existencia de una conducta no deseable a la luz de la moralidad social.

Por esa razón Kant no da comienzo a su discurso sobre el derecho penal hablando de la tarea de la sociedad civil, sino que de la “idea de nuestra razón práctica” de que “el merecimiento

⁵⁰ FEIJOO Sánchez, Bernardo, La pena como institución jurídica: retribución y prevención general, Euros, Argentina, 2014, p. 16.

de la pena” va asociada a la infracción de la ley, en otras palabras la vinculación del injusto con la pena debe deducirse de los principios de una legislación moral de acuerdo con el cual “todo delito... es en sí mismo punible, esto es, provoca la pérdida (al menos parcialmente) de la felicidad.⁵¹

La teoría de la retribución, dentro de otras perspectivas toma como premisa el hecho de que el ser humano es un ser que puede transgredir las normas sociales en cualquier momento, y por tal motivo, es necesaria la intervención de un poder superior para lograr disuadir (prevención) pero sobre todo regresar el daño cometido al bien jurídico protegido.

Dada su libertad de opción, los seres humanos son potenciales transgresores del orden jurídico establecido y por eso, junto al derecho constitutivo, figura el sancionador, que, lejos de limitarse a la restitución de bienes, indemnización de daños o nulidad de actos, acude a formas coactivas mediante la imposición de penas. Es decir, la justificación del castigo se basa siempre en suponer que no se puede esperar la adhesión espontánea a las normas y que, por ello, la conducta humana debe estar siempre regida por algún mecanismo de control.⁵²

No obstante que dentro de los inicios de dicha teoría se consideraba a la pena capital como la medida idónea para regresar una gran cantidad de los daños ocasionados con motivo de la comisión de actos ilícitos, esta tendencia se fue adaptado cada vez más al control mediante mecanismos, como lo es la prisión.

Podemos afirmar que hasta el siglo XVIII la reacción penal quedaba reducida fundamentalmente a las penas capitales, corporales e infamantes. Suprimidas éstas penas y abolida, o muy restringida la aplicación de la pena de muerte, los modernos sistemas penales, se estructuran fundamentalmente, sobre las penas privativas de la libertad, entendidas en sentido puro, como el internamiento del penado en un establecimiento penitenciario,

⁵¹ JAKOBS, Günter, Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista, Porrúa, México, 2006, p. 23

⁵² RODRIGUEZ Magariños, Faustino Gudín, et. al., La historia de las penas “De Hammurabi a la cárcel electrónica”, Tirant lo Blanch, España, 2015, p. 299.

donde, privado de libertad, permanece sujeto a un régimen organizado de vida, normalmente con la obligación de trabajar.⁵³

El avance que la teoría de la retribución es el concepto de prevención general negativa, es decir, la pena se aplica a las personas no sólo para ejercer el mismo daño en ellas, sino que también para que, mediante un sistema de cálculos de costo y beneficio, se disuada la idea de cometer el crimen.

Las críticas de dicho concepto atienden a que realmente la pena no disuade la criminalidad en muchos casos, y si se aplica con torpeza, puede incluso auxiliar a permitirla.

En unos casos son cometidos por personas invulnerables (cuello blanco, terrorismo de estado), en otros sus autores suelen ser fanáticos que no tiene en cuenta la amenaza de la pena o la consideran un estímulo (ataques con medios de destrucción masiva indiscriminada), a otros los motivan estímulos patrimoniales muy altos (sicarios, mercenarios y administradores de empresas delictivas), en otros porque sus autores operan en circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal (la mayoría de los homicidios dolosos) (...)⁵⁴

El médico en su quehacer cotidiano es un buen ejemplo, puesto que, en la mayoría de los casos, no está informado de la existencia de los delitos médicos, y por otra parte, en la práctica, están más enfocados en seguir un protocolo idóneo entre las múltiples opciones que se tiene, que en medir los riesgos por no hacer el mejor.

2.1 La utilidad de la pena dentro de la *Teoría de la retribución*.

Para algunos autores, la utilidad de la pena en la teoría retributiva constituye un problema, puesto que tiene un abanico múltiple de posibilidades, que no permite tajantemente establecer cuál de todas ellas debe ser tomada en consideración para la justificación del *ius puniendi*.

⁵³ Ibidem, p. 307.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 2013, p. 35.

“Es un tema metajurídico, en efecto, porque amerita un abordaje lo mismo filosófico que de ciencia política; axiológico que pedagógico. Por lo demás, el derecho penal se ha ocupado del problema, no sin incurrir por esto en reduccionismo científico.”⁵⁵

En efecto, la pena tiene un *quantum* o *quid*, que representa la fuerza y severidad con la que será aplicada, siendo esta medida aplicable a la prisión, puesto que entre más años se dote a una pena, mayor será el *quantum* de esta.

Esta severidad de la pena se toma en consideración para el aquilatar los valores que se consideran importantes para el ser humano, en la hipótesis de la cárcel, se toma en consideración el valor de la libertad humana como una situación deseable en todos los seres.

“El estado, reconociendo la gran importancia que para un ser humano representa su libertad, decide prever como castigo por la comisión de un delito la privación de ese aquilatado bien. De allí que su fin sea disuadir, en cuanto pretende desalentar la comisión de un daño penalmente relevante a través de la amenaza de aplicar una consecuencia también dañina para el hacedor.”⁵⁶

Por lo tanto, la formula clásica de la teoría retributiva tiene que ver con el hecho de aplicar una sanción justificada porque se cometió un delito, sin embargo, también tiene una justificación sobre la hipótesis de prevención.

Esta prevención se da en virtud de un cálculo que el legislador efectúa, en virtud de que se piensa que, en el proceso de deliberación del acto delictivo, la sanción juega un papel importante para decidir si se realiza o no la conducta, por lo cual, ante mayor severidad en la sanción, se creería que se puede influir en el sistema de deliberación del acto delictivo para disuadirlo.

⁵⁵ PALACIOS Pámanes, Gerardo Saúl, La cárcel desde adentro, Porrúa, México, 2009, p. 35.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 83.

No obstante, en dicha operación entran en juego factores más complicados, como el *principio de proporcionalidad* entre la sanción y la conducta, puesto que, si la formula fuera así de sencilla, bastaría con elevar a una pena ejemplar y trascendental todas las conductas y de esa forma, se evitaría toda la delincuencia según el mecanismo previsto.

La pena debe ser también proporcionada al delito. Este principio encuentra tradicional explicación dentro del marco del sistema retributivo. Pero también, en las teorías preventivas, ya que la adecuación de la gravedad de la pena a la del delito es requisito de aceptación social y de aplicación funcional. De otro modo no se puede prevenir, ya que castigar más lo leve que lo grave es, como ha observado Gimbernat, una invitación a realizar esto.⁵⁷

Por tanto, cuando el aumento de la penalidad se utiliza como medio para remediar los problemas antisociales mediante el derecho penal, podemos hacer referencia a la teoría retributiva, así como de la prevención negativa para explicar el aumento punitivo, puesto que constituye una parcial justificación a la aplicación del *ius puniendi* el hecho de que la sociedad tome en consideración dentro del proceso deliberativo que existe una sanción que puede aplicarse ante la no observancia de la norma.

En cambio, la amenaza de pena no funciona si el sujeto que delibera no conoce la penalidad prevista en la ley penal. Si el agente no conoce la amenaza de pena entonces ésta no es para él una amenaza. El individuo que delibera puede saber que la conducta es delictiva sin necesidad de tener conocimientos de Derecho. Por educación, costumbre y tal vez influencia religiosa entiende, por ejemplo, que robar o matar está prohibido. Pero de este conocimiento no se deriva el de cuál y cuánta pena puede recibir en caso de, en efecto, cometer la conducta punible.⁵⁸

Resulta entonces un severo problema si la pena es aumentada y el impacto social que se buscaba con tal medida no se verifica, puesto que ello otorga el resultado

⁵⁷ MADRAZO Mazariegos, Danilo, *et. al.*, Teoría de la pena, utopía y realidad, Magna Terra, Guatemala, 2008, p. 22.

⁵⁸ PALACIOS Pámanes, Gerardo Saúl, *Ob. Cit.* p. 139.

todavía más funesto: que la sanción o es ignorada o no es conocida y, por tanto, no es efectiva.

A lo anterior también se suma el hecho de que, si el legislador sólo toma como medida el aumento de las penas para paliar la delincuencia y los nocivos efectos sociales, entonces se apreciará que la pena se incrementará cada vez más, sin que ello implique que la tasa de crímenes disminuya.

En nuestro país la tendencia adoptada no justifica el aumento punitivo, en virtud de que la pena de bastantes delitos se ha incrementado y para muchos otros no se ha visualizado que dicho factor de incremento sea significativo en la reducción de incidencias delictivas.

"En México se incrementa la penalidad para delitos de "alto impacto" o "alta incidencia"; se eleva el uso de la prisión preventiva, se privilegia el uso de la sanción de prisión por encima de otras penas menos lesivas y se prolonga la duración de la pena privativa de libertad. Esta tendencia al endurecimiento de los castigos y a la expansión del derecho penal produce sobrepoblación carcelaria."⁵⁹

A pesar de los esfuerzos del nuevo sistema penal acusatorio, que tiene un carácter conciliatorio y reparatorio, la tendencia a elevar las penas continua, tan es así que la reforma de 2014 a los delitos de práctica indebida del servicio médico, su negación y su abandono no ha sido analizada con respecto a los efectos sociales que produce.

Esta medida genera a la vez un colapso en los sistemas de prisión, en virtud de que se pueden tener condenas aplicadas sin que se reduzca la tasa de comisión de delitos.

Al cabo de ochenta meses (de enero de 1995 a octubre de 2002) la situación del sistema penitenciario mexicano fue la siguiente: se construyeron 10 centros de reclusión, que representan el 2.3% de crecimiento; 48 mil 398 espacios se agregaron a la

⁵⁹ Ibidem, p. 133

capacidad instalada, equivalente al 52.9% de aumento. Sin embargo, la población penitenciaria se elevó en 89.4% y la sobrepoblación creció poco más de 1900%. Para septiembre de 2007, la población carcelaria era de 217 mil 436 presos.⁶⁰

De igual forma, la prevención directa que se ejerce mediante la aplicación de las sanciones al condenado no representa en nuestro sistema una solución a las tasas de criminalidad, en virtud de que algunos autores sostienen que la cantidad de sobrepoblación es un factor decisivo para el hacinamiento y formación de mayor criminalidad.

Por tal motivo, la teoría de la retribución intenta ser una justificación de la pena por sí misma, de su aumento, así como para evitar la incidencia delictiva, sin embargo, la misma tiene varias interrogantes y áreas de oportunidad al momento de sostener la justificación de las medidas por las cuales se ejerce el poder punitivo.

2.2 Consecuencias de la *Teoría Retributiva* en las penas.

Como se ha visualizado, la teoría retributiva tampoco proporciona razón explicativa suficiente para la utilización de un tipo con definiciones abiertas, puesto que precisamente este elemento no necesariamente significa que se cumple con la teoría.

“Una definición difusa no necesariamente aumenta las condenas, pues ello depende de las actitudes que frente a ella asuman los jueces, pero indefectiblemente produce mayores efectos no deseados de la investigación criminal, pues multiplica el poder de intervención de forma arbitraria, posibilita mayores detenciones y actos contra la intimidad e incluso mayores prisiones preventivas”⁶¹

Entonces no se cumple el objeto señalado por la teoría retributiva, en virtud de que no se revierte el daño supuestamente causado, ni tampoco se toma la sanción

⁶⁰ *Ibíd*em, p. 134.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia dónde va el poder punitivo*, Universidad de Medellín, Colombia, 2009, p. 25.

como un temor o como un ejemplo para evitar su comisión, puesto que existe un espacio tan pequeño de sancionados, que a lo que se le teme es a someterse a proceso, situación que resulta inevitable en muchos casos, debido a la descripción nebulosa de los tipos penales.

De igual forma, si no existe una toma de consciencia o no importa la sanción en el proceso deliberativo del criminal, entonces no se cumplirá la fórmula deseada para disminuir la incidencia criminal.

“Esto hace que las definiciones legales operen como cascada en los sistemas penales, causando mayores efectos no deseados en el accionar policia, aunque no se registren muchas sentencias condenatorias debido a la prudencia o reticencia de los jueces.”⁶²

La desproporción que se genera entre la definición legal de los delitos en relación a la individualización y sanción de los responsables es muy amplia, debido a la descripción nebulosa serán muchos más los sometidos a procedimiento que aquellos a los que se les compruebe una sanción, lo que ocasiona no una sanción ejemplar, sino una cautela de no incurrir en procedimientos, generando también una medicina defensiva.

Dentro de los tipos penales que nos ocupan, intentar la aproximación a una justificación del aumento de la pena de prisión en la reforma al código Penal de 18 de diciembre de 2014, resulta bastante complicado, en virtud de que si lo que se busca es influir en la deliberación del médico, ya sea mediante la prevención de la medida de seguridad o la pena, el sistema no logra sustentar dicho aumento.

En nuestra experiencia profesional, cuando un profesional de la salud recibe el primer citatorio para averiguación previa o para una carpeta de investigación, el citado jamás conoce cuál es la conducta que se le está reprochando respecto del

⁶² *Ibíd*em, p. 25-26.

orden penal, ni tampoco cuales son los riesgos que se corren, ni mucho menos conocen la penalidad de la conducta.

En cuanto el profesional conoce el tipo de penas, así como la gravedad que se la signa al delito, por regla general se obtiene una reacción de indignación total con el sistema, puesto que no concibe como si en muchas ocasiones se salvó una vida o se realizó un buen tratamiento, es citado con las amenazas tan graves que implican los delitos que se estudian.

Debe considerarse para dicha justificación el remitente de la descripción típica del delito, tratándose de médicos, profesionistas y muchos de ellos médicos especialistas en alguna área de la medicina.

El perfil profesional de la persona es entonces un elemento por considerar y ponderar al momento de pretender la justificación de dicha pena, puesto que el propio título nos señala como bien jurídico protegido el correcto ejercicio profesional.

Observamos que no existe una educación legal en materia penal para los médicos, puesto que la mayor capacitación que reciben es la relativa a los conceptos de negligencia, impericia o falta de cuidado, sin embargo, estos conceptos no tienen una correlación clara en el plan de estudios de los médicos para la cuestión penal, pues la mayoría jamás sabía que existían tipos penales especiales que regulaban su actividad.

Es necesario un mayor estudio de las interrelaciones entre los planes de estudio de medicina y el conocimiento de la regulación penal, a efecto de revisar si existe una verdadera difusión y aprendizaje de la regulación.

Uno de los mayores retos al efectuar este ejercicio, es el hecho de que la prisión, sea una imposición como medida de seguridad o sea impuesta como pena, no cumple con la meta de retribución al sentenciado, ni tampoco justifica mediante una prevención general que no se comentan dichas conductas.

En realidad, el poco conocimiento que se ha generado no es en relación a evitar la incidencia de la actividad penal, sino más bien, se ha buscado la práctica de una medicina defensiva.

La medicina defensiva por sí misma, busca la realización de los actos marcados por una positivización de la medicina, así como por una *medicalización positivista*.

Para efectos de nuestro estudio definimos la *medicalización positivista* como la practica en la cual el médico alinea completamente su práctica médica a los criterios imperantes de la economía medicalizada, dentro de un esquema de pago por servicio.

Este concepto debe de ser visualizado como el conjunto de actos en que incurren los médicos en donde no tendrán problema legal alguno, ni tampoco pena económica al efectuar exámenes y procedimientos que no necesariamente se alinean al mejor tratamiento en la búsqueda de la salud del individuo, sino a la mayor productividad que pueda afrontar éste en el mercado y continuar trabajando al mismo tiempo que se cumplen con los criterios legales positivizados.

La definición clásica de la medicina defensiva se refiere a que la misma ocurre cuando los doctores ordenan exámenes, procedimientos o visitas, evadiendo los pacientes o procedimientos de alto riesgo, primariamente para reducir la exposición a demandas o denuncias. Cuando los médicos realizan estos exámenes o procedimientos primariamente para reducir la incidencia legal, están tomando una postura defensiva activa, cuando no admiten pacientes o procedimientos riesgosos, realizan una medicina defensiva pasiva.

Por tanto una de las consecuencias que ha traído la visualización del aumento de la pena como un parámetro de prevención general del aumento de las incidencias penales médicas es el hecho de que no generó resultados, puesto que el profesional médico no conoce las consecuencias de adoptar pacientes y procedimientos riesgosos, por lo que no forma parte del proceso deliberativo que

busca la teoría retributiva, pero en el peor de los casos, este elemento deliberativo ha generado la creación de prácticas de medicina defensiva.

En tanto se realiza una medicina defensiva, los derechos humanos tanto de pacientes como médicos no se respetan, puesto que, en el resultado final, no se permite el acceso al mejor tratamiento, ni tampoco se puede tener un acceso pleno a la salud, sino que se privilegian únicamente el seguimiento de las pautas y procesos económicos marcados por la positivización médica.

3. Enfoque del derecho penal del enemigo.

Observamos mediante el contraste con las teorías retributiva y de la reinserción social, que la reforma se alinea a la concepción del condenado como el enemigo, quien debe de ser recluido para no continuar causando daño, que debe de ser suspendido en el ejercicio de la profesión para evitar mayores daños a la sociedad, no se busca la prevención, ni tampoco la reinserción social del médico infractor para que vuelva a ser un profesional alineado al marco que regula su profesión, sino que se busca la exclusión de dicha persona.

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionista se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión.⁶³

Podemos señalar que dicho cambio epistémico obedece a varios factores, entre ellos la globalización y el estado de gobernanza, así como los múltiples peligros, cada vez más difíciles de afrontar mediante la técnica del positivismo jurídico.

Esa fascinación de un nuevo sistema de la Dogmática penal no se vería, hasta la aportación de JAKOBS, a quien se debe, en

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el derecho penal, Dykinson, España, 2006, p. 13-14.

mi opinión, la mayor revolución del Derecho penal actual alcanzada además en tiempos enormemente difíciles: en tiempos en los que la globalización y la gran amplitud de figuras delictivas, cada una con sus técnicas muy evolucionadas (delitos de omisión técnica de peligro abstracto, anticipación de punibilidad, etc.) exigiría más bien un brillante tratamiento especializado, técnico y fragmentado “a la Roxin” que la magna empresa de acometer toda una revisión completa, lógica y coherente del entero sistema de Derecho penal.⁶⁴

La teoría del derecho penal del enemigo, como se ha denominado últimamente, tiene como base el funcionalismo normativo, que tiene una gran influencia de la teoría de sistema de Niklas Luhman, y acepta la existencia de subsistemas sociales que generan una irritación entre ellos, en los cuales cada uno posee un código distinto de información con la cual puede operar e incluso prevé la posibilidad de una clausura operacional de los sistemas ante circunstancias que hagan necesario su cambio.

Esta concepción anuncia que en determinados casos es imposible arribar a un tratamiento del condenado, por la mala cimentación cognitiva que posee, por lo cual, debe excluirse, es en ese punto en el cual ha recibido fuertes críticas sociales en la esfera internacional.

Ya no se busca un derecho que dé cuenta de manera exhaustiva, sino que se da pie a definiciones nebulosas y una mayor intervención policial, mediante dichas herramientas se busca que ante la existencia de éstos excluidos, se puedan tomar las medidas suficientes para garantizar el estado de derecho.

La exclusión tiene lugar porque el autor ya no ofrece garantía alguna de un comportamiento futuro adecuado a derecho, esto es, porque su personalidad no está cimentada suficientemente de manera cognitiva. La exclusión no recae sobre el autor como un destino trágico e inmerecido. Al tener que estar toda institución normativa cognitivamente cimentada, el sujeto

⁶⁴ JAKOBS, Günter, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, Editorial Flores, Alemania, 2015, p. 22.

peligroso -como todos nosotros- tiene la obligación de mostrarse de manera hasta cierto punto fiable, de modo que ni delitos graves ni los delitos más graves deben poder esperarse de él ni de nadie.⁶⁵

Respecto a dicha postura, deseamos avanzar nuestro posicionamiento, puesto que el estudio de la presente tesis se basa en los delitos de abandono, negativa y practica indebida del servicio médico, consideramos que el aumento de la penalidad de dichos tipos penales, así como su configuración mediante definiciones nebulosas que requieren de la información que otros subsistemas sociales les otorgan, hacen que el médico se posicione como un enemigo.

Lo anterior debe armonizarse con lo estudiado en el primer capítulo, puesto que las definiciones nebulosas pueden proteger discursos hegemónicos que no necesariamente se identifican con una protección a la salud, sino más bien con lo más redituable para las personas que tienen a su cargo la decisión de los conceptos que normalizan a la sociedad.

Por lo tanto, la exclusión del “enemigo médico” se da cuando no sigue el lenguaje y discurso de la medicalización que favorece al sector económicamente dominante.

Como defensa a las argumentaciones críticas, los defensores del catedrático Günter Jakobs, han señalado que, para aplicar la señalización de enemigo a una persona, esta debe de tener un poder para influir negativamente en la sociedad y el estado, así como por la propia necesidad de seguridad de los ciudadanos.

“En qué medida deba practicarse el tratamiento contra el enemigo depende de dos factores: de la necesidad de seguridad de los ciudadanos y del potencial de poder de los cantonistas imprevisibles: ambos factores pueden influir en la sociedad y en el administrador del Derecho, el Estado.”⁶⁶

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 128.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 131.

Por esa razón estimamos que, si bien los efectos de dicha teoría permean al aumento de la pena y la descripción nebulosa del tipo, la fundamentación y congruencia no se encuentra bien definida ni alineada con dicha teoría, en virtud de que el médico no puede ser tratado como una persona enemiga del estado de derecho.

De igual forma, las definiciones nebulosas de los elementos de los tipos penales abiertos tampoco contribuyen a dicha situación, puesto que no se protege como tal un tratamiento idóneo ni tampoco propiamente la salud, sino que realmente se privilegia el discurso hegemónico de empresas trasnacionales que definen lo que debe entenderse como normal y saludable.

El enfoque del derecho penal de los enemigos cosifica al condenado, al privarlo de un estatus de persona y esto no debe entenderse por el sólo hecho de que se le privan de ciertos derechos, sino más bien de la causa por la cual se le privan, la cual, consiste precisamente en ser un ente peligroso para el sistema.

Un médico que no sigue el discurso técnico hegemónico impuesto mediante una medicalización positiva es una persona peligrosa, es un enemigo del sistema para este enfoque.

Entonces el derecho penal puede ser usado como ente de violencia legítima en contra de dicho prestador de servicios médicos, y se reduce a una mera legitimación del discurso hegemónico, así como de la medicalización de aspectos sociales.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin decirlo y con ello los dejó de considerar personas a partir de racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 es

e derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como contención de un ente peligroso, es violatoria del artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁶⁷

Una de las características de dicha teoría es la aproximación de funciones entre la pena y la medida de seguridad, puesto que, si bien existen avances en nuestro sistema de justicia penal acusatorio, en la cual se señala que la prisión preventiva será una medida excepcional, se observa que el ánimo de la reforma es optar por una mayor penalidad privativa de la libertad para remediar los efectos del hecho antisocial.

“Se observa actualmente también una aproximación entre las nociones, tan distintas en su origen, de pena y medida de seguridad. La pena va perdiendo paulatinamente su carácter exclusivamente retributivo para dar paso a consideraciones preventivas. Por otro lado, la medida de seguridad tiende a ser limitada en su presupuesto y duración”⁶⁸

Este fenómeno debe de merecer nuestra particular atención, en virtud de que la pena debe contener un objetivo, un punto en el cual puedan ser proporcionadas razones para su justificación.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, España, 2006, p. 18-19.

⁶⁸ FALCÓN Y TELLA, María José, *et. al.*, *Fundamento y finalidad de la sanción ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, España, 2005, p. 93.

*“La salud no lo es todo; pero sin ella,
todo lo demás es nada”*

(Schopenhauer)

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO DE LA PENOLOGÍA EN LOS DELITOS DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO.

Una vez que se han planteado las principales teorías de la justificación punitiva, el presente capítulo se ocupará de analizar qué elementos encontramos respecto de cada teoría dentro de nuestros ordenamientos aplicables a los tipos penales estudiados, si existen o no nociones de una teoría hegemónica imbuida, a partir de ello, puede emprenderse un estudio de congruencia de los fines de la sanción con relación al bien jurídico protegido.

1. Bloque de Constitucionalidad.

En este apartado se evaluarán los elementos que integran el marco jurídico de la penología de los delitos en estudio, así como los elementos para contrastar el precepto y su reforma con los estándares y requisitos que toda pena debe reunir.

Se comenzará por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que, si bien dicho ordenamiento no contempla ningún tipo de delito, si prevé las bases para la regulación del derecho humano a la salud, que tiene una íntima relación con los tipos penales en comento.

La revisión de un tema a nivel constitucional como lo es el derecho humano a la salud, así como de los preceptos que apoyan a un análisis sistemático es esclarecedor e ilustrativo para profundizar en los fines buscados para la protección de la salud dentro de los ordenamientos secundarios.

Posteriormente se contrastarán los elementos que han sido revisados con la legislación existente en este momento dentro del Código Penal, excluyendo de dicho análisis la historia, puesto que ha sido motivo del capítulo primero de la presente obra, contrastando entonces la congruencia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción a la luz de la teoría dominante.

El ejercicio de contrastación anterior se considera útil puesto que constituye la identificación de grandes conceptos y una tendencia marcada hacia la separación entre derecho-medicina que nos anuncia la necesidad de repensar las bases estructurales en la práctica judicial, legislativa y práctica del derecho.

La preocupación por dichos temas y la formación de puntos de coincidencia ha sido dejado a criterios y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia, que comienzan a constituir un perímetro de actuación, que representa una gran área de oportunidad para delimitar conceptos, definiciones y la actuación que debe tomar tanto el juzgador como las partes dentro de un procedimiento penal médico-legal.

Por ello consideramos que es prudente construir un marco conceptual específico para el estudio de la penología de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El acercamiento a la regulación constitucional nos permite conocer la piedra angular tanto de interpretación como de actuación para los temas considerados relevantes de protección máxima en el estado de derecho, en el presente caso, el derecho a la salud.

La protección que se le otorga a un bien jurídico en un sistema normativo es relevante para la penología, puesto que se proporcionan herramientas de interpretación acerca de los límites y modalidades de protección del bien jurídico, así como su importancia dentro del sistema, ante lo cual, puede evaluarse la

necesidad de la pena, así como la utilidad que aporta para evitar cualquier daño al bien tutelado, estableciendo un parámetro de proporcionalidad y necesidad.

No obstante, para fines de la presente investigación, no es factible el estudio aislado de la Constitución para comprender la protección, modalidades y límites del derecho a la salud, sino que es necesario abordar el bloque de constitucionalidad de nuestro máximo ordenamiento.

Por tanto, es conveniente apuntar que nuestro sistema jurídico adoptó en su estructura el bloque de constitucionalidad, que incluso es reconocido dentro del artículo primero constitucional, en el cual se consideran en un mismo rango los ordenamientos que contengan derechos humanos, incluso los de carácter internacional.

La doctrina del Bloque de Constitucionalidad de origen europeo, difundida por vía doctrinal y jurisprudencial a principios de los años noventa en varios países de América Latina, se incorporó recientemente en el orden jurídico mexicano, con motivo de la reforma constitucional de derechos humanos del 10 de junio de 2011, en el artículo 1º, párrafo primero de la constitución.⁶⁹

El bloque de constitucionalidad es el primer elemento interpretativo que tenemos que considerar a efecto de otorgar un contenido específico y determinable a un bien jurídico protegido. Debemos acudir a las bases constitucionales, así como a los documentos que contengan el derecho a la salud, para conocer la interpretación más amplia.

Entonces el derecho a la salud no puede ser solamente revisado desde un ámbito Constitucional, ni mucho menos a nivel de leyes y reglamentos, sino que debe ser estudiado bajo la óptica del principio *pro personae*, ya que de esta forma se pueden establecer límites adecuados para evaluar la necesidad y utilidad de la pena, e incluso el carácter preventivo de la misma.

⁶⁹ Márquez Rábago, Sergio R., (coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y con jurisprudencia, Porrúa, México, 2017, p. 5.

En cuanto derecho humano, el derecho a la salud se sujeta al principio general de interpretación integradora y *pro personae*. En virtud de este principio general, debe siempre escogerse aquella interpretación más favorable a la persona humana. Más específicamente, para el caso de una interpretación judicial del derecho a la salud el intérprete debiera proceder del siguiente modo:

- a) identificando el derecho a la salud en el texto constitucional respectivo,
- b) comparando los diversos textos que consagran el derecho a la salud e;
- c) integrando interpretativamente los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos.⁷⁰

Entonces la doctrina del bloque de constitucionalidad se integró a nuestra Constitución y nos permite observar un cambio paradigmático a través de su inclusión en la reforma aludida acerca de los derechos humanos que impacta directamente al derecho a la salud.

Este cambio significa medularmente que los derechos fundamentales y humanos dejan de ser un concepto meramente orientativo que requería de reglamentación específica mediante la legislación, para cambiar a ser propiamente derechos que pueden ser exigidos al estado mexicano de manera directa.

Aunado a ello también encontramos un cambio en la actuación de las autoridades, e inclusive, en la configuración del concepto de autoridad y de las personas que pueden ser consideradas como tales.

Como antecedente directo de este cambio, se tiene el caso Radilla Pacheco vs México, el cual consiste en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se condenó a la nación en virtud de violaciones a derechos humanos como consecuencia de la desaparición forzada del ciudadano Rosendo Radilla Pacheco por parte de personal militar.

⁷⁰ ELÍAS Azar, Édgar, Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica de la red iberoamericana de jueces, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2ª ed., México, 2011, p. 23-24

En dicha resolución se destaca la reiteración a manera de 'criterio constante' por la CIDH respecto de la aceptabilidad del control difuso en México a efecto de que se pueda acceder por parte de sus ciudadanos a una 'verdadera protección' de sus derechos humanos. Es así como la CIDH indicó que era una obligación *ex officio* para todas las autoridades del Estado Mexicano el convertirse en protectores de los derechos que la legislación internacional otorgada a los ciudadanos de los estados firmantes, esto de forma independiente al rango, facultades o jerarquía que pudiese tener la autoridad, ya que a consideración de la CIDH resultaba inaceptable que en nuestro país se retardara la protección de los derechos fundamentales solo por el hecho de que la autoridad que conocía del asunto en primera instancia no estuviese facultada para reparar una posible violación a los mismos(...)⁷¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación propuso las bases epistémicas, así como de interpretación para la implementación de tan importante cambio, lo cual se visualiza en los expedientes 489/10 y 912/10, bajo el rubro de "varios", en los cuales se hace patente la necesidad de que las autoridades administrativas y jurisdiccionales puedan efectuar un control *ex officio*, mismo que deberá de ser conforme a una interpretación más favorable al ser humano.

Dicho análisis generó interesantes debates respecto del alcance que se debería otorgar por el Estado Mexicano al contenido de la referida sentencia y en especial de la figura ya citada anteriormente y conocida como "Control de Convencionalidad", para lo cual y después de fuertes polémicas, se tomó una postura definitiva por parte de nuestro Máximo Tribunal en el mes de julio del año 2011, en la cual destacó la figura del excelente jurista y académico el Ministro José Ramón Cossío, quien al reiterar la obligación que adquiere el Estado Mexicano cada vez que suscribe un pacto o tratado internacional en materia de derechos humanos señaló que en nuestro país nos encontramos ante una nueva forma de "régimen de control de regularidad constitucional" (...)⁷²

La modificación se hizo presente desde el artículo 1º Constitucional, puesto que en su lectura se advierte que todas las autoridades del estado mexicano están

⁷¹ VALADEZ Díaz, Manuel, *et al*, La defensa adecuada en el juicio oral, Flores, México, 2015, p. 134.

⁷² *Ibidem*, p. 136.

obligadas a respetar derechos humanos, tanto los contemplados en la Constitución Política, así como aquellos contenidos en Tratados Internacionales de los que México sea parte.

El control de convencionalidad y constitucionalidad se vuelve por tanto *ex officio*, debiendo ser una protección inmediata y de análisis riguroso respecto de los actos de la propia autoridad para cumplir con dicho requisito, previo a la realización del acto.

Los párrafos anteriores sirven para ilustrar el cambio que también impactó en la forma de garantizar el derecho a la salud, puesto que no sólo se habla de una protección judicial efectiva, sino de una interpretación en el sentido más amplio para la persona. El elemento interpretativo que nos brinda el bloque de constitucionalidad resulta ser importante como marco referencial al momento de discutir los límites de protección penal, el fin de la penalidad, así como el *quantum* de esta.

1.2. Contenido del derecho humano a la salud en el Bloque de Constitucionalidad.

Toda pena debe tener una justificación, así como una utilidad, por lo cual, si los tipos en estudio pretenden la protección del derecho humano a la salud, debe considerarse el contenido de este derecho, para contrastar el tipo penal, ubicar su utilidad y justificar su existencia. Las herramientas de interpretación que nos provee el bloque de constitucionalidad hacen que la protección del bien jurídico sea mucho más amplia.

La interpretación en cualquier caso que implique el derecho a la salud deberá de seguir el principio *pro personae*, que implica la protección más amplia a la persona, lo que implica *prima facie* la exclusión de toda interpretación legal, judicial o administrativa que limite la protección del derecho a la salud o su extensión.

El análisis interpretativo a la luz de la penología de cualquier disposición legal se encuentra supeditada al análisis del cumplimiento de los principios antes reseñados,

en aras de cumplir los de necesidad y legalidad respecto de la penología, razón por la cual fueron analizados de manera previa.

Existen incluso indicadores y objetivos que fueron creados para el cumplimiento interpretativo de este derecho, como puede ser los “objetivos de desarrollo del milenio”, en los cuales se encuentra la reducción de la mortalidad materna, el control de enfermedades como el VIH, el mayor acceso a servicios de agua potable, la reducción de la pobreza, el hambre y la malnutrición, los cuales incluso permean en distintos derechos humanos que guardan una íntima relación con la salud.

Así, no será del todo extraño que para comprender debidamente la extensión de expresiones como ‘el más alto nivel de vida posible de salud física y mental’ o ‘creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica’, se deba tener en cuenta la extensión de derecho civiles y políticos como el derecho a la vida digna, a la protección especial a favor de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la igualdad, respectivamente.⁷³

Por todo lo anteriormente dicho, el análisis a la luz de los principios de la penología de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico hace necesario que se contrasten las disposiciones mediante una interpretación conforme y amplia del derecho humano a la salud.

Es de utilidad para dicho estudio, un criterio de interdependencia e indivisibilidad como herramienta para el cumplimiento de la actividad interpretativa del derecho a la salud, a la cual se encuentran obligadas las autoridades por mandato constitucional y que también se tiene en cuenta en la presente investigación.

Por lo anterior, en la interpretación del derecho a la salud no deben de tomarse aisladamente los alcances del citado derecho que se encuentren contenidos en la Constitución o en las legislaciones locales, sino que deben considerarse aquellos instrumentos internacionales que amplían la esfera de protección.

⁷³ ELÍAS Azar, Édgar, Ob. Cit. pág. 25.

Uno de los instrumentos con mayor importancia en el derecho a la salud internacional, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los mismos se establecen importantes directrices acerca del derecho a la salud en el plano internacional, como obligaciones para los estados firmantes:

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 mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del 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.⁷⁴

Como es de apreciarse en dicho artículo establece importantes conceptos interpretativos, puesto que señala la necesidad de que se reconozca el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Dicho texto puede interpretarse de manera armónica y sistemática con lo previsto en la Constitución de nuestro país, ya que la delimitación de los conceptos a proteger quedó en la tarea de elaborar una Ley General de Salud que delimitara dichos aspectos, ello se aprecia en la transcripción:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

⁷⁴ Sitio Web del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Derechos Humanos, Pacto Internacional de Económicos, Sociales y Culturales, consultado en la liga <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> el día 27 de julio de dos mil diecisiete a las 14:05 horas.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

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.⁷⁵

De lo anterior se sigue que de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 1° y 4° Constitucionales, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se desprende que, aunque la ley tiene el deber de establecer las bases y modalidades del derecho de protección a la salud, con base en el tratado internacional antes revisado, las mismas deben obedecer a un disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Apreciamos que la inclusión de la reforma a derechos humanos constituye un parteaguas en la interpretación y actuación de las autoridades con respecto a los derechos humanos, no siendo la excepción el derecho a la salud, ni tampoco el análisis de un precepto penal y su penalidad.

Con respecto del artículo 4° Constitucional y el hecho de que las bases y modalidades del citado derecho se hayan dejado a la legislación, cabe hacer un ejercicio para mostrar el alcance y el cambio de interpretación.

En el artículo 23 de la Ley General de Salud, se establece lo que se entiende por servicios de salud, como a continuación se procede a citar:

⁷⁵ Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.”⁷⁶

Se aprecia entonces que los servicios de salud son las acciones en beneficio para proteger promover y restaurar la salud y con motivo de la interpretación sistemática, debe favorecerse la interpretación más amplia para la persona, lo que implica que estos servicios deben de ser del más alto nivel posible para la protección de la salud física y mental.

Cabe hacer la precisión respectiva, el derecho a la salud no implica la obligación impuesta al estado de garantizar el “estar sano” sino a que se desarrollen los servicios con la mayor calidad posible para alcanzar el más alto nivel de salud física y mental posible, si bien esto pudiese aparentar un juego de palabras, tiene una razón primordial de fondo, que consideramos debe de ser estudiada en este apartado.

Ahora bien, por lo que toca a la salud, es un estado de bienestar físico, mental y social. La salud supone la ausencia de enfermedades, pero va de la mano con la alimentación, señalando en párrafos anteriores. El derecho a la Salud otorga a las personas el derecho a contar con servicios de cuidado médico. Sin embargo, el Derecho a la Salud no significa el derecho a estar sano. El derecho a tener buena salud supondría que los países deberían asegurar una buena salud a todas las personas. El Derecho a la Salud obliga al Estado a garantizar a los ciudadanos la posibilidad de disfrutar del mejor estado de salud que sea posible, en el que el Estado debe asegurar el mismo acceso a los servicios de salud a los ciudadanos.⁷⁷

Parecería entonces un juego de palabras el hecho de que se denomine “derecho a la salud” si realmente un estado de salud no es garantizado como tal, no obstante,

⁷⁶ Artículo 23 de la Ley General de Salud.

⁷⁷ Comentario al artículo 4° Constitucional realizado por el Dr. David Cienfuegos Salgado, en Márquez Rábago, Sergio R., (*coord.*), Ob. Cit., p. 25.

debe quedar claro que en nuestra opinión, no puede garantizarse el estado de salud a ninguna persona, puesto que ello implicaría aceptar que se cuenta con los medios, tecnología, conocimiento e infraestructura para poder controlar cualquier situación que dañara la esfera de salud de la persona, situación que en la presente etapa del conocimiento no es posible.

Entonces, si bien existe una protección tanto en el ámbito Constitucional, así como en el ámbito internacional de los derechos humanos, los mismos se enfocan, respecto a la materia que aquí nos interesa, a la protección del acceso a los servicios de salud, lo cual no se contrapone con la interpretación del enunciado “reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” que previamente se estudió.

2. Marco jurisprudencial.

Una vez que se ha analizado el contenido al derecho a la salud, que constituye el bien jurídico a proteger, como finalidad de la pena para los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, cabe ahora analizar la línea jurisprudencial que se ha creado, siendo un fenómeno sin precedentes respecto a la regulación de la actividad del servicio médico.

La línea jurisprudencial que se expondrá tiene su nacimiento en la décima época, resultando desarrollos de tesis de los últimos tres años, en los cuales, se aborda el problema que representa la evaluación de la práctica médica en el derecho.

Una vez más la necesidad de conceptos jurídicos certeros, hace necesaria la creación de estas tesis para mejorar la implementación judicial de la interpretación del acto médico.

Se considera importante el estudio de dicha línea jurisprudencial, puesto que revela la forma de estudiar el acto médico, lo cual incide en la utilidad directa de la pena y su contraste con los tipos penales en estudio.

2.1. Obligación de medios.

Dentro del marco jurídico de los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, se ha creado en la jurisprudencia un concepto denominado “obligación de medios”.

Si bien fue mencionado anteriormente, es preciso ampliar el concepto, puesto que consideramos que ha sido uno de los criterios interpretativos de mayor trascendencia al momento de evaluar jurisdiccionalmente la práctica médica en el ámbito judicial, por lo tanto, constituye un elemento del marco jurídico, puesto que se refiere a las modalidades en que se exige el derecho a la salud de manera específica a los prestadores de servicios médicos.

El concepto de obligación de medios en el ámbito jurídico lo encontramos principalmente en la jurisprudencia de la décima época, existiendo importantes desarrollos ante la creciente demanda e inconformidad con los servicios de la salud por parte de la población lo que aumenta también el índice de casos médico-legales año con año.

La obligación de medios es un concepto usado para explicar la exigibilidad de una conducta al prestador de servicio médicos, esta conducta se desprende propiamente del derecho a la salud antes analizado en el rango constitucional, puesto que lo que se reconoce no es propiamente el derecho a una salud total, sino al acceso a los medios para alcanzar el más alto nivel posible de salud mental y física, por lo cual, la palabra “posible”, está muy relacionada con el actuar que puede exigírsele al prestador de servicios médicos.

Sin mayor preámbulo, la obligación de medios implica exigir al prestador de servicios médicos que realice los actos y conductas necesarias para la consecución de su objetivo, según las experiencias de la *lex artis*.

Para la mejor apreciación, podemos tomar en consideración la siguiente tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla un elemento aleatorio. El médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso. Consecuentemente, el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. En consecuencia, el médico debe adoptar, de forma continuada, decisiones trascendentes para la vida humana. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mala práctica médica, el juzgador está llamado a cuestionar si dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible.⁷⁸

Mediante la tesis anterior, se provee de un criterio jurídico acerca del tipo de obligación que le atañe al prestador de servicios médicos, misma que consiste en un despliegue de curas y atenciones que le son exigidas a un especialista normal y a la vez, reconoce que existe un elemento aleatorio en la práctica médica.

⁷⁸ Tesis 1ª. XXV/2013 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, t 1, enero de 2013, p. 621.

Como se anticipó, con el aumento de los casos médico-legales, se ha creado una tendencia jurídica por comprender y evaluar la práctica médica de una manera objetiva, sin embargo, tanto la medicina como el derecho son lenguajes que crean definiciones y conceptos acerca de la realidad en la que vivimos, y no ha sido fácil comprender con un lenguaje al otro y viceversa.

Aunque el concepto jurisprudencial que se revisó en líneas anteriores es ilustrativo, no podemos dejar de observar que remite a la ciencia médica para determinar aquello que se debe exigir a un profesionalista normal, preguntándonos entonces ¿Cómo puede extraerse ese estándar?, a lo cual daremos respuesta en las líneas que preceden.

El punto clave dentro de los tipos penales revisados, es la necesidad de determinar el contenido de la obligación de medios en cada caso concreto, a la luz del material probatorio, obteniendo un resultado que pueda procesarse dentro del lenguaje jurídico, y en todo caso determinar, si la pena que se instituyó para los tipos penales en estudio tiene una utilidad sobre la conducta que se aleja del estándar médico evaluado a la luz de la amplitud del derecho a la salud.

“El objetivo económico de la imposición de normas de responsabilidad profesional es incentivar la conducta diligente de los proveedores sanitarios y conseguir una disminución del número de errores o negligencias médicas.”⁷⁹

Entonces si consideramos que el elemento a prevenir mediante una penología de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico son las omisiones al estándar de lo que consideramos una conducta diligente o incluso aquella exigible a un profesionalista normal, debemos considerar las enormes

⁷⁹ CARLES M. Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica. Artículo de revisión. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Económicas y Empresarias. Universidad Rovira I Virgili. España, 2003. p. 502. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S021391110371797X>, 17 de julio de dos mil diecisiete a las 11:32 horas.

dificultades a las que se enfrenta el sistema judicial para determinar el estándar de cuidado y tratamiento caso por caso, e incluso la posibilidad de que este mismo no sea conocido o allegado nunca por la naturaleza de las cargas probatorias.

“Las características del mercado sanitario y su relación con el sistema judicial dificultan esta tarea. Si se pretende aplicar un sistema de normas de responsabilidad, es necesario ante todo encontrar una definición exacta de actuación diligente y superar los fallos de mercado, en especial la asimetría informativa que afecta tanto al entorno sanitario como a su relación con el sistema judicial, que impide conseguir una provisión óptima”⁸⁰

Por lo que el concepto de obligación de medios concebido en la jurisprudencia se estima necesario dentro del marco jurídico de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, puesto que nos proporciona la naturaleza de la conducta y un curso a seguir para su evaluación.

Debe advertirse que los criterios jurisprudenciales que se tienen para dicho concepto provienen de la doctrina de la responsabilidad civil, siendo esta un área más explorada que los tipos penales que motivan la presente investigación, no obstante, se consideran un punto de partida y elementos importantes para su estudio dentro del marco jurídico penal.

Como fue anunciado en líneas que anteceden, para evaluar el cumplimiento de la obligación de medios, el juzgador debe obtener la información de lo que es exigible a un profesional normal, el contenido de esta exigencia ha sido también abordada por los criterios de jurisprudencia, y se le ha denominado *lex artis*, como es visible en la tesis que se procede a citar:

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN

⁸⁰ Ídem.

DE MEDIOS O DE RESULTADOS. El daño puede ser patrimonial o moral, aunque ambas clases pueden concurrir al producirse por un mismo evento, por ejemplo, en caso de lesiones físicas, y su acreditación requiere, tratándose de responsabilidad civil médica, la comprobación de que se produjeron las lesiones y fue el comportamiento lesivo del profesional de la medicina el causante de la vulneración a la integridad física, es decir, la existencia de un nexo causal entre unas y otro. Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina y la primera parte del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuyo texto se advierte el comportamiento, al referirse al obrar ilícito, el daño y la relación de causalidad, al apuntar al responsable del daño y a la conducta de éste como causante de esa afectación. Si no se reúnen esos tres elementos, en modo alguno podrá prosperar la pretensión de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, por daño proveniente del ejercicio de la actividad médica. La demostración de esos elementos no escapa a las reglas probatorias generales, previstas en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De esa manera, el actor que afirma que se generó el daño por el médico, debe acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas. Sin embargo, las particularidades del ejercicio de la medicina y de la responsabilidad civil derivada de ello exigen precisiones en materia probatoria. Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico son las que habrán de probarse. Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el ejercicio de la odontología,

supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.⁸¹

A partir de este criterio se hizo patente la aplicación de uno de los términos más importantes para los casos medico legales, que ha motivado una revolución dentro del ámbito judicial, puesto que proporciona un estándar en la forma de valoración y resolución, mediante la comprobación de la *lex artis ad hoc*, y el apego a la conducta médica dicho concepto, para determinar o no si se encuentra cumplida la obligación de medios. Dicho concepto, será estudiado en el siguiente subcapítulo.

2.2 *Lex artis* y *lex artis ad hoc*.

Se aborda el concepto de *lex artis* y *lex artis ad hoc* en el marco jurídico de la presente investigación, ya que el mismo constituye un concepto imbuido en la jurisprudencia de nuestro país, y que ha sido emitida mediante tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sirviendo como un criterio de valoración y comprobación en todos los casos medico legales y es por ello que resulta necesario su consideración e incorporación en la penología de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, ya que es el punto adecuado para conocer la utilidad de la pena con respecto a la sanción.

Sin duda alguna, la interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y el concepto de obligación de medios va aparejado con el concepto de *lex artis*, formando una triada de estudio obligado para moldear el principio de necesidad en la penología de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

La *lex artis*, es un concepto que sirve para definir las reglas técnicas propias de una profesión o especialidad.

⁸¹ Tesis I.4º. C.329 C (9º). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t 5, enero de 2012, p. 4605.

De tal manera que es un concepto necesario para el derecho en la valoración del actuar de un profesional, por tanto, necesario para valorar la práctica médica, y al mismo tiempo conocer el estándar exigible. En consecuencia, la utilidad de la sanción debe guardar relación con la naturaleza de la omisión para considerar que aporta una protección al bien jurídico protegido.

“Consecuentemente, el Tribunal a la hora de valorar si el facultativo ha actuado dentro del riesgo permitido o, por el contrario, ha infringido el deber de cuidado, por extralimitarse en dicho riesgo, tendrá que valerse del denominado estándar médico. Este término no tiene una significación distinta a la *lex artis*, cuyo uso es más habitual y representa el conjunto de reglas de la técnica vigentes en la profesión médica.”⁸²

Al hablar de *lex artis*, tomamos en consideración una estandarización de la práctica médica en la medida de lo posible, la cual depende también del factor de tiempo, e incluso de lugar ya que los avances de la ciencia médica permiten el cambio y sustitución de tratamientos por otros diferentes y más efectivos.

La *lex artis* engloba un elemento fáctico, y a pesar de las dificultades que ello implica, no puede considerarse como un mero elemento subjetivo. Ese alcance lo explica de manera adecuada la siguiente tesis:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. FIJACIÓN DE LA LEX ARTIS AD HOC. De conformidad con lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 93/2011, la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria debe ubicarse en la que requiere una culpa en sentido amplio para acreditar los elementos de la acción, bajo el entendimiento de que se actualiza un supuesto de una obligación de medios, pues a lo que están

⁸² BENÍTEZ Ortuzar, Ignacio F., et. al., Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, España, 2005, p. 328

sujetas las personas que brindan servicios médico-sanitarios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la *lex artis*. Así, se considera que la apreciación de lo que debe valorarse como *lex artis ad hoc* no puede determinarse con meras apreciaciones subjetivas de las partes, sino que deben existir elementos objetivos que permitan al juzgador llegar a una plena convicción sobre cuáles son las conductas específicas que, sin lugar a dudas, debe cumplir el personal médico. Es el juez quien debe especificar cuáles son los deberes de los médicos en cada caso concreto; es decir, no obstante que la *lex artis* puede tener un elemento fáctico, pues se conforma por la práctica médica, es el juzgador quien debe determinarla a la luz del material probatorio del que disponga o del que pueda allegarse.⁸³

En alcance a la anterior tesis, no podemos considerar la existencia de una estandarización universal de la *lex artis* médica, puesto que ella está contenida en la bibliografía, guías y estudios con metodología y relevancia aceptada a gran escala, de un momento y lugar determinados, basados en estudios con variables específicas del ser humano, lugar y entorno de la atención estudiada.

Por ende, consideramos que la *lex artis*, tiene un contenido que varía a través del tiempo, lugar y condiciones del servicio, y que solo puede ser determinado por el derecho en un momento determinado para ser evaluado al momento de su aplicación, sin embargo, el juzgador jamás encontrará a la *lex artis* estandarizada en su totalidad que pueda ser aplicada a todos los casos mediante una especie de subsunción.

Baste decir entonces, que lo que en un determinado año se consideraba como el procedimiento estándar para tratar determinada patología, en algunos años puede haber sido superado y el proceder no podrá ser evaluado bajo el mismo criterio.

La *lex artis* logra permear en todos los actos médicos, puesto que las decisiones del profesional deben basarse en el conocimiento estándar en la mayoría de las veces,

⁸³ Tesis 1ª. CCXXX/2016 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, México, t. I, septiembre de 2016, p. 515.

no obstante, de que existen casos difíciles, al igual que en el derecho, en donde dos tratamientos pueden tener una colisión, siendo necesario orientar el mismo a proteger los valores más importantes, como la vida sobre la función.

Entonces el concepto constituye un elemento que la propia jurisprudencia adoptó como modelo de valoración de los casos médico-legales, con preponderancia en la materia civil, sin que sea óbice su aplicación en materia penal.

Si la *lex artis* define el curso de conducta estándar del profesional, entonces el curso contrario a la misma es una conducta no diligente, que no cumple con la obligación de medios y que, por tanto, es reprochable jurídicamente, motivo por el cual, la pena de cualquier ilícito médico legal, siempre tendrá una amplia relación con el concepto.

No obstante, existe un paso adicional en la determinación de la conducta, para calificarse si es acorde o no a la *lex artis* se requiere de una operación mental, de contrastación y evaluación, la cual se ha llamado *lex artis ad hoc*.

Es precisamente ese paso de “congelar” la realidad así como el conocimiento, lo que se ha denominado *lex artis ad hoc*, y lo consideramos como uno de los pasos más complejos de la valoración judicial de los casos médicos legales, puesto que implica la aplicación del estándar del bloque de constitucionalidad antes reseñado (tanto disposiciones constitucionales, como de tratados internacionales aplicables al derecho humano a la salud), sumando el estándar de la *lex artis* medica del momento del acto médico, comprobada mediante los medios de prueba allegados al procedimiento, para así determinar el criterio valorativo o *lex artis ad hoc*, que debe aplicarse al caso en concreto, lo cual implica sumar factores espacio temporales al proceso mental.

Así mismo el Tribunal deberá valorar otras circunstancias concretas como el lugar y el tiempo en que se efectúa dicha intervención, teniendo en cuenta no sólo los medios con que cuenta el profesional sanitario, sino también la urgencia de esta, o las posibilidades de traslado a un centro con más recursos. La

conurrencia de todas estas variables en la determinación del estándar médico o *lex artis* conforman la denominada *lex artis ad hoc*.⁸⁴

Como se observa, no es una valoración sencilla, puesto que existen múltiples variables que encontraremos en cada caso. Esta postura también ha generado una aceptación de la relación derecho-medicina, la cual en muchos casos no ha sido bien recibida.

Algunas escuelas de medicina no le asignan a esta especialidad la importancia que debería tener en los planes de estudio. Creemos que, a la luz de la situación actual, es un error porque día a día vemos cómo los médicos se ven cada vez más inmersos en problemas médico-legales. En este punto cabe recordar lo que en 1925 decía el profesor Nerio Rojas en su artículo *los títulos oficiales de médicos legistas* y que hoy tiene plena vigencia: "... entre nosotros no existe todavía el verdadero ambiente médico-legal."⁸⁵

La determinación de *lex artis* y *lex artis ad hoc*, requieren de conceptos que escapan de la aplicación pura del derecho, pero también requieren de normas e interpretación que tampoco encontramos contenidos en la medicina, motivo por el cual, la separación que se ha planteado en algunos casos, negando los vínculos, abona a una falta de elementos de decisión y calificación de los tipos penales en estudio.

No obstante, existen esfuerzos que se han incorporado, sobre todo en el campo médico, con la creación de la medicina legal.

A partir de nuestra práctica forense y docente proponemos la siguiente definición de la Medicina Legal que, sin pretender ser abarcativa, condensa el sentido y objeto de la especialidad: "Es la disciplina o especialidad médica que encuadra en las normas jurídicas vigentes, con métodos, técnicas y procedimientos

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ PATITÓ, José Ángel, *Medicina Legal*, Centro Norte, 2ª ed., Argentina, 2001, p. 31.

específicos, trata de dar respuesta a las cuestiones de naturaleza médica que se plantean en el ámbito del derecho.⁸⁶

La extracción de la *lex artis*, es una actividad que se desarrolla en diversas profesiones y especialidades y puede considerarse una actividad transdisciplinaria en un sentido amplio, no obstante ello, en la práctica se ha dejado sujeto a esquemas probatorios que no siempre reúnen las características que deberían para resolver el caso concreto con apego a una interpretación constitucional para la protección del derecho a la salud de los pacientes, ni una exigencia justa a los prestadores de servicios médicos.

2.3. Concepto de indicación médica.

Otro de los conceptos de la jurisprudencia de la Décima Época corresponde al de *indicación médica*, el cual debe atenderse en conjunto con la obligación de medios, así como con la *lex artis*.

El concepto de *indicación médica* responde a la necesidad de tomar una decisión, entre distintos cursos de acción, ante un panorama específico en la etapa diagnóstica o terapéutica, y se diferencia de la *lex artis* en cuanto a que responde a una característica distinta del tratamiento, correspondiente al ¿Qué?, mientras que la *lex artis* responde a una pregunta de ¿Cómo?, lo cual se dilucida en la siguiente tesis:

PRÁCTICA MÉDICA. DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS INDICACIÓN Y LEX ARTIS, PARA DETERMINAR SI SE AJUSTA A LA TÉCNICA CORRECTA. El ejercicio de la medicina está fundamentado en que el profesional que la práctica: a) posee conocimientos científicos; b) permanentemente se actualiza; c) ha desarrollado habilidades y destrezas que le permiten una interpretación correcta de los síntomas y signos que presenta un paciente; y, d) formule un diagnóstico probable que debe afirmarse o descartarse con la realización de los procedimientos y exámenes para aplicar los tratamientos

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 33.

pertinentes. Así, el objetivo de la evaluación respectiva es identificar si el acto médico se realizó o no de acuerdo con los procedimientos y la literatura médica universalmente aceptada, así como en la adopción de una tecnología sanitaria o procedimiento médico pertinente; todo este proceso debe ser realizado con la debida diligencia, pericia y prudencia. En este contexto, la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrictamente vinculados, pero esencialmente distintos. La indicación médica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica, mientras que en la *lex artis* se trata, una vez emitido ese juicio, de aplicar adecuada y correctamente el tratamiento indicado. Consecuentemente, la indicación responde al "sí del tratamiento", a si debe aplicarse ésta u otra medida, mientras que la *lex artis* se refiere al "cómo del tratamiento", al procedimiento o método que se ha de seguir; distinción que es relevante, pues la práctica médica se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis*, cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido, tomando en cuenta que el ejercicio profesional no termina en la sola competencia del médico para la toma de decisiones frente a una situación clínica determinada, ya que existen además actitudes de alto valor moral que deben acompañar a todo acto médico, pues el actuar profesional debe ser enriquecido con virtudes tales como el respeto a la autonomía del paciente, el cuidado, el conocer responsablemente los límites de su capacidad y, sobre todo, la prudencia.⁸⁷

La distinción es prudente, aunque el concepto mismo requiere de una determinación de *lex artis*, sin embargo, por el tipo de casos médico-legales, es común que el punto litigioso constituya un cuestionamiento sobre el porqué de la elección de determinado tratamiento.

Dentro de la medicina, la gran mayoría de actos tienen un riesgo, el cual puede ser mínimo, pero también existen procedimientos cuyo riesgo llega incluso a trastocar

⁸⁷ Tesis: I. 4o.A.90 A (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t 3, Octubre de 2013, p. 1840.

el ámbito de la vida; regla que también es aplicable tanto a la etapa diagnóstica como a la etapa terapéutica.

Aunado a ello, se suma la dificultad de que existen en la etapa diagnóstica, una multiplicidad de estudios, con distintos grados de riesgo y grados de información para determinar el padecimiento, situación que también ocurre al momento de tomar la decisión de llegar a un tratamiento.

Ante el cúmulo de opciones de actuación y el cúmulo de riesgos que pueden llegar a implicar, el médico debe tomar la decisión de ¿qué hacer? respecto a dichos hallazgos, lo que debe hacerse, es lo que está indicado.

Por ende, si bien el concepto de *indicación médica* forma una parte de la *lex artis* en general, la separación es útil por las particularidades que aporta a los elementos de la penología.

A la *Lex artis* le corresponde determinar el ¿Cómo? Y al concepto de indicación médica le corresponde el ¿Qué?.

La delimitación que plantea la tesis aporta al derecho la capacidad de diferenciar una práctica médica debida de una práctica médica indicada.

La práctica médica debida es aquella que se realizó conforme a los lineamientos, estándares, guías de práctica clínica y las reglas de la profesión o especialidad.

La práctica médica indicada es aquella, de entre diversas opciones, que debe realizarse tomando en consideración las condiciones del paciente, así como el riesgo y la finalidad que posea el acto médico.

Puede existir una cirugía llevada a cabo conforme a la técnica adecuada, pero si la misma no era la opción adecuada para el tratamiento del paciente, no puede existir

una indicación médica adecuada, por tanto, la conducta tampoco se adecua a la *lex artis ad hoc*.

Se proponen estos puntos puesto que pueden auxiliar a un análisis objetivo de la utilidad de la pena, siendo particularidades que el juzgador debe evaluar al momento de tomar una decisión en el caso concreto.

3. Cuerpos Normativos Auxiliares.

Una vez que se han estudiado los distintos conceptos jurisprudenciales y su gran aporte a la evolución de la regulación de los casos médicos legales, como elemento de la penología de los tipos penales en estudio, es procedente emprender estudio respecto de elementos secundarios que deben de tomarse en consideración como orientativos para el tipo penal.

Para efectos de la presente investigación, consideramos cuerpos auxiliares a las *Normas Oficiales Mexicanas*, así como a las *Guías de Práctica Clínica*, por su importancia, han auxiliado a la labor de determinación del contenido de los conceptos de *lex artis*, *indicación médica* y obligación de medios en ciertas áreas de la medicina.

Las *Normas Oficiales Mexicanas* son un auxiliar de regulación elaborado por dependencias de la administración Pública, con la finalidad de estandarizar una determinada característica respecto a bienes y servicios, tomando en consideración la información internacional científica y técnica que se tenga, en un ámbito de cooperación, como podemos apreciar en el párrafo cuarto del artículo 44 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, que señala:

Para la elaboración de normas oficiales mexicanas se deberá revisar si existen otras relacionadas, en cuyo caso se coordinarán las dependencias correspondientes para que se elabore de manera conjunta una sola norma oficial mexicana por sector o materia. Además, se tomarán en consideración las normas mexicanas y las internacionales, y cuando éstas últimas

no constituyan un medio eficaz o apropiado para cumplir con las finalidades establecidas en el artículo 40, la dependencia deberá comunicarlo a la Secretaría antes de que se publique el proyecto en los términos del artículo 47, fracción I.⁸⁸

Las *Normas Oficiales Mexicanas*, se contemplan en la citada Ley, estableciendo como finalidades las siguientes en la materia que nos atañe:

Las normas oficiales mexicanas tendrán como finalidad establecer:

III. Las características y/o especificaciones que deban reunir los servicios cuando éstos puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal o el medio ambiente general y laboral o cuando se trate de la prestación de servicios de forma generalizada para el consumidor;

XI. Las características y/o especificaciones, criterios y procedimientos que permitan proteger y promover la salud de las personas, animales o vegetales;⁸⁹

Por tanto, dichos cuerpos normativos resultan ser verdaderos auxiliares al momento de determinar el posible contenido de la *lex artis*, al contar con información, estructurada mediante métodos del Derecho, sobre la ciencia médica y la manera de prestar determinados servicios médicos.

La característica principal es que el conocimiento que aportan es muy general y obligatorio, no proveen de detalles, sino de estándares necesarios a ponderar en la actuación del médico tratante.

Otro tipo de documentos a tomar en consideración son las *Guías de Práctica Clínica*, las cuales son documentos elaborados por la Secretaría de Salud, en conjunto con diversas instituciones del sector salud, teniendo como finalidad reunir

⁸⁸ Párrafo cuarto del artículo 44 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

⁸⁹ Artículo 40 de la Ley Federal de Metrología y Normalización.

la información de carácter científico acerca de un padecimiento, su diagnóstico y un tratamiento, estratificando la información con un nivel de relevancia y validez.

El estudio de ambos documentos se considera importante en el presente capítulo, puesto que son un elemento normativo que orienta el contenido de la *lex artis*, por tanto, el contenido exigible en la obligación de medios con respecto al derecho a la salud de las personas, situación que los hace un elemento obligado a considerar al momento de establecer la estructura operativa de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

Estos documentos no son exhaustivos, pero se encauzan a disminuir la información difusa, (principal problema de la determinación de la *lex artis*) y a la vez, fungen como una herramienta en un caso médico legal, acerca de la determinación del contenido de la técnica estándar para el juzgador, facilitando el puente necesario al acudir a “conceptos exteriores”, que son aquellos que el propio derecho no posee o posee en forma difusa dentro de su sistema normativo.

La justificación de considerar a los cuerpos auxiliares dentro del cuadro normativo de la investigación nace de la necesidad de armonizar un sistema de interpretación para casos médico-legales, en donde no sólo se tengan a la vista elementos de naturaleza jurídica excluyente, sino que también puedan introducirse elementos que la ciencia médica ha aportado mediante una metodología de estratificación.

Por añadidura para la consideración de una penología que otorgue cuenta de la realidad y a la vez proporcione herramientas teóricas para resolver casos médico-legales, debe tomarse una postura transdisciplinaria, y no solamente desde el derecho.

Este problema no es nuevo y ha sido abordado por la doctrina de dos maneras, una conservadora, que ya se ha mencionado anteriormente, que niega la incursión del derecho en conceptos médicos, y la segunda, que busca una regulación a diversos niveles de protección.

En México se distinguen dos posturas jurídicas, reconocidas desde el punto de vista académico. Por un lado, existe una corriente que pretende impedir la división excesiva en el campo del ejercicio del derecho, como ha sucedido con la medicina, al subdividirse en múltiples especialidades y subespecialidades. Por esta razón no acepta la conceptualización de un área nueva, como es la unión del derecho y la medicina, que se le llamaría sanitaria, de la seguridad social, de la salud o médica, y la considera como una rama del derecho administrativo, con lo que le niega su individualidad.⁹⁰

Este enfoque pugna por que el derecho no tenga una incursión conceptual dentro de la medicina, e implica que los casos médicos pueden comprenderse a través de los conceptos que se tienen en la ciencia jurídica.

Esta postura ha dejado a la interpretación judicial, la tarea de intentar llenar los enormes vacíos de certidumbre jurídica tratándose de estos casos, elaborando reglas complejas mediante tesis aisladas en su mayoría elaboradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es de reconocer que los impulsos por proporcionar directrices de interpretación judicial para resolver este tipo de casos han sido valiosos, pero también es importante reconocer que los mismos se encuentran enfocados a la materia civil, y hace falta una adecuación para que permeen dichos criterios a materia penal, con los matices que esta operación implica.

En contraposición a este posicionamiento, encontramos intentos de regulación y control de las condiciones en que se prestan los servicios médicos.

En contraposición está la otra corriente motivada por una creciente influencia ibérica. Dicha corriente integró el derecho sanitario y lo define como el conjunto de acciones preventivas que lleva a cabo el Estado para normar y controlar las condiciones sanitarias del hábitat humano, los establecimientos, las actividades, los productos, los equipos, los vehículos y las

⁹⁰ COTE Estrada, Lilia, Problemas médico legales, correspondiente al capítulo 188 en: Asociación Mexicana de Cirugía General, Consejo Mexicano de Cirugía General, Tratado de cirugía general, 2ª ed., el manual moderno, México, 2008, p. 1516.

personas que puedan representar riesgo o daño a la salud de la población en general, así como fomentar paralelamente el cuidado de la salud a través de prácticas de repercusión personal y colectiva.⁹¹

A través de esta postura encontramos intentos claros de regulación, preponderantemente administrativa, respecto de la actividad médica.

3.1. Normas oficiales mexicanas.

Las Normas Oficiales Mexicanas, son documentos de normalización, de carácter obligatorio, mismas que cuentan con información sobre un determinado rubro, en lo que concierne a la presente investigación, comprende información acerca de estándares de prestación de servicios médicos.

Por otra parte, la Norma Oficial Mexicana, es la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme las finalidades establecidas por el artículo 40°, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, mercado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.⁹²

Es prudente diferenciar a estas normas de las Normas Mexicanas, mismas que si bien reúnen un carácter de estándar, no son obligatorias. Aunado a esto, tienen un nivel generalizado de información respecto del tema específico que trata, de tal forma que la información contenida en ella se encuentra jerarquizada, de tal forma que puede ser exigible a manera de artículos al prestador de servicio médico.

⁹¹ Ídem.

⁹² Ídem.

“Su carácter obligatorio determina que los profesionales de la salud deben conocer las especificaciones de dichas normas oficiales, pues el desconocimiento de éstas de ninguna manera significa que se las puede quebrantar.”⁹³

Por excelencia, una de las Normas Oficiales Mexicanas más importantes de nuestro país, es la NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, misma que fue publicada el 15 de octubre de 2012 en el Diario Oficial de la Federación.

Dicha norma establece los parámetros que las personas deben de registrar dentro de un expediente médico, documento que constituye el registro de las actuaciones del profesional.

“La revisión y actualización de esta norma, tiene como propósito establecer con precisión los criterios científicos, éticos, tecnológicos y administrativos obligatorios en la elaboración, integración, uso, manejo, archivo, conservación, propiedad, titularidad y confidencialidad del expediente clínico, el cual se constituye en una herramienta de uso obligatorio para el personal del área de la salud, de los sectores público, social y privado que integran el Sistema Nacional de Salud.”⁹⁴

Del mismo modo, el documento se encuentra dividido en distintos artículos, de tal forma, que cada uno contempla diversos estadios de atención, como lo son notas médicas de urgencia, notas de hospitalización, reportes del personal profesional y técnico, consentimiento informado, nota de alta, nota de evolución, historia clínica, cada uno de estos rubros se describe la información y campos que debe contener toda nota clínica, ya sea física o incluso de expediente clínico electrónico.

Aunado a esto, los elementos que se contemplan para cada nota se consideran obligatorios, y de esta forma, puede evaluarse el cumplimiento y apego de un expediente clínico a la citada norma.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Texto correspondiente a la Introducción, de la NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico.

Al respecto, es importante ponderar sobre la evaluación del expediente clínico, que ha existido una tendencia de evaluación rigurosa tendiente a tipificar la omisión formal a requisitos del expediente clínico, lo que motivó un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que no puede apoyarse una interpretación rigorista, en donde las reglas del servicio médico sean el fin por proteger, incluso sobre la protección de la salud del paciente.

Ese criterio lo encontramos contenido en la siguiente tesis de jurisprudencia:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR NEGLIGENCIA MÉDICA. ESTÁNDAR PARA VALORAR SI EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA QUE REGULA UN EXPEDIENTE CLÍNICO ACTUALIZA O NO UNA CONDUCTA NEGLIGENTE. En materia de responsabilidad civil extracontractual médico-sanitaria, la obligación de los profesionistas e instituciones médicas es de medios y no de resultados, ya que a lo que están sujetas las personas que brindan estos servicios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la *lex artis*. En ese sentido, el incumplimiento de las pautas establecidas en la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999 (que ya fue abrogada por la diversa NOM-004-SSA3-2012, publicada en el citado medio de difusión oficial el 15 de octubre de 2012), en la que se regulan los elementos y condiciones que debe cumplir un expediente clínico, no conlleva de manera automática el acreditamiento de una conducta culposa ni implica forzosamente la responsabilidad del personal médico-sanitario, dado que en este tipo de acciones se tienen que acreditar todos los elementos de la responsabilidad civil, incluyendo la comprobación de la culpa y su relación con el daño. Así, la actuación diligente del personal médico-sanitario puede efectuarse con independencia de la perfecta o imperfecta integración del expediente clínico. Es decir, podrá haber casos en que el expediente cumpla con todos los requisitos de la Norma Oficial Mexicana, pero a pesar de ello se actualice una conducta negligente en la atención médica de una persona y viceversa. Por tanto, si bien el acto médico es una actuación compleja que debe examinarse en su conjunto y que conceptualmente se conforma por distintas etapas (diagnóstica, terapéutica y recuperatoria), debe resaltarse que aun cuando la elaboración del expediente clínico integra parte de ese acto médico y está estrechamente vinculada con el resto de las actuaciones en la

atención del paciente, el simple incumplimiento de cualquiera de los requisitos, elementos o pautas que marca la Norma Oficial Mexicana aplicable no produce forzosamente que la conducta del respectivo profesionista se vuelva dolosa o negligente, pues dependerá del contenido de esa norma y su regulación del acto médico como parte integrante de la *lex artis ad hoc*. Consecuentemente, cuando se advierta que existe un expediente clínico incompleto o mal integrado, a partir del resto de pruebas presentes en el juicio y atendiendo a la carga de la prueba que corresponde a cada parte, el juzgador deberá analizar los supuestos incumplidos de la Norma Oficial Mexicana respectiva para la conformación o integración del expediente clínico y verificar si su falta de acatamiento o indebido cumplimiento es el acto o parte del acto o la omisión que produjo el daño o si a partir de esa circunstancia se produjo una ausencia de información que conllevó la pérdida de la oportunidad de corregir el daño o a impedir que éste ocurriera.⁹⁵

Respecto a dicho criterio, es visible que la normatividad que rige el expediente clínico no puede considerarse un fin en sí mismo, sino que debe valorarse si la omisión o el incumplimiento a una Norma Oficial Mexicana como es la del expediente clínico, puede o no actualizar una violación a un bien jurídico tutelado, que debe de ser el acceso al más alto nivel de salud físico y mental posible.

Este ejercicio nos resulta muy ilustrativo para demostrar que los cuerpos auxiliares están siendo utilizados para ventilar y resolver los casos medico legales, por lo cual, se consideran parte necesaria e indivisible del marco jurídico de la penología de los tipos penales en estudio.

Es más, existen múltiples Normas Oficiales Mexicanas, dependiendo de la especialidad y campo de acción del profesional médico, así como diversas normas de la misma índole para orientar la práctica médica, equipamiento de consultorios, estándares básicos para procedimientos médicos de importancia que se llevan a cabo muy constantemente, como por ejemplo la Norma Oficial Mexicana, NOM-015-SSA2-2010, para la prevención, tratamiento y control de la diabetes mellitus, así

⁹⁵ Tesis: 1a. CXCVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, México, t I, julio de dos mil dieciséis, p. 324.

como la NOM-007-SSA2-2016, para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, mismas que también son de observancia para el médico.

Si bien dichas normas oficiales se basan en una cristalización de estándares que todo tratamiento o diagnóstico realizado para tales condiciones debería tener, por la misma obligatoriedad que revisten, tiene un carácter general, y no realizan pronunciamientos sobre la *lex artis* de manera pormenorizada, pero si aportan bases para conocer u orientarla.

Esa pormenorización tan deseada, se encuentra en evolución, y ha quedado a cargo de diversos documentos, entre los cuales sobresalen las Guías de Práctica Clínica.

3.2. Guías de práctica clínica.

La tarea del conocimiento y recopilación de la *lex artis*, y su difusión se ha otorgado al Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud, mediante el Programa Nacional de Guías de Práctica Clínica, las cuales constituyen un catálogo de muchos padecimientos, sobre la información más reciente que se tiene sobre los tratamientos que deben aplicarse.

A la fecha de la presente investigación existen 724 guías de práctica clínica diferentes, cada una de ellas se divide en dos, una guía de referencia rápida, así como una guía con evidencias y recomendaciones, la cual tiene un esquema pormenorizado sobre la información y el grado de confiabilidad de esta.

Sobre el tema que aquí nos interesa, en cada una de las guías de práctica clínica, en la primera página tiene una nota muy importante, la cual, estimamos adecuado citar por su relevancia:

Esta Guía de Práctica Clínica fue elaborada con la participación de las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Salud, bajo la coordinación del Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud. Los autores han hecho un esfuerzo por asegurarse que la información aquí contenida sea completa y

actual; por lo que asumen la responsabilidad editorial por el contenido de esta Guía, que incluye evidencias y recomendaciones y declaran que no tienen conflicto de intereses.

Las recomendaciones son de carácter general, por lo que no definen un curso único de conducta en un procedimiento o tratamiento. Las variaciones de las recomendaciones aquí establecidas al ser aplicadas en la práctica deberán basarse en el juicio clínico de quien las emplea como referencia, así como en las necesidades específicas y las preferencias de cada paciente en particular; los recursos disponibles al momento de la atención y la normatividad establecida por cada institución o área de práctica.⁹⁶

De la anterior cita se coligue que el intento más cercano a agrupar la *lex artis* no puede ser considerado como la verdad acabada o final, ni tampoco como el único tratamiento que debe de practicarse, puesto que sirven para una orientación de la práctica médica, pero reconoce implícitamente la capacidad del médico tratante de apartarse del mismo, con base en el juicio clínico y los hallazgos encontrados en el caso clínico.

En ese momento, confirmamos que la *lex artis* tiene una función y método de obtención distinto al de la *lex artis ad hoc*, puesto que esta última implica tomar en consideración todos aquellos factores del caso en concreto, que incluso llegan al extremo de variar la *lex artis*.

Las pequeñas aproximaciones que se han plasmado líneas arriba, no tienen la finalidad de realizar una investigación exhaustiva acerca de las guías de práctica clínica, ni tampoco sobre la legislación medica propiamente, sino para hacer patente la necesidad de incorporar estos elementos dentro de la valoración de una penología de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, debido a que estos documentos constituyen el contenido de los actos que son exigibles al prestador de servicios médicos a la luz de una

⁹⁶ Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud, Guía de Práctica Clínica: Diagnóstico y Tratamiento del Aborto Espontáneo y Manejo Inicial del Aborto Recurrente, Secretaría de Salud, México, 2009, p. 2., en http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/088_GPC_Abortoespyrecurrente/ABORTO_EVR_CENETEC.pdf, consultada el dos de agosto de dos mil diecisiete.

racionalidad de protección del derecho a la salud. No puede estudiarse la penalidad del tipo, sin conocer la esencia de la conducta que se pretende evitar o prevenir, así como sancionar.

Comprender la naturaleza compleja y multidisciplinaria de estos tipos penales, nos auxilia a mejorar su implementación, y para efectos de esta investigación, conocer si el aumento a la penalidad de éstos constituye una medida idónea para la protección del bien jurídico o si en el caso en concreto, no se están tomando en consideración para dicho aumento.

4. Código Penal para la Ciudad de México.

Los preceptos que contemplan los tipos penales de los delitos en estudio son el terreno de aterrizaje de todos los conceptos que se han visualizado, debiendo considerarse en el caso concreto, los elementos que integran la argumentación de la vulneración o no del bien jurídico protegido: el derecho a la salud.

Podemos hacer un contraste entonces, respecto del bloque de constitucionalidad y la reforma al código penal para el entonces Distrito Federal, tomando en consideración las posturas que se tienen respecto del derecho médico.

El punto de partida debe de ser el derecho a la salud, contemplado constitucionalmente, así como en el derecho internacional de los derechos humanos, respecto a los servicios médicos, el estado debe reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Desde esta premisa, los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, contienen términos con grandes área de oportunidad, que requieren de la determinación de la *lex artis* y posteriormente la *lex artis ad hoc* si se desea lograr una verdadera protección del derecho a la salud del paciente, puesto que de lo contrario se protegería un servicio médico estático, que protege un discurso específico y no propiamente el derecho a la salud, con ello puede evaluarse

una adecuada utilidad de la penalidad impuesta y en todo caso ajustarla e implementar la atención en campos que requieren mayor implementación.

Por lo que hace al delito de negativa del servicio médico, consistente en la conducta de quien estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atiende o no solicite el auxilio a la institución adecuada, puede observarse que en un primer momento se encuentra encaminado a proteger un bien jurídico ubicado dentro del derecho humano a la salud.

Lo anterior se considera así puesto que tanto el derecho a la salud como el derecho al acceso a los servicios de salud se orientan internacionalmente por el nivel más alto posible de salud física y mental, por lo tanto, su negativa a proporcionarlos indudablemente atenta contra dicha protección buscada, puesto que el primer paso para la evaluación de la atención médica a la luz del derecho penal es verificar si efectivamente existió una conducta.

No es posible reconocer el derecho de una persona a un servicio de salud del más alto nivel posible, si se permite que exista una negativa injustificada a tal derecho.

Por ello, puede considerarse que, si bien el tipo penal puede satisfacer el principio de necesidad de la pena, procede entonces el análisis de la utilidad de esta.

El tipo penal, no establece ningún elemento de orientación sobre la consideración de lo que debe entenderse como un tratamiento necesario, por ende, el aumento de la penalidad no tiene una utilidad justificada, puesto que tampoco se encamina a la protección de la salud del paciente.

Por tanto, la aplicación interpretativa de la *lex artis* y *lex artis ad hoc* e incluso el concepto de indicación médica, aparecen como elementos necesarios, y con ellos una prudente evaluación de la conducta del facultativo, para verificar si efectivamente existe la adecuación de la conducta al tipo.

Consideramos que el término “posible” dentro de la concepción otorgada al derecho a la salud dentro del derecho internacional de los derechos humanos, hace necesaria la inclusión de la valoración mediante la *lex artis*.

Ello debido a que la *lex artis* como regla técnica y específica de la profesión o especialidad médica concreta provee a la evaluación de distintos cursos de conducta en función de las características de la patología del paciente y de las condiciones clínicas.

Entonces, al momento en el que un juzgador realice el estudio de los elementos del delito de negativa del servicio médico, también tendrá que considerar la regla proporcionada por la *lex artis*, y no aplicar de manera automática la norma jurídica contenida en el artículo 324, fracción I del Código Penal, puesto que solo de esa forma, se colmará el principio de utilidad de la pena en materia penal, en virtud de implica un análisis interpretativo del derecho a la máxima protección posible de la salud de la persona.

De esta forma también se evitan interpretaciones que tiendan a proteger un tratamiento en lo específico, así como el fenómeno de medicalización.

En ese sentido, la falta de proporcionalidad de la pena en la reforma respecto al tipo de negativa del servicio médico implica señalar que la misma fue aumentada con la idea de evitar la realización de una conducta, sin una revisión de la utilidad de la pena, de su necesidad, de la congruencia con ordenamientos internos, la doctrina del bloque de constitucionalidad y por último sin tener bien en claro que es lo que se está protegiendo y qué debe sancionarse.

Para determinar el acreditamiento o no de la conducta, el juzgador debe acudir a la *lex artis*, puesto que el derecho no le proveerá de todos los conocimientos para determinar si el médico:

a) ¿Cuál es la actuación que debe tomarse como estándar para el tratamiento de la patología del paciente?

b) ¿Qué características debe tener el médico que está en posibilidad de brindar dicho acto?

c) ¿Qué factores se requieren para brindar la atención proporcionada?

Determinado este marco teórico, el juzgador debe efectuar el paso de evaluación y adecuación del caso concreto, por lo que surgen interrogantes como:

a) ¿Se encontraba facultado para brindar la atención médica al padecimiento específico?

b) ¿Tenía la posibilidad el prestador de servicios médicos de proporcionar dicha atención en el lugar y tiempo en el que se encontraba?

c) ¿Cuál fue la actuación que el médico tomó en el caso en concreto?

Es necesaria la aparición entonces de las reglas técnicas específicas, para poder determinar todo lo anterior y con base en ello, evaluar la conducta, si se encontró apegada o no a la *lex artis*.

No obstante, esas reglas no son determinadas ni referidas en el tipo penal, sino que tenemos que acudir a los elementos normativos auxiliares, así como a la interpretación del bloque de constitucionalidad para realizarla, por lo cual, el aumento de la penalidad no otorgó una solución a la mejora de implementación del tipo penal en comento, ni tampoco protege de una forma específica el derecho de acceso a la salud de las personas.

Estas preguntas van encaminadas y se proponen para verificar el cumplimiento al bloque de constitucionalidad, así como al derecho internacional de los derechos humanos, respeto del tipo penal en estudio, puesto que la redacción como tal no garantiza una función de la pena que proteja dichos estándares.

El aumento de la penalidad no resuelve tampoco los temas pendientes en donde el juzgador se ve forzado a entrar en el estándar técnico, que escapa de las reglas del derecho, como ocurre en casos en donde era necesaria una cirugía.

“Uno de los ejemplos más característicos de profesión carente de normas jurídicas de regulación, donde el Ordenamiento jurídico no tiene otra solución que acudir al estándar técnico, o a la opinión mayoritaria de los especialistas en el ramo, como indicio para determinar el deber de cuidado, es la actividad médico-quirúrgica.”⁹⁷

No obstante, encontramos aún casos en donde no se están tomando en consideración los elementos de posibilidad y factibilidad de la atención médica, y se les procesa a los prestadores de servicios médicos, cuando no tenían ni la capacidad ni los medios para prestar el acto que se les exige.

La necesidad de determinar las reglas del caso concreto, son aplicables también para la segunda hipótesis del artículo 324, que señala como hipótesis el negarse a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Nuevamente en esa hipótesis el juzgador se enfrenta con la importancia de las condiciones en las que se desarrolla la conducta, así como la que debería de haber sido desarrollada.

El sólo hecho de que el artículo señale “cuando corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave”, hace referencia a la necesidad de acudir a la *lex artis ad hoc*, para determinar si la condición de la persona puede desencadenar la muerte o un daño más grave, así como cuáles son las circunstancias del caso, a efecto de verificar si podía o no recurrir a otro médico o servicio de salud.

⁹⁷ BENÍTEZ Ortuzar, Ignacio F., et. al., Ob. Cit., p. 327

Nuevamente, la conducta aislada que puede evaluarse de una negativa del servicio médico, no puede ser sólo considerada desde el derecho, ni puede ser solamente determinada como ilícita, puesto que la valoración implica la necesidad de determinar reglas técnicas para cada caso en concreto, por lo tanto, el tipo penal tampoco tiene establecido un objetivo ni una justificación de la pena, siendo por tanto, no idóneo el aumento de una sanción cuando el artículo no ha sido determinado en cuanto a contenido y elementos a defender.

Hemos pretendido otorgar un contenido específico a estos tipos penales mediante la revisión del presente marco normativo, en el que se recalcó que la mayoría de las tesis requieren ser armonizadas al derecho penal, puesto que provienen de la materia civil, pero eso no resta importancia ni la necesidad de aplicar los mismos.

Debe precisarse que el establecimiento de las reglas técnicas que comprenden a la *lex artis*, tampoco puede ser ignorado en la conducta ilícita que corresponde al de abandono del servicio médico.

Recordando la hipótesis ya reformada, se impondrán de uno a cuatro años de prisión al médico que, habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, por lo tanto, se observa que dicho tipo penal tiene una necesidad, pues obedece a proteger una continuidad en el tratamiento médico, que el mismo no se vea interrumpido al libre albedrío del médico tratante.

No obstante, a pesar de que dicho tipo penal pareciera ser posible su evaluación aislada en el campo del derecho, debemos precisar que no acontece de tal forma, puesto que la calificación de “dejar de prestar el tratamiento” precisa del requisito previo a conocer ¿Qué tratamiento se instauró? ¿Cómo inicia? y ¿cómo finalizar? e incluso ¿puede llegar a suspenderse?, aunado a todo ello, ¿Quién es la autoridad competente?

Nuevamente el juzgador requiere de conocimientos que escapan del Derecho puramente, para evaluar el caso concreto, debiendo allegarse de material probatorio que las partes tienen que hacer valer también.

Por último, el ilícito que se ha denominado practica indebida del servicio médico, que tiene diversas hipótesis, resulta de sumo interés su estudio, por cuanto a que algunos de sus elementos no obedecen a una protección específica.

Una de las hipótesis más complejas, es la correspondiente a la segunda parte del artículo 325 del Código Penal que establece “al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia”.

Este apartado ha sido uno de los más controversiales en los últimos años, puesto que el término “obligaciones que impone la materia” es demasiado amplio, subjetivo y a la vez difuso.

En un primer momento, no se identifica que “materia” se está hablando, lo cual suma a la complejidad del tipo penal, así como a la necesidad de su comprobación.

Cabe precisar entonces, que todo tipo penal debe tener un bien jurídico valioso que debe protegerse, y en el presente caso, se crean confusiones al respecto.

Consideramos que el bien jurídico a proteger en el capítulo es el derecho a la salud de los usuarios de un servicio médico y no el propio servicio médico en sí mismo.

Lo anterior se considera así en virtud de que el servicio médico existe para salvaguardar el derecho a la salud, en los términos del bloque de constitucionalidad que fue estudiado líneas arriba, es decir, para cumplir con la obligación constitucional de reconocer a las personas el mayor nivel posible de salud física y mental.

Por lo tanto, el fin orientador del servicio médico debe de ser el máximo nivel posible de salud física y mental, por lo cual, debe excluirse la posibilidad de tomar al servicio médico como un fin en sí mismo, puesto que ello conlleva a considerar que las

normas y técnicas de tratamiento son inviolables y su mera infracción, por más mínima que sea, debe ser penada, cuando en realidad deben de ser un criterio orientador del buen juicio clínico, siendo tomadas como un factor y no como un determinante.

No obstante, todo lo anterior, hemos encontrado casos en la práctica, en la cual, se pretende sancionar cualquier omisión de la práctica clínica, tipificándola en este ilícito penal, incluso aún y cuando se acredite que no existe una lesión a la salud del paciente.

Uno de los casos más recurrentes, es la omisión a la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico, NOM-004-SSA3-2012, misma que señala todos y cada uno de los requisitos que debe cumplir cada uno de los documentos que integran el expediente médico.

Por tanto, una imputación frecuente y causa de investigación, lo constituye en muchos casos el hecho de no haber asentado algún dato en el expediente clínico o el utilizar una abreviatura.

Deseamos señalar que no debe minimizarse el hecho de que debe cumplirse cabalmente la citada Norma, y no debe soslayarse su cumplimiento, sin embargo, existen instancias que la propia Norma y la Ley General de Salud señalan para verificar su cumplimiento, como lo son las visitas de la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, que verifica el cumplimiento de disposiciones administrativas, por tanto, su cumplimiento no guarda una necesidad ni tampoco idoneidad en el ámbito del derecho penal, pues ello implica elevar a bien jurídico protegido el servicio médico por sí mismo y las reglas y normas técnicas que lo contienen, lo cual, conlleva a abrir la posibilidad de que el contenido de la norma sea fijada por un factor externo al derecho, en perjuicio del principio de tipicidad y certidumbre jurídica del destinatario de la norma.

Por lo tanto, consideramos que la idoneidad y necesidad de la pena, no se encuentra justificada en el tipo penal, tal y como se encuentra previsto.

Todo ello consideramos que se ha convertido en un área de oportunidad para orientar el análisis del juzgador en el estudio de la descripción típica al momento en que las partes alleguen el material probatorio, puesto que incluso considerando que el servicio médico formal deba de ser un bien jurídicamente tutelado, el juzgador debe de allegarse de los conocimientos suficientes que le permita conocer ¿Cuál es el tratamiento indicado por la *lex artis*?, puesto que de lo contrario, el tipo penal se torna en una descripción tan vaga que da lugar a una medicalización, apoyada por el derecho, en el cual, no se está protegiendo un bien jurídico a la luz de valores constitucionales como lo es la salud, sino que se protege un proceso ideológico de lo norma y lo debido en el área de la salud.

En cuanto a las demás hipótesis del tipo penal de práctica indebida del servicio médico, cabe precisar que tampoco se encuentran exentos de un análisis bajo la fórmula que se ha planteado.

Apreciamos entonces que el juzgador requiere del establecimiento de la *lex artis* y la realización de un ejercicio de comparación con la versión del caso en concreto, para poder determinar la *lex artis ad hoc* que se aplicará en su decisión judicial, para absolver o para condenar al profesional médico.

Observamos que los tipos penales de abandono, negativa y practica indebida del servicio médico requieren de una investigación acuciosa y que, para su determinación, el juzgador deberá acudir a fuentes de conocimiento más allá del derecho, erigiéndose como prueba estándar el dictamen pericial, así como las documentales consistentes en bibliografía aplicable al caso concreto que contenga normas técnicas, definiciones o conceptos aplicables al caso.

*El médico no debe tratar la enfermedad,
sino al paciente que sufre de ella.*

(Maimonides).

CAPÍTULO 4. "LA INCONGRUENCIA PUNITIVA DEL TIPO PENAL DE ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO A LA LUZ DE LA REFORMA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2014 AL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL"

En el presente capítulo, se realiza el contraste entre las baterías conceptuales provenientes de las teorías de justificación punitiva, con relación a los tipos previstos en nuestra codificación local y su reforma, a efecto de verificar si se cumplen los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la sanción.

1. Análisis de la reforma a la luz de la *Teoría de la reinserción social*.

La reinserción social se encuentra contemplada dentro de la teoría de la prevención especial, puesto que lo que se busca es la prevención del crimen utilizando diversas medidas legales, no sólo el temor a la sanción, sino también el tratamiento de las personas que incurran en este tipo de ilícitos, para que se obtenga un cambio en la manera en que se desarrollan en la sociedad, que les permita no volver a realizar estas conductas.

Su portavoz durante el siglo XIX fue Franz v. Liszt (1851-1919). Según su concepción, la prevención especial se realiza por medio de la pena, la cual lleva implícita una coacción que puede ser de tres formas: una coacción directa asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; una coacción psicológica indirecta intimidando al autor,

mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección.⁹⁸

Dentro de este posicionamiento, como antecedente de la reinserción social, se tiene la readaptación, concepto que ha experimentado diversos cambios con el tiempo. La visión se centra en la persona que delinque, quien es el centro de cambio de estas posturas, buscando como premisa la posibilidad de brindarle un tratamiento para que no cometa las conductas reprobables.

En el primer estadio de la teoría, se observa a la persona que delinque como un ser degenerado, que no se encuentra adaptado a la sociedad, la causa es estudiada desde la biología, la psiquiatría y la medicina.

Por lo tanto, el posicionamiento parte del concepto de lo normal como lo que se encuentra adaptado, ello implica la capacidad de adecuarse a un medio específico y sus condiciones, de tal forma que se desarrolle la actividad del individuo en congruencia o armonía con el entorno.

Por añadidura, encontramos que la corriente tiene una fuerte influencia de la biología y de la psiquiatría, puesto que se toma en consideración la adaptación de las especies al medio biológico, trasladando el concepto a lo social.

“Si se traslada este “medio”, equiparando los factores físicos, a aquél en el que nos desarrollamos los seres humanos, la sociedad, el hombre debe adaptarse a dicho medio, y éste debe ofrecerle por lo menos lo indispensable para que pueda adecuarse, adaptarse y desarrollarse (empleo, educación, recreación, etcétera). Hablamos entonces de la adaptación como una relación dual recíproca.”⁹⁹

Cuando el individuo no tiene la capacidad de colocarse en los espacios que el medio otorga al mismo, entonces puede darse la posibilidad de una conducta de no adaptación, que vaya en contra del equilibrio del medio.

⁹⁸ BALMACEDA, Hoyos, Gustavo, Estudios de derecho penal general: una aproximación a la teoría del delito y de la pena, Ediciones nueva jurídica, Colombia, 2015, p. 396.

⁹⁹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010, p. 47.

Pero no puede pasarse por alto que la teoría también establece una relación dual, puesto que es el medio del que también debe proveerle de lo indispensable para adecuarse, adaptarse y desarrollarse.

En este planteamiento, la persona “desadaptada” realiza conductas en contra de la sociedad, medio en el que se desarrolla, siendo necesario un tratamiento, a efecto de readaptar e ingresar a la persona a la vida social, partiendo de la base de que ese tratamiento le puede proporcionar los esquemas de adaptación al medio.

“Se trata de una política criminal que, sobre la base de la libre determinación quiere desarrollar en el autor de un hecho punible la voluntad y capacidad, por medio de ayudas psiquiátricas, psicológicas, pedagógicas y sociales, para que en el futuro lleve una vida libre de conminaciones penales.”¹⁰⁰

Entonces el objetivo y utilidad de la sanción se cumplirá cuando el tratamiento incida de tal forma en el transgresor del orden, tomando en consideración los factores psicológicos, que el mismo se encuentre con la posibilidad de adaptación adecuada al medio.

Partiendo de dicho análisis, debemos considerar que la teoría toma como base la alteración de elementos psiquiátricos, psicológicos de la persona inadaptada, para rehabilitar su adaptación, pero también tiene claros al considerar al individuo como un ser degenerado, diferente y por tanto excluido en muchos sentidos, incluso se llegó a ponderar la idea de un derecho a la no readaptación.

“Asimismo, la teoría preventiva especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana.”¹⁰¹

Este particular tópico fue revisado mediante la reforma de derechos humanos, así como la inclusión de la teoría del bloque de constitucionalidad, sustituyendo el término de *readaptación* por *reinserción*, el respeto a los derechos humanos pasa

¹⁰⁰ Ibid. p. 48.

¹⁰¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Civitas, España, 1997, p. 88.

a ser un eje estructural de la política penal, para lograr este fin, se abandona el término delincuente. Esta incursión se observa reflejada en la siguiente tesis:

REINSERCIÓN SOCIAL. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la evolución histórica del artículo constitucional citado, se advierte que los cambios en su redacción reflejan los diversos propósitos que han perseguido la pena y el sistema penitenciario en su conjunto; en principio, se consideró que el autor del delito era una persona degenerada, de ahí que la Constitución General tuviera como finalidad su regeneración; en un segundo momento, se le percibió como un sujeto mental o psicológicamente desviado que requería de una readaptación, en ambos casos debía ser objeto de tratamiento; mientras que las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y el 10 de junio de 2011, respectivamente, básicamente resultaron en: i) La sustitución del término "readaptación" por "reinserción"; ii) El abandono del término "delincuente"; iii) La inclusión del fomento al respeto por los derechos humanos, como medio para lograr la reinserción; iv) La inclusión de un objetivo adicional a "lograr la reinserción", a saber: "procurar que la persona no vuelva a delinquir"; y, v) La adición del concepto "beneficios" como parte de la lógica del sistema penitenciario. De este modo, la intención del Constituyente consistió en cambiar el concepto penitenciario de readaptación social por uno más moderno y eficiente, denominándolo "reinserción" o "reintegración" a la sociedad apoyado, entre otros elementos, en el respeto a los derechos humanos y el trabajo. Por tanto, a raíz de la citada reforma de 2008, la reinserción social, como fin de la pena, no acepta la idea de que al culpable se le caracterice por ser degenerado, desadaptado o enfermo, y que hasta que sane podrá obtener no sólo la compurgación de la pena, sino inclusive alguno de los beneficios pre-liberacionales que prevé la norma. En consecuencia, el ejercicio de la facultad legislativa en materia de derecho penitenciario no puede ser arbitraria, pues la discrecionalidad que impera en la materia y que ha sido reconocida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente en materia de beneficios preliberacionales, debe aspirar a conseguir un objetivo

constitucional, consistente en la reinserción social del individuo, antes que en su regeneración o readaptación.¹⁰²

Por tanto, el artículo 18 Constitucional se modificó para tener en consideración a la *reinserción social*, como teoría para fundar una política criminal, ya no de readaptación como tal mediante un tratamiento psicológico y psiquiátrico, sino con la finalidad de hacer que el individuo tenga la capacidad de insertar en la sociedad nuevamente y que no vuelva a delinquir, con los ejes fundacionales consistentes en los derechos humanos, el trabajo y el deporte.

El cambio es notable en cuestión de derechos humanos, no obstante, la apuesta por un método que haga que el individuo pueda reinsertarse en la sociedad, continua vigente en la discusión doctrinaria.

Tomando en consideración estos posicionamientos para intentar justificar la pena, intentaremos extraer la utilidad de esta dentro de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

En primer lugar, debemos ubicar el medio en el cual se encuentra inmerso el médico y el sub-medio que implican los tipos penales en estudio, ya que el médico en un principio es un garante de la salud en la sociedad, de la misma que ha obtenido los conocimientos para efectuar los actos y tratamientos en aras de la protección de la salud.

Al identificar un sub-medio, nos referimos precisamente a la *lex artis*, puesto que como se observó en los capítulos que preceden, se trata de tipos penales que requieren del conocimiento del ¿Cómo? y ¿Qué? es lo exigible al médico en un caso concreto, para así calificar el acto conforme al tipo penal.

Entonces si consideramos que el médico se apartó del tratamiento médico estándar o exigible en el caso concreto, hipótesis que incluye las variables de una conducta culposa, mediante negligencia, impericia o falta de cuidado así como en la minoría

¹⁰² Tesis: 1a. CCXXI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, México, Décima Época, México, t I, septiembre de 2016, p. 509.

de los casos, de una conducta posiblemente dolosa, obtenemos que la pena estaría dirigida a reinsertar al médico en dicho medio y sub-medio, así como a la reparación del daño causado, para que la teoría de la *reinserción social* pudiese ser satisfecha en cuanto a la aplicación de los tipos penales.

No obstante, advertimos que la sanción no tiene una relación idónea con el sub-medio, puesto que no se está considerando dentro de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, porque la pena específica de dichos tipos es la privación de la libertad, la multa y en su caso la suspensión en el ejercicio profesional.

La privación de la libertad mediante el encarcelamiento en prisión no contribuye a la actualización de la *lex artis* del profesional médico, ni mucho menos contribuye al mejoramiento de su construcción u observancia, puesto que no existe ningún espacio en una prisión para adquirir conocimientos específicos para un especialista o subespecialista de la medicina.

El profesional tampoco puede ejercer de ninguna forma dentro de la prisión, ante lo cual, el conocimiento de la *lex artis*, se diluye a través del tiempo, dejando de ser cada día un profesional.

Por dicha razón, consideramos que la pena privativa de prisión y su correspondiente aumento, no mejora en ningún momento el panorama de aplicación de la *lex artis*, ni tampoco se enfoca en la protección del derecho a la salud de las personas.

De igual forma, la teoría de la *reinserción social* no nos proporciona un esquema de proporcionalidad que justifique el aumento de la pena de prisión en la reforma a dichos tipos penales, considerando que muchos pueden llegar a cometerse sin peligro de reincidencia, por lo que el panorama de la *reinserción* mediante la pena de prisión, no cumple una relación de congruencia entre la sanción y la finalidad de reincidencia dentro de los tipos penales de abandono, negativa y prestación indebida del servicio médico.

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización, p. ej., los autores de delitos imprudentes, los autores ocasionales de pequeños delitos, y los autores de delitos graves, pero en los que no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de peligro irrepitable. En este mismo sentido se pronuncian Roxin/Arzt/Tiedemann, quienes afirman que el paradigma rehabilitador no resulta ser aplicable a quienes han cometido delitos en circunstancias o condiciones de difícil repetición: no es posible afirmar que se trate de una persona peligrosa que amerite un tratamiento rehabilitador.¹⁰³

Para que pudiese hablarse de una *reinserción* del profesional médico, debemos considerar el medio técnico en el que se desempeña, dado por la *lex artis*, situación que en las actuales condiciones no puede ser desempeñada en la prisión e incluso puede tenerse un efecto inverso, de inutilización del individuo; la teoría podría llegarse a cumplir si los resultados de los procesos médico legales fueran tomados en consideración para retroalimentar la *lex artis*, y de esa manera, lograr la evolución del medio así como del propio profesional médico, lo cual, de ninguna manera implica la pena de prisión tal y como la conocemos actualmente.

Por otra parte, en el supuesto de que se lograra la rehabilitación del individuo, se hablaba al iniciar el presente capítulo de la adaptación como relación dual, recíproca entre el sujeto y sociedad. Si el individuo que infringió la ley quedara rehabilitado por efecto del tratamiento penitenciario, se habría tenido éxito sólo con una de las partes, mientras que la otra, la sociedad, adolece todavía de condiciones socioeconómicas desfavorables, por lo que el proceso de recuperación del delincuente quedaría incompleto.¹⁰⁴

Entonces la utilidad del tratamiento dentro del sistema penitenciario, pretendiendo una reinserción social del profesional médico, dentro de la pena aplicada a los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, no se justifica dentro del sistema de la *prevención especial*, ya que el sub-medio que constituye la *lex artis* no tiene ninguna influencia de la sanción, por lo tanto no se

¹⁰³ BALMACEDA, Hoyos, Gustavo, Ob. Cit., p. 397.

¹⁰⁴ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, Ob. Cit., p. 52.

realiza una reinserción social tomando en consideración los ejes del trabajo y la capacitación.

En la mayoría de los tipos penales aplicables a los médicos, se ha reconocido que los mismos son principalmente cometidos a título de culpa, debido a negligencia, imprudencia o falta de cuidado, en atención a ello es que el deber de cuidado, así como de previsión en el actuar, constituyen una parte de la técnica de la *lex artis* que se vulneró por parte del prestador de servicios médicos, situación a la cual debemos atender para cumplir con la finalidad del artículo 18 constitucional.

Entonces, si la finalidad marcada por el artículo 18 es que el individuo no vuelva a cometer el delito, mismo que se basó en un alejamiento de la *lex artis*, entonces el tópico sobre el cual debe trabajarse dentro de la prevención especial del delito es en todo caso el apego a esa *lex artis*, y no optar como única opción a una pena privativa de la libertad, como sanción de intimidación, misma que de aplicarse, despersonaliza e inhabilita al profesional médico, con efectos que van incluso más allá de la finalidad supuesta de la sanción.

1.1 Alcance en la utilidad del aumento punitivo de la reforma para la reinserción social.

El aumento punitivo de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio público es fruto de una tendencia de elevación de la pena, que puede cumplir varios fines, como puede ser intimidatorio, de exigencia social, de legitimidad, en el que se puede basar la teoría de la prevención especial de los delitos, no obstante, la incomunicación y falta de retroalimentación del derecho a la medicina, ha hecho que el profesional médico desconozca los tipos penales aludidos.

Ante un desconocimiento total, la parte intimidatoria de la prevención especial no surte el resultado deseado que el posicionamiento de la *reinserción social* busca,

puesto que no se puede obtener la observancia de la norma, cuando la misma no se conoce.

Entonces, ante la falta de la función intimidatoria, sólo se cuenta con la parte de la pena privativa de la libertad como factor de *reinserción*, papel que no puede ser cumplido, en virtud de que el sujeto a *reinsertar* fue procesado por causas técnicas de su profesión y no precisamente por una inadaptación social, por lo cual, la pena de prisión no obedece a un fin u objetivo de que el profesional no vuelva a delinquir, al no sentar las bases de corrección del alejamiento de la técnica médica.

Al respecto, las consideraciones del maestro Claus Roxin en relación a las debilidades del enfoque de prevención especial, siguen siendo vigentes en la aplicación de la *reinserción social* respecto de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, puesto que refiere que no existe una medida para la pena o baremo a efecto de contrarrestar las causas del alejamiento al estándar, puesto que si el fin es resocializar al individuo, puede ocurrir que el mismo requiera mucho más tiempo, aunque el delito haya sido mínimo, dando pie a condenas demasiado largas sin justificación.

Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para a pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ibidem, p. 88.

Sus observaciones siguen siendo vigentes respecto a nuestro tema, puesto que se ha aumentado el *quantum* de la pena, sin considerar que dicho lapso no tiene un potencial de *reinserción social* ni para evitar volver a incurrir en dicho ilícito para el médico tratante que se aparta de la *lex artis*.

Toda pena debe basarse en una utilidad y una justificación, puesto que, de lo contrario, no se justifica la utilidad y necesidad de esta como potestad del estado, invadiendo la esfera del particular, este es un hecho que el propio Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, ilustró de manera particular:

Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la basa sobre que el Soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada é inviolable la seguridad y mayor la libertad que el Soberano conserva a sus súbditos. Consultemos el corazón humano, y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el Soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral, cuando no está fundada sobre máximas indelebles del hombre. Cualquier ley que separe de éstas, encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin; del mismo modo que una fuerza, aunque pequeña, siendo continuamente aplicada, vence cualquier violento impulso comunicado a un cuerpo.¹⁰⁶

Por tanto, la utilidad del aumento punitivo dentro de los tipos penales en estudio no es acorde con la redacción del artículo 18, puesto que no proporciona ningún elemento técnico para que el médico no vuelva a incurrir en ese tipo penal, traducido como la omisión de apego a la *lex artis*, que se encuentra presente en todos los tipos penales en estudio.

El solo aumento punitivo, no se identifica ni se argumenta a través de la teoría de la *reinserción social*, al no hacer frente al ideal de intimidación, reflejando una incongruencia, así como una falta de proporcionalidad respecto de la pena, al

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare, De los delitos y las penas, Fondo de Cultura Económica, México, p. 10-11.

carecer de utilidad, así como no tener en cuenta la protección al derecho a la salud que desea.

Es precisamente este momento en el cual, no podemos abandonar la reflexión de establecer un puente entre el derecho y la medicina, entre la filosofía del derecho y la medicina, para retroalimentar a esta ciencia que tanto ha otorgado al derecho y que hoy más que nunca requiere de una regulación digna y no simplista, requiere repensar el derecho mediante un enfoque de bioética.

En una primera aproximación, pues, podría parecer superfluo que la filosofía del derecho se ocupe de la bioética: si nos limitamos al sentido literal del término “bioética”, o ética (*ethos*) de la vida (*bios*), parece que sólo los moralistas (sean filósofos o teólogos) podrían ser los interlocutores de los científicos. El jurista y el filósofo del derecho parecerían, a primera vista, estar al margen de la bioética. Y, sin embargo, viéndolo bien, no sólo la filosofía del derecho tiene “buenas razones” para dialogar con la bioética, sino que incluso se podría adelantar la tesis “fuerte” de que la filosofía del derecho está asumiendo un papel indispensable e ineludible respecto de las cuestiones bioéticas.¹⁰⁷

La filosofía del derecho nos abre el camino y la oportunidad de repensar el fin último de la norma, lo que implica salir del esquema básico estructural de la norma de derecho y su elaboración, para después repensar las consecuencias y la experiencia última que se obtendrá mediante su aplicación a la luz del entorno social y económico en que se instaura el tipo penal.

La tarea de la filosofía en nuestro estudio es el cuestionar el fin que se otorga precisamente a la pena de prisión en los delitos de abandono, negativa y practica indebida del servicio médico, encontrando que existen áreas de oportunidad para trabajar la congruencia con el ordenamiento jurídico de derechos humanos y bloque de constitucionalidad.

El aumento punitivo, por tanto, es un área de oportunidad para replantearse y repensar la norma jurídica, así como incluso repensar si la sanción de la pena de

¹⁰⁷ KUTHY Porter, José, Temas actuales de bioética, Porrúa, México, 1999, p. 23.

prisión es suficiente para la protección del derecho a la salud en el ámbito de la protección del debido ejercicio profesional.

Uno de los enlaces necesarios que debe ser repensado es el de medicina y derecho, debiendo compartir una visión metodológica si se desea que exista una regulación completa y coherente con la práctica médica y la ciencia, ello incluye necesariamente dejar atrás dogmas jurídicos de la penología clásica que no pueden ser aplicables en la actualidad a un panorama complejo y multifacético.

1.2. Análisis en el cumplimiento del fin punitivo de la reforma a la luz de la reinserción social.

Como se analizó, en nuestro país se ha adoptado una política de reinserción social, que se acoge desde el artículo 18 Constitucional, política que ha permeado también a la Ley Nacional de Ejecución Penal, en la cual se ha señalado como uno de los objetivos brindar el apoyo necesario para facilitar la reinserción social, procurar la vida digna y prevenir la reincidencia.

A propósito de la mencionada Ley Nacional de Ejecución Penal, el contenido del artículo 18 Constitucional influencia a su vez el diverso 72 de dicho ordenamiento, refiriendo las bases de organización:

Son bases de la organización del sistema penitenciario, lograr la reinserción social: el respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

Estas bases serán elementos esenciales del Plan de Actividades diseñado para las personas privadas de su libertad en los Centros Penitenciarios.¹⁰⁸

El precepto citado constituye un eslabón para contrastar la pena reformada de los tipos en estudio con la política criminal adoptada por nuestro país. Ello en virtud de

¹⁰⁸ Artículo 73, Ley Nacional de Ejecución Penal.

que aporta una de las piezas clave de la política penitenciaria, esta es el establecimiento de un Plan de Actividades.

Este instrumento constituye una organización para la persona privada de la libertad que se encuentra compurgando una pena, en virtud de que la ley en comento también establece cómo debe de ser esta:

“Plan de actividades: A la organización de los tiempos y espacios en que cada persona privada de la libertad realizará sus actividades laborales, educativas, culturales, de protección a la salud, deportivas, personales y de justicia restaurativa, de conformidad con el régimen y organización de cada Centro;”¹⁰⁹

Por lo tanto, la reinserción de toda persona privada de su libertad debe llevarse a cabo mediante dicho Plan de Actividades, en donde deben verse reflejados el respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte.

No obstante, surge la interrogante de ¿Cómo diseñar el plan?, ¿Qué actividades se conforman?, al respecto, el artículo 104 nos reseña la manera en la cual debe elaborarse, señalando:

Artículo 104. Elaboración del Plan de Actividades

Para la elaboración del Plan de Actividades, al ingreso al Centro, la Autoridad Penitenciaria informará a la persona privada de la libertad las actividades disponibles en dicho Centro y de manera participativa se diseñará un Plan de Actividades acorde a las necesidades, preferencias y capacidades de la persona privada de la libertad. Las normas reglamentarias determinarán el número de actividades y de horas que constituirán un Plan de Actividades satisfactorio. Dicho plan será remitido al Juez de Ejecución dentro de los quince días hábiles siguientes a la puesta a disposición del sentenciado, para su conocimiento. La determinación del Plan de Actividades por parte de la Autoridad penitenciaria podrá ser recurrida ante el Juez de Ejecución.¹¹⁰

¹⁰⁹ Fracción XX, del artículo 3 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

¹¹⁰ Artículo 104 Ley Nacional de Ejecución Penal.

En la elaboración del Plan de Actividades, es ineludible el retomar la finalidad de la sanción, es decir, ¿para qué vamos a sancionar? ¿Qué objetivo se desea lograr?, antes de pasar al ¿Cómo se va a realizar?, sin embargo, en los tipos penales en estudio, se ha dejado una gran área de oportunidad para la mejora de la regulación, puesto que no se ha esclarecido cuál es la relación entre una mala práctica médica y su sanción privativa de la libertad dentro del esquema de la *reinserción social*, ello atendiendo a los comentarios respecto del medio y sub-medio de la *lex artis* que se realizaron en líneas anteriores.

Señalo ineludiblemente, puesto que, dentro de dicha decisión, también implica tomar consciencia de la calificación que se otorga a la persona y la posibilidad de recibir un tratamiento, y en ¿qué área se implementará ese tratamiento?, a ¿qué fines servirá?, ¿qué objetivos tendrá?

De esta consideración dependerá el tratamiento que se pueda llevar a cabo, así como las herramientas que se utilizarán.

La consideración personal de la pena desde el punto de vista clásico o positivista puede y debe colorear con los tonos más opuestos toda la actividad del jurista y de sus colaboradores. Desde el principal inspirador de un proyecto de ley hasta el más humilde empleado penitenciario adoptarán en su quehacer cotidiano un talante muy diverso según consideren en el delincuente una persona enferma, peligrosa o mala.¹¹¹

Entonces el contenido del Plan de Actividades dentro de una sanción diseñada para una persona que incurre en los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, debe tener un contenido, actividades, capacitación y trabajo enfocados a una reinserción social, no obstante, la capacidad para verificar estas actividades para un médico o un especialista o incluso un subespecialista, representa una problemática.

Ello dejando de lado la cuestión de la existencia de medio y sub-medio en que se encuentra el profesional médico.

¹¹¹ BERISTAIN S.J., Antonio, La pena-retribución y las cuales concepciones criminológicas, Depalma, Argentina, 1982, p. 3.

“Tanto el problema de la pena de muerte como el de las penas cortas privativas de la libertad, el derecho de amnistía, etc., no pueden ser solucionadas seriamente si antes no se ha meditado bien acerca del fin que se pretende con la punición.”¹¹²

Debemos recordar por tanto, que los tipos penales tienen una relación íntima con la salud, al tratarse de un tratamiento o acto médico, no obstante, como se reseñó en líneas anteriores, los tipos penales tal y como están contemplados, prescinden en su mayoría de evaluar efectos adversos en la salud, sino que tratan de tipos abiertos que requieren de reglas técnicas que den contenido a los tipos penales dentro de un caso en concreto, a fin de extraer la *lex artis*, así como la conclusión o *lex artis ah hoc*.

El incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, es uno de los elementos que se sancionan, con el objetivo de evitar prácticas indebidas en la medicina, así como al ejercicio profesional.

Entonces, la existencia de un incumplimiento primario a las reglas técnicas es sancionado por la ley penal, en virtud de su trascendencia e interconexión con derechos importantes como lo es el de la salud.

Por ello, la mecánica de cumplimiento actual sería que se sanciona mediante una pena privativa de la libertad y una multa, para que el médico, especialista o subespecialista, pueda ser reincidido en la sociedad mediante los ejes del trabajo, la capacitación, el deporte y la salud, siendo internado en un centro penitenciario para brindarle un tratamiento.

Estimamos de esos ejes, el único que puede llegar a influir favorablemente en el tratamiento de un médico es el de la capacitación, puesto que es único elemento que brinda la capacidad para actuar y corregir conforme a la *lex artis*, por lo cual, los demás ejes no se consideran como un aporte significativo a la mejora del cumplimiento de las obligaciones de medios en la medicina, ni tampoco a la protección del ejercicio profesional de la misma y por tanto a evitar la reincidencia.

¹¹² Ídem.

Por añadidura, y atendiendo al contexto carcelario en nuestro país, el contenido del Plan de actividades, tratándose de actividades que se encuentran disponibles en el Centro Penitenciario, no aportan un elemento de reinserción al profesional de la salud, mucho menos a un especialista o subespecialista, en virtud de que no existe la posibilidad de entrar a quirófanos, consultorios ni de especializarse dentro de un centro penitenciario.

Se estima que se requieren elementos adicionales, así como una reevaluación de los ya existentes respecto a la política criminal aplicable a los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, en virtud de que con los ya existentes no puede cumplirse la finalidad punitiva, que es evitar la proliferación de prácticas que atenten contra el debido ejercicio de la práctica médica.

La consideración de recluir a una persona, sin la capacidad de brindar las condiciones que establecen los ejes fundacionales de la política criminal y la propia Constitución, como lo son la capacitación y el trabajo para alcanzar la prevención de reincidencia así como la reinserción social, hacen que este enfoque no pueda cumplir con su propio objetivo, encontrando el principal obstáculo en los medios planteados: la prisión y la consideración de que la persona recluida se encuentra “fuera de la sociedad”, haciendo necesario entonces el replantear una estrategia que haga frente a la necesidad de vigilancia del seguimiento, calificación e implementación de la *lex artis* en nuestro país, con una mirada hacia el derecho humano a la salud.

1.3. Incongruencia de la reforma con la *Teoría de la reinserción social*.

Advertimos que una de las medidas principales de la teoría de la *reinserción social*, es el hecho mismo de la privación de la libertad personal, el cual limita el espacio de actuación de las posibles soluciones al interior del centro penitenciario, esta es la situación que encontramos en nuestra actual Ley Nacional de Ejecución Penal.

La limitación de la libertad, a efecto de instituir un plan de actividades que englobe el deporte, la salud, el trabajo y la capacitación, limitan propiamente el espacio de posibilidades de dichas actividades al interior del centro penitenciario, lo que debe de ser considerado para visualizar la imposibilidad actual para diseñar un plan de actividades conjunto con el médico para mejorar una capacitación y prevenir una reincidencia.

Un segundo punto que advertimos es el hecho de que la privación de la libertad como fin para la *reinserción social*, tampoco cumple su utilidad dentro de la reforma, puesto que al ser tipos que tienen como resultado un incumplimiento al ejercicio profesional de la medicina, la vida privada del profesional no puede considerarse como sujeta de tratamiento propiamente.

Uno de los puntos más discutibles de la teoría de la *reinserción social*, aplicable a la reforma de aumento a la sanción de los tipos penales en estudio, es el hecho de que se considera a la persona privada de su libertad como alguien fuera de la sociedad, como alguien diferente, fuera de una normalidad.

Se revisó que este punto se tiene desde el surgimiento del concepto de readaptación, y tiene también una reminiscencia en el concepto de reinserción, aun cuando se busque el respeto a los derechos humanos con dicho término.

Aunado a los obstáculos teóricos anteriores, tenemos también el hecho de que existen problemas con los recursos y espacios materiales para la implementación de una política de *reinserción social* para los tipos penales en estudio y que incluso se comparte con todos los otros tipos penales, el principal es la sobrepoblación carcelaria.

Del análisis surge que hay una variable principal que condiciona negativa en el funcionamiento de los sistemas penitenciarios en todos los países de la región, influyendo negativamente sobre la totalidad de sus funciones y ámbitos: en materia de salud, de higiene, alimentación, recreación, capacitación, trabajo y seguridad, tanto de las personas privadas de libertad como del personal penitenciario. La sobrepoblación, o hacinamiento, es el problema que, mientras no se resuelva, hará inútiles o por lo

menos limitará muy seriamente los esfuerzos que en otros ámbitos penitenciarios se realicen.¹¹³

En efecto, la sobrepoblación carcelaria es un fenómeno que mina los ejes fundacionales del trabajo, la capacitación, la salud y el deporte, puesto que priva del espacio para llevarlos a cabo.

Si se suman tipos penales a los códigos penales en los cuales se implementa una pena privativa de la libertad en prisión, sin una planeación del impacto, así como análisis de la proporcionalidad, utilidad y fin de la pena instituida, se agrava el problema de la sobrepoblación llegando incluso a hacinamiento, lo cual constituye una espiral que torna ineficientes los demás tratamientos a delitos que pueden ser sujetos de atención.

Ello conduce no solo a la imposibilidad de alcanzar la finalidad de la *reinserción social*, sino que también conduce a la violación reiterada de derechos humanos, por la falta de condiciones mínimas de salud, así como al hecho de que las personas reclusas pueden empeorar en su condición de personas.

Sobrepoblación o hacinamiento significa que hay más de una persona donde hay espacio sólo para una, lo que implica una pena cruel, inhumana o degradante, como lo establece la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En los países de Europa, este es el enfoque dado a la cuestión por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.¹¹⁴

En adición a esto, se tiene también una ausencia de preparación en el personal carcelario, lo cual incide de manera directa en el objetivo de la capacitación el trabajo que en todo caso podrían recibir los internos por los tipos penales en estudio, demostrando la inviabilidad de *reinserción* mediante la capacitación de la *lex artis*, al profesional médico.

En el estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se registraron problemas graves en el sistema carcelario de nuestro país, dos factores afectan

¹¹³ CARRANZA, Elías (coord.), Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria respuestas posibles, Siglo XXI, México, 2001, p. 11.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

principalmente la factibilidad y cumplimiento de los fines de la política criminal y penitenciaria en los tipos en estudio: la falta de personal, así como el autogobierno.

La Comisión ha sido informada que existen fuertes estructuras de corrupción en el sistema penitenciario mexicano. En particular, organizaciones de la sociedad civil y familiares de personas privadas de libertad han indicado que éstas serían sujetas a cobros indebidos por parte del personal penitenciario a fin de que sean provistas de servicios y bienes básicos, tales como comida y agua, y salud; se les exige cuota a fin de que no sean golpeadas y abusadas en los centros de detención.¹¹⁵

El panorama de la falta de condiciones mínimas de salud y espacio vital impide cualquier intento de cumplimiento a los ejes fundacionales de la *reinserción* mediante el trabajo y la capacitación, puesto que el control y dirección de ciertos aspectos internos del penal, se ven autogestionados por grupos de poder dentro del mismo.

Entonces, el plan de actividades también se ve afectado, en virtud de que no es posible llevar a cabo trabajo ni capacitación con relación a la *lex artis* de la medicina, ni actividad alguna que se abone al cumplimiento de la política de reinserción del profesional médico.

Aunado a esto, los grupos de poder internos del penal ejercen una violencia directa en contra de los internos, como se ha documentado en diversos estudios, de índole física, moral y económica.

“De acuerdo con un estudio del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) de 2014, en las prisiones en el Distrito Federal se habrían duplicado los cobros indebidos a lo largo de la década 2002 al 2012”¹¹⁶

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los Derechos Humanos en México, México, 31 de diciembre de 2015, p. 156 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>, consultado el 14 de septiembre de 2017 a las 11:35 horas.

¹¹⁶ Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Delito y Cárcel en México, deterioro social y desempeño institucional. México, agosto de 2014, p. 156. En <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>. Consultado el 13 de septiembre de 2017 a las 11:30 horas.

El panorama de cobros indebidos por condiciones mínimas de supervivencia se convierten en una dificultad para la implementación de planes de acción que puedan posibilitar la planeación de medidas para la *reinserción social* de personas que cometen los delitos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

Lo anterior se afirma puesto que el control de la política interna en el centro de reclusión, así como de muchas de las actividades o la posibilidad de llevar a cabo las planeadas se ve obstaculizada por grupos de autogobierno en el penal cuya agenda no concuerda en nada con los fines del artículo 18 Constitucional.

Otro aspecto que ha sido informado a la Comisión se refiere al control absoluto que ejercen los propios internos en ciertos centros penitenciarios. Esta situación de acuerdo con organizaciones de la sociedad civil se presentaría particularmente en los Estados del Norte del país donde hay una fuerte presencia de delincuencia organizada. En particular, han destacado la complejidad de la situación en centros penales como Topo Chico, en el estado Nuevo León, donde supuestamente los propios internos golpean, e incluso han llegado a privar de la vida a aquéllos que se han negado a cubrir los montos de las extorsiones. Además, no se permitiría que los familiares provean artículos de primera necesidad a los internos, sino que los vendería una empresa dentro del penal a precios exorbitantes.¹¹⁷

En esa tesitura, la sobrepoblación carcelaria, la falta de capacitación del personal, la corrupción y el auto gobierno crean un panorama que se ha documentado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, formando una brecha en el cumplimiento de los fines del sistema penitenciario, no sólo con relación a los tipos penales en estudio, sino con la propia finalidad de la política de la *reinserción social*, dificultando el cumplimiento de dicho fin.

Consideramos que la proliferación de los tipos penales con sanción privativa de la libertad, así como el aumento en la duración de esta, contribuye al empeoramiento

¹¹⁷ Idem.

de la situación carcelaria en nuestro país, al existir menos espacios para los internos, mayor carencia de servicios y la presencia de mayores fenómenos de autogobierno que obstaculizan cualquier intento de *reinserción social* de los internos.

Por tanto, el panorama estudiado nos abre una reflexión y una gran área de oportunidad para replantear en un primer punto, si la *reinserción social* como política criminal es aplicable a los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, y en un segundo momento, si consideramos que dicha política es necesaria, entonces ponderar la implementación de elementos que permitan llevar a cabo el fin constitucional de la pena.

En lo tocante al primer panorama se parte de la base de que el médico no constituye una persona inadaptada o fuera de la sociedad, en virtud de tratarse de una persona que ha cumplido con todos los requisitos para ser un profesional médico, teniendo una trayectoria universitaria, realizando los trámites correspondientes y obteniendo la patente de ejercicio profesional, por tanto, no puede considerarse que el fin de la pena pueda ser su *reinserción social* en el medio primario correspondiente al social y familiar.

Entonces únicamente partiríamos de la base de la necesidad de prevenir faltas a la *lex artis*, la reincidencia en la conducta específica de cumplir con las obligaciones de medios, cumplir con el adecuado ejercicio profesional, así como la respectiva reparación del daño, adecuando todo ello a la *lex artis*.

En esta tesitura, es obligado cuestionarse si la pena privativa de la libertad en un centro penitenciario es útil y necesaria para llegar a dicho fin, en nuestra consideración, no lo es, puesto que puede elaborarse una metodología para asegurar la no reincidencia, la evaluación y el seguimiento del médico con diversas instituciones, como será estudiado en el último capítulo como propuesta al problema en estudio, siendo una realidad factible considerar que si el problema se encuentra en los elementos de la *lex artis* y su ejecución, entonces la solución debe atender directamente a esta materia y no dentro de fórmulas de la penología clásica.

En el segundo panorama, si nos decantamos por estimar la necesidad de una pena privativa de la libertad, incluso por considerar que esta es la característica del derecho penal, entonces, deben existir serios cambios en la política penitenciaria para el cumplimiento proporcional de la sanción en estos tipos penales.

Debe atenderse a la necesidad de elaborar un plan de acción que pueda cumplirse, eliminando los factores como la falta de espacios, condiciones de salud, autogobierno y violencia dentro de los centros penitenciarios.

Mediante estos cambios, deberá adoptarse una política criminal que observe los estándares del artículo 18 Constitucional, en el sentido de hacer de la capacitación y el trabajo los elementos y herramientas para la *reinserción social* del médico, ello implica adoptar la idea de la necesidad de un tratamiento penitenciario que considere los elementos del tipo penal y el bien jurídico protegido, para evitar su reincidencia.

“En un concepto más amplio podemos decir que se entiende por tratamiento penitenciario la aplicación de todas las medidas educativas que permitirán modificar las tendencias antisociales del individuo. Estas medidas están en relación con cada área de la institución penitenciaria: medicina, psicología, asistencia social, seguridad, pedagogía, laborterapia, actividades culturales, deportivas, etc.”¹¹⁸

Para hacer factible esto, debe dotarse de espacios y la capacidad para que el médico pueda capacitarse, aun en subespecialidades, la capacidad de ejercer y trabajar de manera supervisada, debiendo contar con el personal suficientemente capacitado para llevar a cabo esta tarea.

Con todo ello, la segunda propuesta se vislumbra como mucho más costosa y complicada de lograr, e incluso tiene múltiples claroscuros en sus fundamentos, puesto que si se considera la necesidad de un tratamiento penitenciario para el médico infractor, se hablaría de un análisis de sus ámbitos personal, familiar, biológico, como elementos que influyen en su personalidad delictiva, observación que no se comparte en la presente investigación, pues se considera que una

¹¹⁸ MARCHIORI, Hilda, Institución Penitenciaria, Marcos Lener, Argentina, 1985, p. 121.

persona que ha logrado culminar una carrera universitaria e incluso subespecialidades médicas, cuenta con el apoyo y suficiente moralidad como para prescindir de un estudio criminológico biológico, aunado a que la conducta socialmente dañosa es primordialmente culposa.

Todos estos aspectos se visibilizan como un claro obstáculo para la oportunidad de reinserción, no sólo de los tipos penales en estudio, sino para cualquier otra persona reclusa por algún otro hecho ilícito, no obstante, esto significa que la opción de la prisión como medida para instituir un plan de *reinserción social* para el personal médico no pueda ser viable en las condiciones actuales.

2. Análisis de la reforma a la luz de la *Teoría de la retribución*.

La pena vista como un fin en sí misma, es uno de los enfoques de las teorías absolutistas, partiendo de la idea de devolver el mal realizado por el infractor de la ley.

Aparentemente, justificar la pena por sí misma, en un estado de derecho que busque la protección de los derechos humanos, resulta contradictorio, no obstante, ha existido una tendencia que regresa a ciertos matices que pueden ser identificados con la teoría *de la retribución* y sus elementos, es por ello que el presente apartado busca ahondar en esa hipótesis y descubrir si dicha teoría puede dar cuenta de la realidad en la que nos encontramos inmersos, justificando el aumento de la penalidad y propiamente la sanción a los tipos penales en estudio.

La mirada hacia este enfoque se basa en una relación concebida entre el crimen-castigo, existiendo una relación ideal preestablecida, sobre la cual, el castigo y la criminalidad forman parte de una función continua, de tal forma que el aumento del castigo se relaciona con la reducción de la criminalidad e incluso se toma el matiz inverso, en cuanto a que la criminalidad sin sanción tiende a aumentar sin medida.

“Sin pena retributiva, los crímenes aumentarían de tal modo que los hombres no podrían vivir. Por eso, brota la pena como un derecho necesario de legítima defensa

social. Pues la autoridad padecería gravísimos vejámenes si no pudiera defenderse de los criminales mediante su castigo y aún su muerte, cuando este extremo sea necesario”¹¹⁹

Entonces este enfoque plantea que la defensa de la sociedad requiere del castigo para la protección del orden social, salvaguardar el orden jurídico, de conductas que pueden corromper o incluso atentar contra la existencia de la vida gregaria.

Quedó asentado en capítulos anteriores que el enfoque de la *retribución* tiene una historia mucho más antigua que la *reinserción social*, no obstante, la fórmula bajo la que opera sigue siendo utilizada para la justificación de algunas sanciones.

Esta justificación ha sido retomada de los autores clásicos e incluso de la filosofía, sin embargo, es necesario analizar en cada caso si dicha relación puede llegar a establecerse.

“Según los clásicos, como ya indicábamos, la autoridad debe ejercitar la justicia retributiva por dos razones principales: conservación de la sociedad y conservación (recreación del orden jurídico).”¹²⁰

Si la sanción de la conducta ilícita en el caso de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico comprende la multa, así como la pena privativa de la libertad, para el cumplimiento de la justificación de la teoría de la retribución, se requiere establecer que dicha sanción sirva para la conservación de la sociedad, así como del orden público.

El establecimiento de la sanción privativa de la libertad, dentro de las teorías unificadoras, también debe de servir para infundir un temor a efecto de cumplir con una prevención general del delito.

Entre los elementos que se han utilizado y se han conservado hasta nuestros días, es la relación entre conducta-pena, puesto que se asocia un castigo en particular, con un rango de fuerza, para la conducta que se prevé nociva para la sociedad.

¹¹⁹ BERISTAIN S.J., Antonio, Ob. Cit. p. 51.

¹²⁰ Ídem.

Por ello, uno de los méritos más reconocidos de la *retribución*, es el hecho de encontrar una clara delimitación entre los actos que son punibles y la severidad del castigo.

“Una teoría de la retribución coherente brinda una respuesta a la pregunta de qué actos deben ser punibles, y a la cuestión de cuán severo debe ser el castigo para que la justicia sea satisfecha. Debido a que el castigo, visto desde esta perspectiva, supuestamente tiene valor en sí mismo, las teorías de la retribución son llamadas también teorías penales absolutas”¹²¹

De igual manera, el análisis de la coherencia inicial de la teoría se vislumbra con dificultad, puesto que los tipos analizados no llegan a establecer una conducta claramente delimitada, puesto que como se argumentó, se requiere de la delimitación precisa de la *lex artis* en cada uno de los casos, para establecer el acto que fue omitido o el cual se negó, así como la regla técnica que se incumplió.

Ante ello, una teoría de la retribución no podría dar cuenta con facilidad de la complejidad de los delitos de tipo abierto, como son los estudiados, puesto que, ante la necesidad de precisar los actos y la necesidad de acudir a otras ciencias para el establecimiento del hecho punible, se rompe la cadena coherente que busca el enfoque de la retribución: el establecimiento de los actos sancionados de manera clara y precisa.

Por otro lado, el título de los tipos penales, es decir, el abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico dan una idea general negativa de la práctica médica que debe usarse, sin embargo, son tan generales y atienden a una idea difusa, pues únicamente fungen como una orientación y no establecen claramente la conducta que se desea prevenir.

A su vez, tampoco se encuadra de una manera armónica la propiedad de la retribución atinente a la devolución del “mal” realizado por el infractor, para considerar la pena como un fin en su mismo, ello porque los tipos penales en estudio buscan la sanción de una indebida práctica de la medicina, del ejercicio

¹²¹ MATHIESEN, Thomas, Juicio a la prisión, Ediar, Argentina, 2003, p. 57.

profesional, con una orientación a la protección de un servicio de salud, por lo tanto su omisión, resulta de una difícil correlación con la sanción que se les establece, al ser nuevamente necesaria la determinación de la conducta.

Por último, la función de una prevención general por el temor es muy difícil de establecer, al ser tipos penales que se desconocen por completo por el facultativo médico, no existiendo difusión alguna, ni preparación en los planes de estudio ni tampoco en los libros que llegan a tocar el tema de la responsabilidad médica en nuestro país, en virtud de que aquellos que tienen un capítulo de derecho, se enfocan en las lesiones y el homicidio en la práctica médica.

2.1. Alcance en la utilidad del aumento punitivo de la reforma para la retribución.

Uno de los principales problemas que encontramos al momento de encontrar la justificación de la pena con la *retribución*, es el hecho de que la misma, como fue adelantado en líneas anteriores, no encuentra un fin por sí misma en un estado de derecho como el que se instituyó mediante la reforma de derechos humanos y la adopción del bloque de constitucionalidad.

Como fue estudiado anteriormente, el artículo 18 Constitucional dota de las bases y conceptos para la política criminal y penitenciaria de nuestro país, otorgando a la *reinserción social* un lugar privilegiado de rango constitucional dentro de dicha política.

Entonces la pena como fin en sí mismo, carece de fundamento constitucional, no obstante, esto no impide que se pueda realizar el estudio de una política que toma elementos muy consistentes de la *retribución*, para comprender los efectos nocivos sociales que pueden llegar a existir ante una pena que se pretende justificar por sí misma, como aparentemente algunas políticas globales han intentado.

Sin lugar a duda puede establecerse a la pena privativa de la libertad como una de las más graves, capaces de influir temor en las personas, como un disuasivo

potente en contra de conductas indeseables, esta situación va más allá cuando se consideran malos tratos y condiciones adversas de las prisiones:

Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho, sin embargo, suele imponerse por pena en algunos delitos que no son de mucha gravedad. Por esto, por la privación de libertad y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, puede contarse entre las penas corporales afflictivas: y si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicias, dureza y mala fe de algunos subalternos hacen padecer a los miserables, que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las más graves.¹²²

No obstante, la utilidad de esta una vez ejecutada, sin que existan las condiciones ideales ni la orientación de una reincidencia, puede producir efectos de desarticulación del individuo respecto al medio social, apartándolo, etiquetándolo y arrojándolo fuera de la misma. Se coincide con autores que afirman que la prisión, en muchos casos sirve como un elemento corruptor de la persona, y no como un elemento de utilidad social.

A la manera que en un grande hospital los hábitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, inficionando el aire, producen nuevas enfermedades que no había, y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran, y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos a la república.¹²³

Por tanto, el alcance de la reforma que elevó el *quantum* de la sanción de la pena privativa de la libertad para los tipos penales en estudio resulta ilustrativa para mostrar que existen elementos de retribución no justificados dentro de la reforma.

¹²² LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel, Discurso sobre las penas, Porrúa, México, 2005, p. 93.

¹²³ Ibidem, p. 94.

Ello en virtud de que las condiciones de las cárceles no son las suficientes para el cumplimiento de los fines del artículo 18 Constitucional, no obstante, se implementó el aumento de la sanción para los tipos penales médicos, lo que genera efectos adversos en el alcance social de la reforma, como es el hecho de que el médico será expuesto a múltiples vejaciones y malos tratamientos que nada tienen que ver con la finalidad de la pena en nuestro estado de derecho.

El propio autogobierno de algunos centros penitenciarios puede inducir a prácticamente cualquier interno a un factor latente de corrupción social y moral.

Éste es en mi juicio el primer origen de los malos efectos de las penas, de que hemos hablado: porque como los reos, que son condenados a ellas, salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en el todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma, si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían también contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dar autos de prisión.¹²⁴

Pero no sólo existe una afectación moral y social para el sancionado, ya que también existe un factor de desgaste técnico y económico.

Esto es que el médico que es privado de su libertad en un centro penitenciario que no cuenta con la capacidad técnica para cumplir un plan de acción adecuado para el profesionista, hace que éste mismo pierda las habilidades, conocimientos y destrezas necesarias para el ejercicio profesional.

Un médico que no ejerce, al igual que todas las profesiones, es cada día menos profesional, menos técnico y acabará teniendo un conocimiento desfasado o inclusive obsoleto.

Ello debe considerarse como una sanción que va más allá de lo planeado, y que atenta contra derechos humanos, en virtud de que tiende a la exclusión total de la persona, puesto que no solo se inhabilita al servidor médico, sino que también se

¹²⁴ Ídem.

le priva de toda forma de sustento mediante esa medida, lo cual está muy lejos de corregir el alejamiento del profesional a la *lex artis*.

Aunado a ello, esta pérdida no sólo es personal, sino que también social, puesto que el sistema educativo invirtió recursos para la formación de dicho profesional, en universidad, en hospitales de residencia, en hospitales de especialidad, lo que hace que la pérdida de dicho conocimiento y factibilidad de ejercicio afectan a los recursos que fueron usados.

Ello implica la existencia de factores especiales de los autores de los tipos penales planteados, que no fueron valorados al momento de plantear la reforma, efectos que trascienden al tejido social, ante la pérdida de recursos humanos valiosos.

Ante dicha situación, vislumbramos un alcance de impacto negativo en la reforma estudiada, puesto que no se justifica en cuanto a su autor y la gravedad de la sanción en relación con el bien jurídico protegido, que también resulta difuso, situación que abre un área de oportunidad para realizar una diferenciación y evaluar si la medida cumple con el orden normativo y constitucional.

Adicionalmente, tampoco puede afirmarse que la pena deba tener la misma justificación frente a todos los autores. Desde el punto de vista del derecho positivo, una visión general respecto de la legitimación del castigo estatal no puede explicar el sentido de la pena diferenciado en materia de derecho penal juvenil, en donde la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los lineamientos del derecho internacional, coinciden en que la pena respecto del joven debe orientarse por el ideal de la educación.¹²⁵

Ello también impacta en el alcance de la *retribución* a los tipos penales, puesto que el tratamiento que se le otorga penalmente al médico mediante el aumento de la penalidad es de un delincuente grave, que daña a la sociedad, de la misma magnitud que un homicida.

¹²⁵ RUSCONI, Maximiliano, Elementos de la parte general de derecho penal, Hammurabi, Argentina, 2016, p. 34.

Debe realizarse un tratamiento diferenciado, a efecto de cubrir los requerimientos mínimos del estado de derecho, los cuales no estén basados dentro de una justificación de la pena por sí misma.

Realizando un balance, del enfoque retributivo podemos extraer una posible teoría de explicación, que no colma todos los extremos, ni tampoco nos proporciona un panorama alentador, ante la exclusión de la persona sancionada del medio social, económico, técnico y profesional.

Esta relación es de importancia medular, puesto que el aumento de la reforma a la penalidad no puede sustentarse ni siquiera como un fin en sí mismo, al no tener clara la utilidad ni la finalidad de esta.

2.2 Análisis del cumplimiento del fin punitivo en la reforma a la luz de la retribución.

Como se anticipó, existen elementos que hacen imposible encuadrar la penalidad de los tipos en estudio con relación a la teoría de la *retribución*, e incluso se vislumbró la existencia de elementos nocivos sociales relativos a la pérdida de recursos humanos valiosos para la sociedad.

Aunado a ello, la reclusión sin las condiciones mínimas en los centros penitenciarios, dotan a la penalidad de un efecto corruptivo, cuya única finalidad, podría ser el alejamiento del enemigo, es decir, la reclusión con miras a la expulsión social de la persona no deseada.

Este enfoque no presentaría la congruencia ni utilidad con el artículo 18 Constitucional ni tampoco con los tratados internacionales de los cuales México es parte.

La Prisión (instituto de ortopedia social, de secuestro o institución total) en nuestro país se ha erigido en la única respuesta al problema delincuencia, vía el discurso de resocialización o readaptación que legitima su actuación diaria, y pasando por alto que la prisión tiene como fines reproducir

ciertos ilegalismos convencionales, por una parte y por otra constituirse en un aparato de selección y marginación en la sociedad que permita conservar y reproducir la realidad social vertical, pues desde 1820 los conceptos de readaptación, rehabilitación, tratamiento y muchos otros sinónimos dejaron de tener sentido, por ser un auténtico sofisma.¹²⁶

Por tanto, si se considera a la pena privativa de la libertad, sin condiciones adecuadas que orienten la misma, más allá de la simple expulsión social del individuo, entonces se tendrá una falta de congruencia interna y externa de la sanción, que no permitirá una utilidad mínima, ni tampoco el cumplimiento de estándares constitucionales.

“La pena persigue simultáneamente fines preventivos especiales, generales y retribución. Sin embargo, el carácter retributivo aparece como dominante, ya que la pena puede ser útil siempre y cuando no se exceda ni se disminuya la pena justa.”¹²⁷

El enfoque retributivo puro no puede mantenerse por sí mismo en conjunto con un orden normativo basado en los Derechos Humanos, ni en el bloque de constitucionalidad adoptado por México, por lo cual, debe ponderarse y aquilatarse con los objetivos que se plantean, combinado en una política penitenciaria completa e integral.

El avance de la ciencia jurídica nos muestra entonces, que la existencia de las sanciones justificadas en sí mismas mediante un enfoque retributivo para el profesional médico, no permite el cumplimiento de los propios fines del bloque de constitucionalidad.

La existencia de condiciones que van más allá de la propia sanción, y que agravan la pena a tal grado de ser incluso inhabilitante y excluyente de la persona, hacen surgir la necesidad de replantear la pena privativa de la libertad como la única solución al problema de regulación de la conducta médica.

¹²⁶ MARTÍNEZ Bastida, Eduardo, Política Criminológica, Porrúa, México, 2007, p. 19.

¹²⁷ RUSCONI, Ob. Cit., p. 31.

“Las prisiones en todas las épocas fueron igualmente degradantes. Si las censuras eran menores por entonces, debería verse en las que hoy se alzan una solidaridad humana mayor nacida, en parte, de los progresos científicos de la sociología, siquiatría, sicología, etc., que han ayudado a la comprensión del problema que aquéllas engendran”¹²⁸

La pena privativa de la libertad tal y como se encuentra en nuestro actual sistema penitenciario, se ubica dentro del enfoque absoluto, es decir, una pena que se pretende justificar a sí misma, con un discurso de protección a la salud de la persona, no obstante, de que dichos tipos no protejan de una manera directa a la salud.

En un balance general, no existe una prevención general de los delitos contenidos en los tipos penales sujetos a estudio, tampoco existe una comprensión completa de las sanciones ni de las conductas que pueden tipificarse al tratarse de tipos abiertos.

Aunado a ello tampoco existe una correlación a manera de función entre criminalidad-sanción, que permita señalar que el aumento de las sanciones penales pueda reducir el número de prácticas médicas que se apartan de la *lex artis*.

Nuevamente cabe precisar que para llegar a una asociación de esta naturaleza se requiere de una mayor difusión de los intentos de tipificación de la conducta médica, lo cual debe implicar también la penetración de la medicina y otras ciencias como la sociología a la justificación de una sanción de esta naturaleza, aunado a la necesidad de modificar las condiciones de los centros penitenciarios, para llegar al plano en blanco donde puede trazarse una política criminal adecuada para las conductas que se desean tipificar y en ese momento evaluar si realmente la pena privativa de la libertad será el eje fundamental de dicha política o existen elementos mejores que pueden abonar a la mejor regulación.

En segundo lugar, parece difícil pensar que los juristas que teorizan sobre la pena, o incluso quienes la aplican en la vida práctica (jueces) o quienes la pretenden institucionalmente con

¹²⁸ Neuman, Elías, Prisión abierta, una nueva experiencia penológica, Depalma, Argentina, 1984, p. 87.

dictámenes requirentes (fiscales) tengan herramientas suficientes como para afirmar que la pena en ese caso o en la globalidad de los casos cumplirá la función de intimidar a una generalidad, de resocializar a un individuo o de reafirmar la confianza de la sociedad en la norma, y mediante este camino poder afirmar su necesidad individual o conceptual.¹²⁹

Ello redunda nuevamente en la necesidad de una regulación transdisciplinaria del derecho médico y no solamente mediante el enfoque jurídico del positivismo.

La retroalimentación que puede existir respecto de la ciencia médica al derecho es enorme en este sentido, puesto que mejora la regulación técnica, así como la fundamentación de las decisiones, para que no sea un intento aislado de imposición, que no llegue a la comprensión mutua y sistemática.

2.3 Incongruencia de la reforma con la *Teoría de la retribución*.

La aplicación de la *teoría de la retribución* en relación con los tipos en estudios, generan diversas áreas en las cuales no puede encuadrarse, la primera de ellas es la relación entre la conducta y la sanción, la primera no se encuentra delimitada, al tratarse de tipos abiertos que requieren de la justificación de la *lex artis* previo a la toma de decisión y calificación de la conducta, por tanto, la severidad de la sanción se da con motivo de la orientación que se le pretende dar a los tipos penales.

Esta orientación se refiere a prevenir y evitar las prácticas indebidas en el servicio profesional médico, como lo son el abandono, la negativa y la práctica indebida del servicio médico.

Estos enunciados orientativos son tan generales que no cumplen con la función preventiva que se desea otorgar, por lo cual, la adopción de una pena en sí misma, genera un discurso que se desea justificar a si mismo mediante la tipificación, pero

¹²⁹ RUSCONI, Maximiliano, Ob. Cit. p. 35.

que no guarda un sustento ni congruencia interna ni externa con el orden legal de nuestro país.

Dicho esquema de auto-legitimación pretende crear una relación entre el derecho y la verdad, que retransmite el poder de sancionar, sin que exista una armonía en el respeto a los derechos humanos ni con la política penitenciaria del artículo 18 Constitucional.

Por otra parte, no debemos soslayar la relación trinómica *Poder-Derecho-Verdad*; ya que las reglas del Derecho delimitan formalmente al poder y, por otro lado, los efectos de verdad que el poder produce retransmiten y reproducen al poder. Luego existen determinadas reglas de Derecho que hacen funcionar las relaciones del poder para producir discursos de verdad que en una sociedad como la nuestra se encuentran dotados de efectos tan poderosos, reglas que se traducen en la elaboración de discursos.¹³⁰

Este discurso afecta la segunda relación de justificación que podría aportar la *teoría de la retribución*, esta es la dualidad entre sanción y autor del delito. Puesto que no existe una diferenciación ni una justificación de la sanción en cuanto a las personas o autores a las que van dirigidos: el profesional médico.

Esto se traduce en el desconocimiento del efecto corruptor y deshabilitante del profesional médico mediante este tipo de sanciones que parten de una regla general y de una falsa asociación entre criminalidad-sanción y viceversa.

La sanción para el autor de este tipo de delitos, siempre será mucho mayor que la prevista, puesto que los efectos de la privación de la libertad van más allá del tiempo en que la persona se encuentra reclusa, sino que se extienden incluso cuando termina ese tratamiento, al no poder incorporarse a un mercado, al encontrarse sin habilidades ni herramientas, fruto de un ambiente en el cual carece de medios para capacitarse o ejercer trabajo relacionado con la medicina, por tanto, la sanción no es formativa, sino inhabilitante.

Dadas las condiciones, lo único que se logra es que estos sujetos sean expulsados del mismo mercado, pues al ingresar

¹³⁰ MARTÍNEZ Bastida, Eduardo, Ob. Cit. p. 38.

los internos poseían un determinado conocimiento y habilidades que les permitía sortear las exigencias laborales, aunque no desarrollaran actividades alta o medianamente calificadas. A su egreso, se encuentran descontextualizados y retrasados en cuanto a los ajustes del propio mercado y con muy pocas posibilidades en el desarrollo de las habilidades que poseían, si es que se desempeñaban en un trabajo formal.¹³¹

Entonces, la sanción deja de ser completamente proporcional en cuanto a la protección del bien jurídico del debido ejercicio profesional, puesto que excede el ámbito de temporalidad que fue previsto como pena privativa de la libertad, para trascender al momento en que es cumplida y agotada la temporalidad de la condena.

Aunado a todo ello, como tercera relación, podemos establecer la falta de una congruencia con el orden jurídico nacional, puesto que el aumento del *quantum* en los tipos estudiados no encuentra una justificación a la luz de la *teoría de la retribución*, es decir, de la pena como un fin en sí mismo que puede auto justificarse, en virtud de que el sólo hecho de una sanción que se auto justifica y limita los derechos de las personas no representa el ideal constitucional de un orden jurídico ni de la esencia de los derechos humanos ni del acceso a la justicia.

El problema en específico de congruencia con los derechos humanos tiene que ver con el hecho de la grave limitación temporal de la libertad, de la capacidad de trabajo, capacitación y el ejercicio de la forma de vida que el individuo ha decidido como prestador de servicios médicos y que por mandato constitucional se implementó como base de la política penitenciaria. Dentro de dichas limitaciones se ha documentado por ejemplo el *síndrome burnout* de la prisión.

El síndrome de *burnout* es el proceso defensivo adaptativo ante la presión institucional, también se le denominado trastorno adaptativo crónico asociado a las demandas psicosociales del trabajo directo con personas. Este síndrome genera estrés y síntomas depresivos, como la disforia -que es el agotamiento emocional- y la eutimia, cuadro sintomatológico o síndrome que

¹³¹ CISNEROS, José Luis, Refundar la Prisión, Porrúa, México, 2016, p. 216.

involucra la desesperanza y la alienación en el trabajo carcelario, o como lo denominaré: la institucionalización, que en el caso particular de la cárcel se manifiesta en ocasiones como un trastorno paranoide generalizado de la personalidad -relativo a la desconfianza y la suspicacia que se genera por estar siempre observado por todo el aparato burocrático-, además de ser observado y manipulado por los mismos internos en un sentimiento interno panóptico de sentirse: primero observado y después perseguido, provocando un notable aislamiento, el cual es un mecanismo esquizoide (...)¹³²

Por lo tanto, una institución punitiva que genera una sanción mucho más severa de aquella que incluso se prevé, no es acorde ni congruente con los derechos humanos, ni tampoco guarda el límite de proporcionalidad que exige el orden jurídico mexicano, ni tampoco cumple con los objetivos de la política criminal ni los objetivos del artículo 18 Constitucional.

Encontramos entonces un serio agotamiento de la teoría punitiva de la *retribución*, pero también de la *reinserción social*, no teniendo herramientas emergentes uniformadas para dar cumplimiento a las exigencias internacionales que México ha contraído, y se requiere urgentemente atender a este agotamiento de las tendencias punitivas, vistas desde un punto de vista teórico y práctico.

Desde este punto de vista, la capacidad de rendimiento de las teorías de la pena para la construcción del sistema del hecho punible se muestra como verdaderamente baja, pues ante la búsqueda de un sistema que permita arribar a soluciones de casos de manera general (en función de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley), el recurso a una herramienta que debería variar en sus funciones de acuerdo al delito y al autor, y al mismo tiempo deba reposar en datos que no son procesables por los juristas no puede ofrecer parámetros claros.¹³³

En efecto, se requiere una construcción teórica multidisciplinaria, que pueda atender al tratamiento debido de los autores de los delitos contenidos en los tipos

¹³² GUERRERO Sánchez, Pablo, Cultura Organizacional de la cárcel en México, Fontamara, México, 2013, p. 94.

¹³³ RUSCONI, Maximiliano, Ob. Cit., p. 35.

penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, que otorgue explicación y funcionalidad tanto del panorama internacional, como nacional, tanto las exigencias de hacer frente a una multiculturalidad, así como también al gran avance de la tecnología en la ciencia médica.

El uso indiscriminado e injustificado de la prisión, en la mayoría de los delitos continúa siendo un problema cuyos efectos agravan cada vez más el panorama penitenciario, por la falta de servicios, el incumplimiento reiterado de instrumentos internacionales, así como del cumplimiento de fines y metas de la política criminal.

Aunado a ello, el endurecimiento de las sanciones como práctica reiterada, no se sustenta en la actualidad ni es aplicable dentro del esquema retributivo, en virtud de que el endurecimiento de una sanción que no está siendo planeada, a fin de cuentas, se traduce en esfuerzos vanos e incorrectos por atender el problema de base.

Pero en un nivel más general, las dos explicaciones tienen algo en común: detrás del crecimiento existe una política criminal más dura, sea a través de nuevos patrones de criminalización y/o una legislación/práctica condenatoria más rígida más o menos global, además de un uso más activo de la cárcel como respuesta a la criminalidad. De una u otra manera, el patrón subyacente en una amplia gama de países occidentales parece ser una política criminal más severa, con un uso más implacable de la cárcel.¹³⁴

En un contraste final, la teoría de la retribución tampoco da cuenta de la realidad social ni del fenómeno de aumento de la punición en los delitos de práctica médica, siendo visible una notoria desproporción entre la sanción y sus efectos con relación a la protección que se desea otorgar al bien jurídico del debido ejercicio profesional, así como del derecho a la salud.

Nuevamente se reitera que es necesario realizar esfuerzos para la estructuración de un conocimiento y una epistemología de la realidad médico legal, que no adopte

¹³⁴ MATHIESEN, Thomas, Ob. Cit., p. 47.

la utilización de reglas generales en perjuicio de la certeza jurídica, puesto que la estructuración del campo médico legal dentro de estos tipos no cumple con los criterios fundacionales de las principales teorías explicativas de la pena, motivo por el cual, es importante el nuevo desarrollo con una visión interdisciplinaria.

3. Análisis de la reforma a la luz del "*punitive turn*"

El fenómeno del *punitive turn*, se trata de un cambio en la forma de pensar las sanciones y su justificación, que se ha documentado en los Estados Unidos de Norte América, y que también ha trascendido claramente a nuestro país.

Se caracteriza principalmente por el hecho de que las sanciones encuentran diversas justificaciones, entre ellas un *control de riesgo*, una *estadística actuarial*, así como un *populismo punitivo*; dichas justificaciones apuntan a la necesidad del aumento del uso de la prisión, su severidad y la crueldad con la que se instituye partiendo de la premisa de establecer un orden.

Estas visiones tienen un componente principal matemático, definido como estadística actuarial, para la obtención de datos que puedan procesar la información del mundo fáctico y convertirla en criterios para normar la política criminal.

La prevención y protección social es uno de los beneficios que se les atribuyen, no obstante, se deja de lado la preocupación por la justificación de la pena privativa de la libertad, así como de las condiciones en las que se instaura la misma, reafirmando fenómenos como la sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento, al ser la prisión la única sanción que se ha pensado para el sistema.

Uno de los riesgos en el aumento del uso de la prisión en el posicionamiento del *punitive turn* es el origen desde donde se obtiene conceptualización de la razón para sancionar.

Entonces, la pregunta a la que constantemente nos hemos enfrentado del ¿Por qué sancionar?, quedó relegada y fue sustituida planteando ¿Para qué sancionar?, lo cual significa que dejamos de lado el razonar la pena, para diseñar que fines útiles puede brindar la misma, en especial, el uso de la prisión.

No obstante, este posicionamiento, ha dejado matices muy discutibles al legitimar discursos políticos de endurecimiento o mano dura, que buscan ganar la afinidad de los electores más que proporcionar una política penitenciaria adecuada.

Los efectos que visualizamos de esta decisión son nuevamente la exclusión social de la persona, más allá de un tratamiento, una reinserción o una devolución del mal perpetrado.

En alcance a ello, apreciamos que gran parte de la política criminal del *punitive turn* ha permeado en nuestro país, aun y cuando existen por mandato constitucional la implementación de la *reinserción social*, lo cual tiene relación con las explicaciones proporcionadas mediante la escuela del *labelling aproach*.

Howard S. Becker se considera el creador de dicha escuela, sin soslayar que existen trabajos anteriores como el del autor Frank Tannenbaum, así como Lemert Edwin.

El *labelling aproach* es de utilidad en virtud de que proporciona criterios para entender una postura en relación con la pena, una postura que revela el interés por instituir la política.

Según esta escuela la cultura de la sociedad crea “rótulos” determinados para conductas, considerando unas como desviadas y otras como normales. Este enfoque es compartido por el autor Nils Christie, seguido de Becker.

“Estos autores ponen el acento en la naturaleza de las normas sociales y en los rótulos que se aplican a las personas que contravienen esas normas o en la reacción social que provocan. Son, por lo tanto, relativistas sociológicos que insisten en que lo que es desviado para una persona no tiene por qué serlo para

otra, y lo que quizá sea más importante, en que lo que considera desviado en un momento y contexto determinado, quizá no sea siempre considerado así”¹³⁵

El *punitive turn*, cambia la fuente desde la cual puede emanar esa calificación, ese poder de normalización de una conducta, así como la definición de lo desviado, dicho medio suele ser la *estadística*, la opinión popular controlada por el medio, así como por la noción de *control de riesgo*.

No obstante, la obtención de la justificación mediante esos métodos se imbuje de las mismas críticas que en un inicio ya había mencionado la escuela del *labelling approach*, como lo es el desinterés por los efectos de la sanción, la reincidencia y el perfeccionamiento de los criminales en la prisión.

“En su formulación más sencilla, lo que se dice es que el intento por impedir, castigar, prevenir la desviación puede, en realidad, crear la desviación misma.”¹³⁶

Esa etiqueta forma un estigma del cual el individuo no puede apartarse, además crea una expectativa social del comportamiento de una persona, que se ha considerado por Becker como una profecía que se lleva a cabo por el sujeto de manera automática.

“El problema central de la delincuencia se encuentra en la forma en que es considerada como un problema de salud-enfermedad, después jurídico y por último social; sin embargo, al etiquetar a un sujeto no se obtiene ninguna solución, por lo tanto, la cuestión central está en saber si las prisiones, con la puesta en operación de un tratamiento, sirven para algo más que no sea un simple depósito o almacén de etiquetados o desviados sociales”¹³⁷

Entonces, la suma de la prisión a una política que deja de preocuparse en los efectos para los internos, sino más bien en los riesgos sociales que pueden evitarse al apartar o excluir a la persona sancionada, da lugar a un panorama muy riesgoso, en el cual, no se están respetando derechos humanos, no se cumple con una

¹³⁵ REYES Calderón, José Adolfo, Tratado de Criminología, México, 2017, p. 191.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ CISNEROS, José Luis, Ob. Cit., p. 167.

política criminal, no se respeta el mandato constitucional, ni tampoco existe una congruencia ni coherencia ni mucho menos proporcionalidad de la sanción.

Aunado a lo anterior, en el estudio de los tipos penales que la presente tesis se ocupa, cabe realizar precisiones en cuanto a una falta de adecuación mayor, comenzando por el hecho de que ese papel de “normalización” de la conducta, no parte desde el plano de la cultura social.

La “normalización” de la que hablamos para definir la *lex artis* que debe seguirse en el acto médico proviene de una política de la medicina, así como de una “medicalización” de la vida humana.

Ello ha creado una brecha en la que se originó un poder de normalización de las conductas mediante el discurso y la ya analizada relación entre derecho, verdad y poder.

En los tipos en estudio, deberá recordarse que el componente necesario a estudiar es un incumplimiento o inobservancia a la *lex artis*, al tratarse de conductas anormales de la ciencia médica, entonces esta *lex artis* constituye una normalidad en el proceder médico científico.

No obstante, esa normalidad, debe ser extraída jurídicamente, sin que se cuente con los métodos actualmente para su determinación de manera precisa. Ello otorga la oportunidad a los entes económicos y hegemónicos de determinar el contenido de la *lex artis*, ya sea que hablemos del sector asegurador, el sector de laboratorios o la medicina privada.

“Las definiciones, y especialmente el poder para confeccionar definiciones e imponerlas en los demás, son de gran importancia en todos los aspectos de la vida humana. En psiquiatría y psicoterapia, por lo mismo que estas disciplinas tienen que ver con las relaciones humanas y con la influencia de personas y grupos entre sí, resulta importantísima la manera en que se utilicen las palabras”¹³⁸

¹³⁸ SZASZ, Thomas, El mito de la psicoterapia, Coyoacán, México, 1996, p. 15.

Curiosamente para la creación de las definiciones de una conducta normal y una anormal las autoridades recurrieron en un principio a disciplinas médicas y en la actualidad siguen recurriendo a ciencias como la psiquiatría, la medicina, la sociología y la criminología.

A propósito de esta afirmación, Michael Foucault en la magistral cátedra denominada “Los Anormales” ya divisaba la creación sinérgica entre el derecho y la medicina como poder de normalización y la imposición de las conductas.

Así pues, estamos, en resumen, ante un sistema de partida doble, médico y judicial, que se estableció en el siglo XIX y del que la pericia, con su muy curioso discurso, constituye la pieza en cierto modo central, la pequeña clavija, infinitamente débil e infinitamente sólida, que sostiene al conjunto.

Y aquí voy a llegar al objeto mismo del curso de este año, Me parece que la pericia médico legal, tal como se la ve funcionar hoy, es un ejemplo particularmente llamativo de la irrupción, o más probablemente de la insidiosa invasión, en la institución judicial y la institución médica, en su frontera, exactamente, de cierto mecanismo que, justamente, no es médico y tampoco judicial.¹³⁹

Si se piensa a la prisión como un tratamiento, se retoma la calificación también en un estado anormal de la persona que requiere ser tratada, por lo tanto, es en ese momento en el cual, debemos de preguntarnos la manera en la cual fue definida la anormalidad.

Por ello es que el *punitive turn*, tiene matices oscuros en cuanto a la explicación de su aplicación en los delitos de práctica médica, dejando grandes áreas de oportunidad para repensar su justificación, puesto que el aumento aislado de la pena privativa de prisión, ya sea por estadística de la mala práctica médica, ya sea por el reclamo social y mediático ante la negligencia o incluso para contrarrestar el riesgo que este fenómeno implica a la salud pública, no se encuentra justificado y obedece más a un enfoque en el cual se le resta importancia a la causa del

¹³⁹ FOUCAULT, Michelle, Los anormales, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, p. 48.

problema y su contextualización así como a los efectos del “tratamiento”, para solo enfocarse en la expulsión social de la persona condenada “anormal”.

Pero incluso en esta definición de lo “anormal” se pone en riesgo y no se justifica el enfoque del aumento punitivo, puesto que si en un inicio el poder de normalización se daba por la unión entre derecho y medicina, entonces al momento de revirar la técnica hacía la tipificación de lo “normal” en la medicina y la extracción de la *lex artis*, se corre el riesgo de que esa normalización se lleve a cabo mediante la política, entendida como el poder de tomar la decisión e imponerla a los demás mediante un poder económico.

La fuerza, el vigor, el poder de penetración y conmoción de esa pericia con respecto a la regularidad de la institución jurídica y la normatividad del saber médico obedecen precisamente al hecho de que les propone conceptos distintos, se dirige a otro objeto, trae consigo técnicas que con otras constituyen una especie de tercer término insidioso y oculto, cuidadosamente encubierto, a derecho e izquierda, a una y otra parte, por las nociones jurídicas de *delincuencia, reincidencia, etcétera*, y los conceptos médicos de *enfermedad, etcétera*. Propone en realidad, un tercer término; es decir que compete de manera verosímil -y esto lo que querría mostrarles- al funcionamiento de un poder que no es ni el poder judicial ni el poder médico: un poder de otro tipo que yo llamaría provisoriamente y por el momento, poder de normalización.¹⁴⁰

El poder de normalización se constituye en una paradoja que el enfoque del *punitive turn* no puede dar cuenta, al dejar de lado la cuestión de porqué sancionar, para dar paso a la utilidad del lenguaje punitivo, que constituye un factor de exclusión del ser sancionado.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 49.

3.1 Cumplimiento de la finalidad estadística actuarial.

Una de las vertientes para la justificación del aumento de la sanción, resulta del uso extensivo de las matemáticas, el cálculo y la estadística aplicada, para evitar un riesgo y con la propuesta de protección social.

Entonces la vertiente pretende dar respuesta a la justificación del para qué de la sanción, mediante el uso de fórmulas matemáticas y cálculo del riesgo que se presenta ya sea de determinadas personas o de determinados actos.

En palabras del maestro José Adolfo Reyes Calderón, la estadística penitenciaria, es una herramienta que auxilia a la clasificación de la información obtenida en prisión, como lo señala:

“Estadística penitenciaria: compila los datos de la población reclusa del país, distinguiendo las diversas categorías de delitos por los cuales han sido condenados los delincuentes, el sexo, la edad, la procedencia, aspectos personales de los presos, lugar en el que se encuentran cumpliendo su pena y el flujo periódico de entradas y salidas. Datos registrados por los juzgados de ejecución penal, en el organismo judicial”¹⁴¹

Lo cuestionable del enfoque en estudio, es el hecho de la manera en la cual se extrae y después se utiliza dicha información, para la justificación de decisiones como sería el hecho del aumento de las sanciones en la práctica médica.

“Como podemos observar, con estos juicios uno pasa del problema jurídico de la atribución de responsabilidad a otro totalmente distinto, el cual se encuentra contenido en las siguientes interrogantes ¿bajo qué criterio alguien puede ser clasificado como peligroso? ¿Cómo y qué es lo que determina la peligrosidad? ¿La peligrosidad es un estado o una acción? ¿Es una cualidad del sujeto o un conjunto de condiciones? ¿Es susceptible o medible?”¹⁴²

¹⁴¹ REYES Calderón, José Adolfo, Ob. Cit. p. 663.

¹⁴² CISNEROS, José Luis, Ob. Cit., p. 167.

A estas preguntas también podemos adicionar ¿Cómo puede medirse el riesgo de un profesionalista que incurre en responsabilidad médica? ¿Qué instituciones coadyuvaron en la acreditación de la pericia? ¿Es medible estadísticamente la pericia?

En nuestra experiencia, no es posible medir dichas condiciones, sino que únicamente se atendió a los datos que se tienen sobre resultados no deseados en la ciencia médica, desnaturalizando a la propia *lex artis*, para crear una política criminal.

El problema más grande que visualizamos en la justificación estadística para la toma de decisiones en el aumento de las sanciones en los delitos de práctica médica, es el hecho de que no se identifica como tal una fuente para determinar el contenido exacto de la *lex artis*, como una norma estática o universal, lo cual, implica que la calificación de las variables sea meramente subjetiva.

La creación de dichas variables entonces debe recurrir al poder de normalización, lo que dota de un contenido meramente político al resultado, que puede ser manipulado para justificar cualquier extremo.

“Calificar un hecho como delictivo o a una persona como peligrosa, implica la existencia y actuación de una estructura de poder que dé validez a determinadas pautas de conducta, de acuerdo con una jerarquía de valor, cuya defensa asume ese poder. Con estos supuestos, el delito, y en general toda conducta antisocial o asocial, puede ser concebida como perturbación del orden vigente en la sociedad, ya que el poder social estableció normas de actuación”.¹⁴³

El segundo punto de reflexión es el hecho de que aún y cuando se justifica y advierte la existencia de un problema de negligencia médica, la solución que se argumenta, no tiene realmente una relación plena con los elementos de causalidad, puesto que, si la inobservancia de la *lex artis* es el factor estadístico, entonces la

¹⁴³ CISNEROS, José Luis, Ob. Cit., p. 173.

solución debería buscarse dentro de esa estadística y no el recurrir a un medio privativo de la libertad como única solución.

Ello es precisamente lo que otorga el carácter denigrante a la justificación estadística, el hecho de utilizar la prisión como medio de exclusión, no justificada, no proporcional a la conducta que se estudió mediante método matemático.

Entonces la finalidad de prevención de un “riesgo social” constituye una calificación para cualquier acto médico que no sea conveniente al poder político o económico o incluso del poder de normalización.

3.2 Análisis del cumplimiento de la finalidad *managerialista*.

El enfoque del manejo o *manage* tiene como premisa el manejo de la política pública enfocada a un equilibrio entre el costo y el resultado de las acciones en contra de la criminalidad, intentando lograr un punto medio.

El hecho de que se hable de manera- o *manage*- significa que la nueva penología no pretende reeducar o rehabilitar al delincuente, ni tan sólo eliminar la delincuencia, sino simplemente hacerla tratable o tolerable minimizando el daño que pueda causar en la sociedad. El *managerialismo* es una expresión clara de la “sociedad del control”, que no se preocupa de mejorar, sino tan solo de gestionar, donde la criminología se ha transformado en un tema del discurso generalizado de análisis de la implementación de políticas públicas y la gestión de situaciones más o menos problemáticas.¹⁴⁴

Si tomamos como base la adopción de una política de sociedad de control, en donde no importa la eliminación de la delincuencia, ni tampoco la rehabilitación del delincuente, entonces nos encontramos claramente ante una política contraria al orden constitucional así como al bloque de constitucionalidad del cual nuestro México es parte.

¹⁴⁴ RIVERA Beiras, Iñaki (coord.), Política criminal y sistema penal. Anthropos, España, 2005, p. 240

Aunado a ello, el enfoque del *managerialismo*, toma como premisa el hecho de que los riesgos son asumidos por la población, al no pretender la eliminación de la delincuencia, uno mismo tiene que hacer frente a la afirmación de que ser víctima de un delito constituye un riesgo.

Ante ello, apreciamos la entrada del tópico del delito a la agenda política, en conjunto con temas como la falta de empleo, problemas económicos, así como electorales, por lo que el enfoque tiene una gran relación con el populismo punitivo y la justicia actuarial.

La justicia actuarial tenderá, como se desprende de los ejemplos que han sido citados, a la reducción de las circunstancias ambientales que favorezcan los comportamientos desviados, tratando de establecer límites, casi siempre físicos, a los grupos que son objeto de vigilancia y control. Uno de los métodos de la justicia actuarial va a ser, por lo tanto, la alteración directa del ambiente de las potenciales víctimas para evitar la comisión del delito.¹⁴⁵

La institución de este enfoque también busca ganar la adhesión de la población mediante un discurso en el cual se pretenda justificar las decisiones, como si de representación social se tratase. Es decir, justificar las decisiones desde los ciudadanos y para ellos mismos, haciéndolos partícipes de los problemas.

Al respecto, se aprecia que los casos médicos cada vez ocupan lugares más prominentes en las notas rojas de los periódicos, resaltando siempre la negligencia del profesional, así como la falta de ética, enunciando la apertura de una carpeta de investigación, así como de sanciones inmediatas para el médico.

Sin embargo, el publicar dichas notas en los medios de comunicación no necesariamente cumple con un fin de justicia o justificación de las sanciones, sino más bien con una finalidad de aquilatar los efectos del descontento social, así como de lograr la legitimidad del poder.

¹⁴⁵ Ídem.

En consecuencia, la violencia es vista como una de las vías primordiales para la construcción social de una realidad, que habitualmente es reconocida por los sujetos como una fantasía dada por el mercado de consumo y por una ficción de la modernidad, la cual en muchas ocasiones juega un papel de mayor importancia que la misma realidad, e incluso donde la frontera de esta ficción, es donde el Estado usualmente justifica la violencia a la que recurre para persuadir a la población de la justicia de sus acciones.¹⁴⁶

Entonces, podemos apreciar que el *managerialismo* logra dar cuenta de diversos problemas que acontecen en la regulación de los tipos penales en estudio, puesto que la proliferación de notas rojas y desinformación respecto a la práctica médica pretende ser tomada como una medida que justifica las actividades del sistema para evitar la negligencia médica.

No obstante, ello no deja de lado el hecho de justificar la violencia (de las más graves como la privación de la libertad) en contra de un problema que debería ser abordado en sus causas y efectos.

Sin embargo, adoptar sanciones más altas, una política penitenciaria más dura, se constituye como una solución aceptable para los electores que han normalizado la violencia como única solución y aparentemente también aceptan que sea una solución económica para el estado, al menos más económica que generar una política médico legal desde cero.

Por tanto, estas medidas violentas, aparentemente otorgan un alivio al malestar social, que da una sensación falsa de cumplimiento a la ley y de que el problema puede ser resuelto mediante el juicio.

“La justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo. La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un

¹⁴⁶ CISNEROS, José Luis, Ob. Cit., p. 34.

discurso, repleto de contenido simbólico, de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etc. Es lo que se llamado populismo punitivo.”¹⁴⁷

Si bien este enfoque puede dar cuenta de la realidad actual de la implementación de sanciones más rígidas de pena privativa de la libertad para los médicos, también es cierto que el panorama no es alentador en relación con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales que el Estado ha contraído.

Ello en virtud de que nos hemos alejado cada vez más de los problemas de origen, que comenzamos a visualizar en los apartados de la teoría de la retribución, y posteriormente con la *reinserción social*, para culminar en el *punitive turn*. Nos hemos alejado de dar respuesta a las finalidades de las sanciones, al destino de los sancionados, a la planeación del porqué y de la congruencia de la política criminal, para dejar solamente una política aislada.

Como señala Stanley COHEN, el problema criminal se introdujo en el discurso político, y a su vez, el discurso político colonizó el problema criminal. En la actualidad, entonces, “esta forma de situar políticamente las cuestiones criminológicas elementales se da por sentada. La seguridad y el delito son vistos como riesgos cotidianos que refuerzan la posibilidad de ser víctima de un crimen; adquieren también, una entidad tan o más relevante que otros temas de la agenda de gobierno, como son el desempleo o la precarización laboral, una inflación, la contaminación ambiental, entre otros; son objeto además de una creciente difusión a través de los medios de comunicación y del discurso político partidario y social.”¹⁴⁸

Por tanto, no podemos encontrar una justificación del aumento de la sanción en los tipos penales médicos mediante el *managerialismo*, puesto que únicamente nos proporciona una descripción de la realidad, pero ello no justifica el aumento de la sanción ni tampoco por qué se continua con la sanción en prisión como única opción.

¹⁴⁷ RIVERA Beiras, Iñaki (coord.), Ob. Cit. p. 240.

¹⁴⁸ GUTIÉRREZ, Mariano H, Populismo Punitivo y justicia expresiva, Fabian J. Di Plácido, Argentina, 2011, p.

Aunado a ello, tampoco se da cuenta de los efectos económicos de excluir socialmente a una persona que en muchas ocasiones no sólo se encuentra en un grado de licenciatura, sino que se trata de especialistas o subespecialistas.

Por tanto, la utilización de términos que buscan legitimar un discurso de dominación, para evitar los riesgos, exaltando estos para producir un temor, no justifica que se trate de la mejor opción, ni siquiera de que exista una proporcionalidad entre la sanción y el bien jurídico protegido.

Paralelamente, el “populismo punitivo” supone la utilización de un lenguaje que incentiva las “cruzadas contra el delito”, la “guerra contra el crimen”, la necesidad de “barrer la calles”, políticas de “mano dura contra el delito”. Todas ellas forman parte de un “endurecimiento” de la política criminal que contribuye a la generación de fragmentaciones sociales en donde existe, por un lado, un “nosotros” integrado, civilizado y un “otro” esencializado, antipático, peligroso, sospechoso y potencial desviado.¹⁴⁹

La fragmentación social es entonces otro de los efectos de dicha política, puesto que lo que se busca es el ejercicio de una violencia, institucionalizada, como única vía para la solución del conflicto, y en el mejor de los casos, un acuerdo o justicia alternativa impulsada por una violencia y sanción penal bastante grave.

3.3. Incongruencia en la reforma relativo al *punitive turn* y nuevas tendencias punitivas.

Realizando un balance de los conceptos aportados, podemos visualizar una tendencia hacía una penalidad que no toma en consideración la justificación de las sanciones, dejando atrás interrogantes que quedaron pendientes para el uso de la pena privativa de la libertad.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 191.

Los efectos de la sanción en sí misma, constituyen ya no un panorama de discusión, sino de negociación, como fuente de violencia. Ello atiende también a la exigencia social de que cada vez se tipifiquen más las conductas indeseadas, a efecto de satisfacer la necesidad de esa “violencia legítima”. La ciencia médica no está exenta de esa corriente, puesto que las conductas médicas han sido cada vez más contempladas por el derecho penal.

Pero sin la debida reflexión del uso de la prisión, la justificación de la sanción y su fuerza, las condiciones en que se encuentra actualmente la prisión, los efectos que produce y las alternativas que se tienen, se produce una incertidumbre y un enorme contraste entre las obligaciones constitucionales e internacionales de las cuales el Estado es parte.

“La retribución para con el delito -su castigo sin límites-, mediante prácticas penales “emotivas y ostentosas”, nos retrotraen hacia una penología premoderna, incivilizada y draconiana.”¹⁵⁰

El *managerialismo* en conjunto con el populismo punitivo, nos dan una explicación factible del fenómeno que ha ocurrido en la tipificación y agravamiento de los delitos de práctica médica, no obstante, el panorama del cual nos abastecen tiene múltiples áreas de oportunidad para repensar las sanciones que se han instituido, así como la elaboración de una justificación de la relación derecho-medicina.

Debemos detenernos a pensar si realmente el curso que se desea adoptar es uno en donde la política controle las decisiones en su totalidad respecto de las sanciones que se instauran, así como la normalización de las conductas, o si por el contrario, debemos de dotar tanto al derecho como a la medicina de su papel en la toma de decisiones y aporte de conceptos. Deben repensarse la manera de visualizar la relación médico-paciente dentro del ámbito penal, para que deje de ser vista como el preludeo a un riesgo inherente de disminución de la salud por el lado de los

¹⁵⁰ Ibidem, p. 190.

pacientes, así como del encarcelamiento por parte del prestador de servicios médicos.

El uso extensivo de la prisión como única alternativa, refleja una arraigada creencia en la violencia como solucionador de conflicto social, lejos de ser una solución para el respeto a los derechos humanos de los ciudadanos. Al igual que la política, la economía tiene un papel preponderante en la operación de los tipos penales de práctica médica, así como su justificación, en virtud de que una política médico-legal, puede resultar costosa, mientras que la exclusión y aislamiento de la persona en centro de reclusión parece ser una alternativa menos costosa.

La prisión es el único lugar en el que el poder puede manifestarse de forma desnuda, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral.

(Michel Foucault)

CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE SOLUCIONES.

El presente capítulo se dedica al análisis de soluciones posibles, teniendo como principal eje, el cambio dentro de la política punitiva, la necesidad de incluir una regulación social, que haga frente a las necesidades de la población, que pueda evitar la utilización de la aculturación y la exclusión social violenta como única salida al conflicto, por ello se propone la vigilancia y evaluación como medida.

1. La suspensión y revisión del ejercicio profesional del prestador de servicios médicos.

La búsqueda de una solución al problema de la incongruencia punitiva en la reforma al código sustantivo debe atender a los distintos puntos de contraste que nos aportó el análisis de las teorías punitivas, pero también debe tomar en consideración la significación de los conceptos relevantes a proteger, este posicionamiento nos revela la necesidad de una congruencia, coherencia sistemática y sobre todo de un respeto a los derechos humanos.

El primer punto de contraste es la necesidad de repensar a la prisión como la única solución viable, lo cual también trae a colación la necesidad de una respuesta ante un hecho social, diversa a la violencia, sea institucional o no.

Por añadidura, repensar las soluciones implica también considerar un cambio en la naturaleza de la respuesta a los actos delictivos médicos, pues como lo refiere el maestro José Adolfo Reyes Calderón, algunos problemas administrativos se han penalizado.

“Existe una “inflación criminalizante” según DENIS SZABO, por lo que ingenuamente se trasladan problemas administrativos al campo penal, creyendo

que la pena privativa de la libertad o el hecho de denunciarla traerá como consecuencia que los delincuentes frenen su intención criminal.”¹⁵¹

El hecho de vincular un fenómeno al derecho penal y orquestar una pena privativa de la libertad no resuelve ni atiende a las causas que genera el problema, ni tampoco asegura que pueda proporcionarle un tratamiento.

Entonces, si queremos plantear una propuesta justificada, debemos atender a las características del fenómeno que se desea evitar en el plano fáctico, por lo que uno de los enfoques más recomendables, es el hecho de vislumbrar la existencia de elementos de la conducta que pueden conceptualizar la realidad médico legal.

Uno de esos elementos es el concepto ya revisado de *lex artis*, así como de *lex artis ad hoc*, mismos que parten de la necesidad técnica de determinar el ¿Qué? y medularmente el ¿Cómo? debe otorgarse la atención médica y el segundo concepto toma en consideración los pormenores del caso en concreto para determinar tanto la procedencia como el apego a la práctica médica correcta a las condiciones en las que la misma se desarrolla.

Tomando estas premisas en consideración, podemos señalar que, si se busca un apego a la *lex artis* con miras a la protección del derecho a la salud de las personas, entonces, la sanción por la omisión de apego debe de tener una relación necesaria con dicho concepto, en primero momento, para evitar la reincidencia de la conducta dañosa y en un segundo momento para que la sanción pueda tener el efecto de producir un efecto benéfico en la sociedad, sin pasar por alta la reparación del daño.

El uso de estos conceptos, en adición a las herramientas de interpretación constitucional, pueden evitar incurrir en definiciones nebulosas o la medicalización de cuestiones ajenas a la medicina.

El sistema penal debe respetar los ejes fundacionales de la *reinserción social*, y para ello debemos considerar el medio y sub-medio del médico en el que se

¹⁵¹ REYES Calderón, José Adolfo, Ob. Cit. p. 250.

encuentra inmerso y por el cual es sujeto de la imputación: el alejamiento de la *lex artis*.

Por añadidura, el acto sancionatorio debe ocuparse entonces de la conducta del agente que se consideró dañosa, es decir la falta de apego a la *lex artis*, sin invadir esferas que no tienen que ver en ese punto específico, como lo es propiamente el medio psicológico o psiquiátrico.

El segundo elemento que estimamos valioso y digno de añadir a este ejercicio de contraste debe seguir una penología de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, a efecto de que sea coherente con el bloque de constitucionalidad y la doctrina de derechos humanos, se refiere a que el acto sancionatorio debe abordar los aspectos de la capacitación y el trabajo, teniendo una restricción en esos ámbitos y no en la libertad personal.

No obstante, debemos dejar de considerar el espacio de la prisión como única oportunidad para aplicar esta política para los tipos en estudio, en virtud de que la reclusión trae consigo la inhabilitación del médico, así como la desarticulación social del mismo.

Las condiciones de trabajo en reclusión se consideran relacionadas de manera directa con las generales del mercado laboral, regulada por principios contenidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, que constituyen el principio básico para la organización, las condiciones, el derecho y las obligaciones para el tratamiento, reinserción o readaptación del interno, expresadas en el artículo 18 de nuestra Constitución, así como en la Ley de Ejecuciones de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad (LEPPRLE) y en el Reglamento de los Centros Preventivos y de Readaptación Social. En todos ellos se considera al trabajo penitenciario como la base para que los internos alcancen la readaptación social.¹⁵²

¹⁵² CISNEROS, José Luis, Ob. Cit. p. 212.

Aun cuando estos ordenamientos proporcionan una base para la política criminal, las mismas no atienden a la corrección de la causa que originó la condena por los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

Esto es, que la sanción jamás ha sido planeada ni conformada para atender a la falta de apego de la práctica del profesional a la *lex artis*.

Entonces, la solución que se propone se centra en la revisión sistemática y constante de la práctica médica a dicho apego.

Se estima que la solución requiere de la coordinación de entidades públicas como privadas para la consecución de la vigilancia y el apego.

Uno de los puntos a considerar es que la adopción de una *lex artis* debe de ser siempre a consciencia, de manera que la misma tenga una orientación para la protección de la salud y no de otros intereses, es a partir de dicha herramienta, que debe siempre ponderarse el esquema del bloque de constitucionalidad en la cual se encuentra nuestro país.

Ello implica que toda acción de interpretación judicial, así como la propia conformación de la *lex artis* de la que hablamos, necesariamente debe proteger el derecho a la salud, no el interés económico ni imperialista de laboratorios, productores de servicios o bienes médicos, ni tampoco del sector asegurador ni hospitalario, pues ello contribuye a la imposición de intereses mercantiles a través de instrumentos públicos, medicalizando cuestiones ajenas a la vida del ser humano.

Además de la revisión sistemática e integral que se propone de la práctica médica, se contempla otro instrumento: la suspensión.

Dentro del esquema del derecho penal mínimo, contemplamos la necesidad de una intervención limitada del Estado a la vida de los particulares, solo en la medida que sea necesaria e indispensable, motivo por el cual, la suspensión del ejercicio profesional debe atender a la protección de un interés público y no debe fungir como

una herramienta de exclusión social ni tampoco de desarticulación que inhabilite a la persona.

Entonces la imposición de la sanción de suspensión en el ejercicio profesional no debe de ser usada como un fin en sí misma, puesto que se revisó en los capítulos anteriores que dicha pena en sí misma trae similares efectos de desarticulación social e inhabilitación al profesional que si estuviese privado de su libertad en un centro de reclusión.

Para la justificación de estas soluciones, se propone un contraste hermenéutico entre los enfoques abolicionista y del derecho penal mínimo, en conjunto con una penología protectora del derecho a la salud de enfoque administrativo.

La corriente del abolicionismo tiene como finalidad cuestionar el sistema penitenciario como se vislumbra ante el panorama de agotamiento de la teoría de la *reinserción social*, así como también de la *retribución*.

Durante las últimas dos décadas, tanto la criminología como la política criminal han sufrido cambios sustanciales. Con respecto a esta última, queda bastante claro que, para los reformistas del derecho penal, el tratamiento del delincuente ya no es el principal punto de referencia. La decadencia de la idea de resocialización es un hecho ya pocas veces discutido, aunque haya quienes no quieran admitirlo. Mientras que para los conservadores la intervención terapéutica resultó ser un concepto ineficaz, altamente costoso y por lo tanto inútil, los liberales vieron a la combinación de tratamiento y represión como una violación de los derechos constitucionales, dejando sin apoyo a la orientación hacia la "prevención especial" que una vez fuera tan popular.¹⁵³

El agotamiento de las teorías y la incapacidad de dar cuenta a la realidad abre las puertas a este enfoque, con la misma pregunta que inició el presente capítulo: ¿Es posible una alternativa a la prisión?

¹⁵³ HULSMAN, Louk, *et. al.*, Abolicionismo Penal, Ediar, Argentina, 1989, p. 15.

El posicionamiento abolicionista tiene una batería de conceptos que proporciona utilidad al enfoque que exponemos y uno de los contrastes más importantes es el hecho de que conceptualiza de una manera distinta la visión del hecho social conocido como delito y la respuesta que surge del mismo.

Los abolicionistas hablan de “conflictos” o “situaciones problemáticas” para referirse a lo que el resto y la mayoría de las personas llaman “crimen” o “delito”. Esto es el resultado de uno de los pasos necesarios que hay que dar para dejar de pensar en la lógica del sistema penal. Si queremos salir de ella, si queremos pensar en una alternativa, no podemos seguir utilizando los conceptos que ésta emplea, ya que sólo generan la estigmatización y discriminación de las personas que son encuadradas bajo estos. Llamamos “criminales” a todas las personas que cometen algún “delito”, le aplicamos una carga negativa a su persona e inmediatamente se vuelven los “malvados”. Pero lo mismo pasa con las víctimas a quienes etiquetamos y metemos en una misma bolsa al suponer que todas reaccionan de la misma manera o tienen las mismas necesidades.¹⁵⁴

El desarrollo del posicionamiento abolicionista se ha desarrollado principalmente por Nils Christie, Louk Hulsman y Thomas Mathiesen, encontrando categorías distintas a la visión clásica de definiciones de “crimen” “castigo”, “delincuente”, “víctima”.

“Sin la obsesión por la culpa y el castigo, los hechos individuales que hoy se denominan “delitos” aparecerían como “conflictos”, la tarea principal, entonces, es encontrar formas de tratar estos conflictos sin acudir a la exclusión social. Obviamente resulta diferente si las dos partes están presentes y si el autor está dispuesto a enfrentar el hecho.”¹⁵⁵

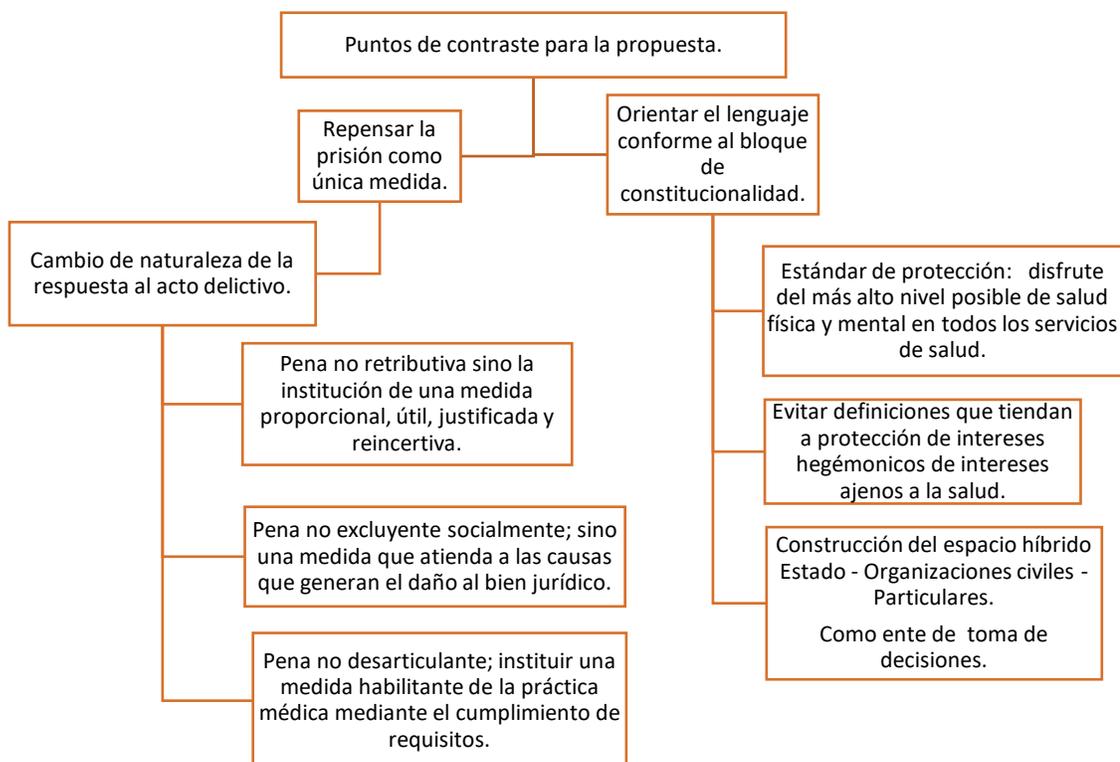
La esencia que deseamos extraer del panorama abolicionista es el hecho de repensar la lógica y el lenguaje del sistema penitenciario al que deseamos arribar,

¹⁵⁴ MOLLIS Santiago, Hacia un mejor entendimiento del abolicionismo penal, biblioteca jurídico virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 162. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/viewFile/29194/26341>, consultado el día dos de septiembre de dos mil diecisiete a las 18:05 horas.

¹⁵⁵ HULSMAN, Louk, Ob. Cit., p. 49.

y visibilizar que la cárcel no es la única opción existente para los hechos sociales que desean evitarse.

Las ideas plasmadas se resumen en el siguiente mapa conceptual:



Como ejemplo de las aportaciones del movimiento abolicionista Nils Christie en su obra “Los conflictos como pertenencia” refiere la necesidad de recobrar la capacidad de que la sociedad sea tomada en consideración a la hora de resolver el conflicto, puesto que dicho poder ha sido completamente expropiado del seno social y ha sido depositado en científicos, abogados, jueces, legisladores y miembros del sistema que hacen del conflicto una profesionalizada red para resolverlo, en la cual, rara vez se toma en consideración a la víctima en un sentido decisorio.

En *Los conflictos como pertenencia* hace referencia a la sociedad como la gran perdedora a partir de la expropiación de

los conflictos, ya que esta situación constituye “una pérdida de oportunidades para la clarificación de las normas”. Es por esto que su “modelo de corte vecinal”, a través de cuatro etapas, tiene como objetivo recuperar el conflicto, que la víctima sea parte importante de este proceso, que pueda hablar con la otra parte, que sea tenida en cuenta al momento de tomar una decisión, que la situación social y personal del agresor sea tenida en cuenta.¹⁵⁶

Ese es el segundo elemento que se busca extraer del enfoque abolicionista, la oportunidad de considerar tanto al afectado como al autor de la omisión como parte de conflicto y parte de la solución, dejando atrás los conceptos clásicos de delincuente y víctima.

No solo debe considerarse al autor y a la víctima, sino al cúmulo de conceptos y trascendencia que los mismos tienen para nuestra realidad, por ello es que las herramientas de interpretación se tornan necesarias no sólo en el momento de realizar el juicio, sino desde el momento en el cual se instituye la política punitiva para ese hecho en concreto.

Una visión de víctima aislada, dependiente completamente del sistema, etiqueta y crea el estigma sobre la persona de la misma forma que lo hace el rótulo de “delincuente”, como se desprende de la explicación que proporcionó el autor Alain Badiou:

Los derechos humanos son actualmente una ideología del capitalismo globalizado. Esta ideología considera que hay una sola posibilidad en el mundo: la sumisión económica al mercado y la sumisión política a la democracia representativa. En este marco, el hombre que tiene derechos es el hombre que tiene esta doble sumisión. O bien, el hombre que tiene derechos es una simple víctima. Tiene que despertar piedad. Tenemos que verlo sufrir y morir en televisión y entonces se dirá que va a tener derecho a recibir ayuda humanitaria de Occidente rico.¹⁵⁷

¹⁵⁶ MOLLIS Santiago, Ob. Cit., p. 166.

¹⁵⁷ BADIOU, Alain, La ética y la cuestión de los derechos humanos, acontecimiento Número 19-20, 2000. P. 1. <http://www.reflexionesmarginales.com/pdf/19/Documentos/2.pdf> Consultado el día veintinueve de Septiembre de dos mil diecisiete a las 9: 40 horas.

El mismo Badiou nos proporciona la idea de una política emancipadora que no parta desde el poder, desde un sistema cristalizado, un sistema hegemónico del poder, como en este caso sería el sistema penal clásico, que puede llegar a utilizar la pena de prisión como herramienta de exclusión social e inhabilitación humana, para proteger intereses que no corresponden necesariamente con la protección del derecho a la salud.

En el fondo, para nosotros, el gran problema es saber qué igualdad podemos llegar a construir. Los verdaderos derechos del hombre se refieren al derecho a la igualdad, es la condición de que sólo puede soportarse un mundo en que un hombre es igual a cualquier otro. No sólo en el derecho, en la constitución sino en la realidad, en la relación real de las conciencias, en la situación concreta. La capacidad de producir igualdad, esa capacidad de inventar igualdad, ahí donde podamos hacerlo, es la gran capacidad política y eso es una creación.¹⁵⁸

La construcción de una igualdad, así como la verdad, constituyen las bases que estimamos para la construcción de nuevos conceptos, de un derecho penal mínimo pero a la vez con la efectividad necesaria para considerarlo diligente en su protección, que pueda dar cuenta a los actores de su realidad y otorgarles un papel protagónico en la relación del conflicto, en donde se pueda alcanzar la verdad jurídica.

“En síntesis, podemos decir que la verdad jurídica implica un procedimiento veritativo donde es importante la invención y la innovación. En ella es central el método de la creación y el descubrimiento, ya que es fundamental explorar la verdad económica, política, social e ideológica.”¹⁵⁹

Con estos elementos, buscamos proponer un enfoque en el cual el médico tratante y el paciente sean protagonistas no sólo del conflicto que surge entre ambos, sino

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁵⁹ CONDE Gaxiola, Napoleón, *Jushermenéutica y Sociología Jurídica*, Circulo Hermenéutico, México, 2015, p. 394.

de la solución a la cual se puede llegar en el caso en concreto, como se planteará en los siguientes acápites del capítulo.

2. La suspensión en el ejercicio profesional.

Nuevamente debe aclararse que la búsqueda y exploración de una solución desde la perspectiva penal, se da con motivo de la falta de congruencia de la sanción de pena privativa de la libertad sin la posibilidad de un tratamiento en condiciones adecuadas, por lo tanto, la suspensión del ejercicio profesional no debe interpretarse como una medida tendiente a inhabilitar al médico, o alejarlo de la sociedad, sino como una medida de seguridad impuesta para instaurar acciones que no permitan un daño mayor al público, así como a que se logre el debido apego a *lex artis*.

La suspensión del ejercicio profesional es una medida ya contemplada en el Código Penal, en el título Vigésimo segundo, capítulo primero, denominado “Responsabilidad profesional y técnica”, y en concreto el artículo 322 establece:

Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en las normas sobre ejercicio profesional.

Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, se les impondrá suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reiteración y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares, cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquellos.¹⁶⁰

La reparación del daño no es un punto discutible, puesto que el daño ocasionado por el alejamiento de la *lex artis*, ya sea por negligencia, impericia o falta de cuidado debe de regresarse al estado en que se encontraba de ser posible y ante

¹⁶⁰ Artículo 322 del Código Penal para la Ciudad de México.

la falta de dicha condición debe mediar una indemnización adecuada y correcta para dicho fenómeno.

Además de la reparación del daño, la suspensión se ha erigido como una sanción conjunta con la pena privativa de la libertad, es decir, que existe un doble efecto inhabilitante, el primero respecto de la pena privativa de la libertad y el segundo consistente en la incapacidad expresa de ejercer la profesión de la medicina, puesto que el condenado se encuentra con la pena de una suspensión del ejercicio profesional.

Por añadidura la pena de suspensión se considera auto justificativa, puesto que no atiende a otro concepto más que el médico no pueda ejercer la medicina ni siquiera privado de su libertad dentro del penal, lo cual, contribuye a un efecto de exclusión social e inhabilitación mucho mayor que el que se ponderó en un inicio.

En el fondo existen razones para reformular el uso de la sanción de suspensión del ejercicio profesional, para evitar incurrir en el propio incumplimiento de las obligaciones que el estado mexicano ha contraído con motivo de la firma de tratados internacionales que contienen derechos humanos, así como del propio bloque de constitucionalidad.

Además se advierte una contradicción entre los lineamientos del artículo 18 Constitucional y la Ley Nacional de Ejecución Penal con relación a la aplicación de la suspensión del ejercicio profesional dentro de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, en razón de que si el trabajo y la capacitación constituyen los ejes fundantes de la política de la *reinserción*, entonces el no permitir el ejercicio de la medicina resulta contrario a tales actividades puesto que no permitiría que se lleven a cabo actividades para el tratamiento de la persona.

Es evidente que una pena de suspensión del ejercicio profesional bajo esos parámetros no da cumplimiento al estado de derecho ni respeta derechos

fundamentales de los sentenciados, de paso tampoco otorga una finalidad válida a la pena propiamente.

Entonces, podemos pensar en una forma de utilización de la suspensión del ejercicio profesional, para que pueda ser compatible con este orden y con la finalidad de la política penitenciaria.

Por dicho motivo, puede plantearse la idea de que la suspensión en el ejercicio profesional no sea únicamente una sanción en sí misma, sino que atienda a una medida de seguridad para realizar ciertas acciones que sean necesarias para la *reinserción* del individuo en el sub-medio de la *lex artis*.

Las medidas de seguridad deben de cumplir con principios establecidos similares a las penas, no obstante, debe de considerarse que las mismas son más delicadas que las sanciones y deben de atender a ser excepcionales y únicamente deben de ser utilizadas para la protección de un bien jurídico.

Además, deben de cumplir con los principios de necesidad, justicia y utilidad, misma que debe de ser justificado por la autoridad jurisdiccional que deba imponerla, lo cual, es completamente aplicable a la medida de la suspensión del ejercicio profesional.

El principio de necesidad atiende a que debe de ser necesaria para evitar una conducta que vulnere un derecho, siendo estrictamente necesaria la medida para tal fin, es decir, que no exista otra forma de protección o sea mucho más onerosa.

El principio de necesidad para la suspensión del ejercicio profesional de un médico sancionado puede colmarse de manera excepcional por la reiteración de sanciones o para la protección en el caso de pacientes menores de edad.

Por lo que hace al principio de justicia debe vigilarse que la medida se aplique con pleno conocimiento de lo que se desea proteger y de las limitantes expresas que se tendrán con motivo de la suspensión, si será total o parcial.

“Deben fundarse en la razón, en la equidad y en la imparcialidad. Para ello es un imperativo que la autoridad que las aplique debe gozar de un amplio y profundo conocimiento sobre las mismas para que sean justas en razón de la persona, de su pretendida peligrosidad y de la conducta antisocial cometida.”¹⁶¹

El conocimiento de la medida y los límites de la suspensión para ejercer la profesión, debe de ser una acción en conjunto con las instituciones encargadas de la vigilancia al apego a la *lex artis*, ello si se desea evitar la reincidencia, puesto que aquellas instituciones pueden dotar del saber para conocer en qué áreas de la medicina y de la *lex artis* el profesional no cuenta con las destrezas para el debido ejercicio, de esta forma puede tomarse un Plan de Acción conjunto y real que aborde el problema de la omisión de apego.

“La aplicación de las medidas deben ser útiles para el Estado como para quien las sufre. Para el primero, porque mediante ellas podrá cumplir con sus objetivos de prevención del delito, logrando su rehabilitación para apartarlo de acciones delictuosas, por lo que sus efectos no se deben sentir como un mal.”¹⁶²

En consecuencia, si aplicamos estos tres principios en conjunto con la interpretación del bloque de constitucionalidad del que el estado mexicano es parte, debemos plantear una medida de suspensión del ejercicio profesional que pueda justificarse en cuanto a su necesidad, así como en cuanto a su utilidad, mediante una base sólida de conocimiento.

Una política de aplicación de sanciones no privativas de la libertad implica la colaboración y estructuración del sistema para retroalimentarse de esas decisiones y poder llegar a un grado de especialización.

“Se debe fortalecer la exploración y aplicación de medidas no privativas de libertad a fin de reducir la sobrepoblación penitenciaria y evitar las comprensibles

¹⁶¹ REYES Calderón, José Adolfo, Ob. Cit., p. 623.

¹⁶² Ídem.

desventajas de la prisión y promover la utilización de las medidas que demuestres ser efectivas y ventajosas.”¹⁶³

Para la aplicación de sanciones no privativas de la libertad, se requiere comprender la naturaleza de los tipos de negativa, abandono y práctica indebida del servicio médico y su relación con la omisión a la *lex artis*, puesto que esa relación es útil para determinar lo adecuado de una sanción de dicha naturaleza.

Para la obtención de ese conocimiento, se requiere que instituciones aporten el estudio de lo que la *lex artis* significa en el caso en concreto y posteriormente la parte de esta que el médico ha omitido, traducido en habilidades, destrezas o técnicas.

En México contamos con diversas iniciativas y alcances mediante los Consejos de Especialidades Médicas, así como el Consejo Normativo Nacional, que serán analizados en las siguientes líneas.

No obstante, debemos dejar en claro que una sanción de suspensión del ejercicio profesional que se justifique por el sólo hecho de impedir que el profesional ejerza con motivo del peligro que supone a la sociedad, no se encuentra justificada en cuanto a su utilidad, ni tampoco se cumple con los ejes fundantes proporcionados por el artículo 18 Constitucional.

Con motivo de todo ello, la suspensión del ejercicio profesional debe ser contemplada como medida excepcional, debidamente justificada y sólo como herramienta de cambio, para evaluar estrategias que doten al profesional médico de la capacitación que le proporcione las estrategias, la técnica, así como el conocimiento pleno de la *lex artis*.

¹⁶³ CARRANZA, Elías (Coord.) Ob. Cit., p. 331.

3. La acreditación de exámenes de certificación.

Otra parte de la propuesta técnica es la aplicación de los exámenes de certificación al profesional de la salud, para la verificación de su práctica dentro de los lineamientos de la *lex artis*.

Esta medida únicamente tiene la tarea de realizar una medición acerca de la *lex artis* para el profesional, calificando el apego que puede presentarse a la misma, así como la garantía de que la persona pueda contar con los conocimientos actuales sobre su especialidad o rama de la medicina.

Existe un avance dentro de dicha propuesta, misma que ha resultado bastante controversial en nuestro país. El primero de septiembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto mediante el cual se reformaron los artículos 81, 83, 271 y se adicionaron los artículos 272 Bis, 272 Bis 1, 272 Bis 2 y 272 Bis 3 de la Ley General de Salud.

Dicha reforma tuvo como objeto regular la práctica de las especialidades médicas, así como parte de su reglamentación. Puesto que una de sus principales modificaciones fue el segundo párrafo del artículo 81, en el cual se señala:

“Para la realización de los procedimientos médicos quirúrgicos de especialidad se requiere que el especialista haya sido entrenado para la realización de los mismos en instituciones de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.”¹⁶⁴

El párrafo anterior sentó las bases para una fiscalización de la técnica médica de una forma administrativa y directa. Al respecto se otorgó en el tercer párrafo, la

¹⁶⁴ Párrafo segundo del artículo 81 de la Ley General de Salud, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre de 2011.

labor auxiliar de fiscalización al Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas, como se procede a citar:

El Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas tendrá la naturaleza de organismo auxiliar de la Administración Pública Federal a efecto de supervisar el entrenamiento, habilidades, destrezas y calificación de la pericia que se requiere para la certificación y recertificación de la misma en las diferentes especialidades de la medicina reconocidas por el Comité y en las instituciones de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.¹⁶⁵

Una vez sentado tanto las facultades de fiscalización, así como el organismo encargado de la labor, se contemplaron diversas obligaciones del médico, una de ellas se encuentra vinculada a la transparencia, al exhibir los documentos que acrediten su capacidad técnica.

Artículo 83.- Quienes ejerzan las actividades profesionales, técnicas y auxiliares y las especialidades médicas, deberán poner a la vista del público un anuncio que indique la institución que les expidió el Título, Diploma, número de su correspondiente cédula profesional y, en su caso, el Certificado de Especialidad vigente. Iguales menciones deberán consignarse en los documentos y papelería que utilicen en el ejercicio de tales actividades y en la publicidad que realicen al respecto.¹⁶⁶

Entonces, la obligación de transparencia, así como de fiscalización fueron contempladas en dicha reforma, e incluso fue materia de amparos en contra de la aplicación de dicho precepto, motivando el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de tales artículos:

SALUD. LOS ARTÍCULOS 81 Y 272 BIS DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO TRANSGREDEN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO. Los preceptos citados establecen como requisitos para llevar a cabo procedimientos médicos quirúrgicos de especialidad, que los médicos cuenten con cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades

¹⁶⁵ Párrafo tercero del artículo 81 de la Ley General de Salud, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre de 2011.

¹⁶⁶ Artículo 83 de la Ley General de Salud, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre de 2011.

educativas competentes y con un certificado vigente de especialista, el cual deberá emitir el consejo de la especialidad que corresponda. Ahora, el hecho de que los requisitos precisados constituyan una restricción para realizar procedimientos quirúrgicos de especialidad, no se traduce en una violación al derecho a la libertad de trabajo tutelado por el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que los derechos humanos no son absolutos, ya que su ejercicio puede limitarse bajo las condiciones que la propia Constitución Federal señala y en términos de las leyes que se emitan por razones de interés general, a fin de evitar medidas o restricciones arbitrarias. En ese sentido, los artículos 81 y 272 Bis de la Ley General de Salud constituyen una restricción con un objetivo constitucionalmente válido expresamente previsto en la Norma Suprema, consistente en proteger el derecho a la salud de las personas; restricción que es adecuada e idónea para cumplir con ese objetivo, pues permite a las autoridades administrativas tener mayor certeza sobre la profesionalización de los médicos que llevan a cabo los procedimientos quirúrgicos de especialidad y sobre su capacidad y pericia; además, esa restricción no es una prohibición absoluta a la libertad de trabajo, porque únicamente se fijan los requisitos que deben cumplir los médicos para realizarlos, lo cual es acorde con el fin de las disposiciones normativas mencionadas, ya que el beneficio obtenido mediante dicha restricción es mayor al garantizar que los médicos cuenten con las habilidades, capacidades, conocimientos y pericia requeridos para realizar esos procedimientos.¹⁶⁷

Como puede observarse, la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación de pronunció por la constitucionalidad de dichos preceptos, como una limitante válida al derecho a la libertad del trabajo con el fin de proteger el derecho humano a la salud, de una manera indirecta puesto que se busca la vigilancia de los conocimientos y profesionalización para realizar procedimientos de especialidad quirúrgicos.

Como fue revisado en capítulo anterior, la cirugía es uno de los campos de la medicina que menos regulación e influencia había recibido por parte del derecho,

¹⁶⁷ Tesis 2ª./J.4/2017 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, México, t I, enero de 2017, p. 490.

puesto que el cumulo de procedimientos que se realizan, la técnica y su complejidad, así como la variación y evolución a través del tiempo, la hacían una materia inexpugnable para el positivismo jurídico.

No obstante, a pesar de las críticas que ha recibido la medida en cuanto a la naturaleza de las instituciones de vigilancia, debe señalarse que dicha medida es bastante más acorde y relativa a la vigilancia de la *lex artis* que la propia tipificación y privación de la libertad.

Inclusive podemos afirmar que el mismo problema se aborda desde dos distintos panoramas en nuestra legislación, uno es el panorama penal, en el cual el alejamiento de dicha *lex artis* trae consigo una sanción penal privativa de la libertad, con múltiples áreas de oportunidad, debido a que el único panorama que se ha tomado en consideración para el cumplimiento de la sanción es la prisión, con todas las limitantes que esta misma ha tenido, el otro panorama se refiere a este derecho administrativo o de carácter sanitario, que ha buscado la reglamentación y vigilancia mediante la unión del sector público con las asociaciones médicas para auxiliarse de la vigilancia de las destrezas, conocimientos y pericias del médico.

Estas medidas inclusive tienden a estructurar de una manera uniforme ciertos grados de especialidad, el alcance y autorizaciones que se tienen para efectuar procedimientos quirúrgicos, dotando de una legitimidad a las vías de especialización mediante residencias médicas, para la adquisición de conocimientos, destrezas y técnica en la práctica hospitalaria.

Uno de los casos que más relevancia tuvieron, como era de esperarse, es el relativo a la cirugía estética, y la capacidad de los maestros en cirugía estética para realizar los procedimientos quirúrgicos, lo cual también motivó pronunciamiento por parte de la Segunda Sala de la Suprema Corte, refiriendo lo siguiente:

SALUD. LOS ARTÍCULOS 272 BIS 1 DE LA LEY GENERAL RELATIVA Y 95 BIS 4 DE SU REGLAMENTO EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. Los preceptos

citados, al prever que la cirugía plástica, estética y reconstructiva relacionada con cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo deberá efectuarse en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidos por profesionales de la salud especializados en dichas materias, conforme a lo establecido por el artículo 272 Bis de la Ley General de Salud, y que únicamente podrán realizar dichos procedimientos los médicos con título profesional y cédula de especialidad, otorgada por autoridad educativa y certificación expedida por el Consejo de la Especialidad en una rama quirúrgica de la medicina, ambos en términos de los diversos 78 y 81 de la ley aludida, respectivamente, no violan el principio de igualdad contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con quienes tienen cédula de maestría en cirugía estética, porque el grado de especialista en cirugía plástica y reconstructiva y el de maestro en cirugía estética no son equiparables, pues el de especialidad obtenido mediante el Sistema Nacional de Residencias es consecuencia de un procedimiento altamente reglado en el que intervienen dependencias y entidades del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Educativo Nacional, mientras que el grado académico de maestría lo otorga una institución educativa que no forma parte del Sistema Nacional de Residencias, que si bien tiene reconocimiento de validez oficial, no se sujeta a los mismos procedimientos y fines que aquél, por lo que no puede existir comparación entre ambos grados.¹⁶⁸

Por lo tanto, la tesis deja entrever la legitimación de la vía para la adquisición de conocimientos, dotando del simbolismo jurídico al procedimiento de residencias médicas, lo cual no se puede sustituir mediante un grado académico en el cual no se tiene la obligación propiamente de cursar la preparación dentro del Sistema Nacional de Residencias.

Por añadidura, este panorama nos permite analizar que existe otro enfoque, con un camino recorrido, para hacer frente al mismo problema del apego a la *lex artis*, desde el ámbito sanitario-administrativo, que aborda de una manera mucho más cercana a la propia *lex artis* y su proceso de asimilación por el médico tratante.

¹⁶⁸ Tesis 2a.CXII/2017 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, México, t I, julio de 2017, p. 276.

El movimiento mundial hacia una mayor y mejor garantía de la competencia de los profesionales y de la calidad de sus actuaciones es irreversible y, por ello, es necesario profundizar en nuestro país en las actuaciones que permitan desarrollar el diseño de estrategias y acciones operativas que permitan dar respuesta a estos requerimientos sociales y legales emergentes, y evitar tener que hacerlo en contexto de precipitación o como respuesta a presiones agudas de la opinión pública o profesional.¹⁶⁹

Si se tiene la implementación de un cuerpo colegiado de fiscalización dentro de nuestro país, puede utilizarse la infraestructura que ya se tiene para la mejora regulatoria y la protección de la *lex artis*, dejando el panorama de la sanción violenta privativa de la libertad fuera del esquema de soluciones, que sólo tiende a la desarticulación social, así como a la inhabilitación técnica, entonces podemos decantarnos por una solución más acorde y con una utilidad social mucho mayor.

Mediante el sector público federal, así como el Consejo Nacional de Especialidades Médicas, puede utilizarse esa certificación que ya se considera obligatoria y periódica para actos quirúrgicos, ampliando la esfera de competencia hacia todos los actos que se otorguen al público en general.

Estos exámenes de certificación no solamente constituyen una herramienta aislada, sino que pueden ser tomados en consideración como un área de oportunidad para desarrollar una mejora en los servicios médicos.

Debe atenderse también los recursos con los que los médicos cuentan en los Hospitales tanto públicos como privados, siendo parte de la vigilancia continua de la autoridad, puesto que la capacitación sin los recursos debidos no otorga los resultados deseados aún con los mejores médicos.

Las sociedades de los países desarrollados son cada vez más exigentes en relación con la garantía de la calidad de los servicios que prestan los distintos tipos de profesionales, con

¹⁶⁹ ZURRO, A. Martín, Evaluación de la formación posgraduada, certificación y recertificación profesional de los médicos de familia en diferentes países (Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Holanda, Australia y España) Aten, España, 2002, p. 120. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656702789622>, consultado el tres de octubre de dos mil diecisiete a las 9:58 horas.

referencia especial a los médicos y otros grupos del ámbito de los sistemas de salud. Este incremento de la exigencia no se acompaña en muchos casos de otro paralelo de los recursos disponibles ni de las compensaciones económicas o de reconocimiento social de los profesionales, y este hecho es uno de los elementos centrales de la situación de insatisfacción emergente en diversos países en que se encuentran inmersos.¹⁷⁰

Los exámenes de certificación ya son una realidad exigida a los profesionales de la salud para el ejercicio de su especialidad, sin embargo, esos exámenes son aplicados por los Consejos de Especialidades propiamente, regulados por el Consejo Normativo Nacional citado.

Dentro de los estatutos del Consejo Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas se encuentra la expedición del reconocimiento de idoneidad de los Consejos de Especialidades Médicas, teniendo entonces una labor de fiscalización sobre los mismos, inclusive establece la capacidad de sanción y ante la reincidencia la cancelación de la idoneidad otorgada.

La propuesta concreta es la utilización no sólo de exámenes de certificación para los médicos que son sancionados con motivo de la práctica médica, sino también la creación de lazos entre el sistema jurídico y el Consejo Normativo Nacional de Especialidades Médicas y los propios Consejos Nacionales de Especialidades. Los exámenes ya se encuentran contemplados en el artículo 15 de los estatutos del Conacem:

VII. Llevar a cabo, por lo menos una vez al año, preferentemente en febrero o marzo, los exámenes o procedimientos requeridos para la certificación y la vigencia de la misma, de los médicos solicitantes de las especialidades, subespecialidades o capítulos reconocidos, cuya convocatoria se hará pública por los sitios y medios electrónicos, así como por un periódico de circulación nacional;

¹⁷⁰ Ibidem p. 108.

VIII. Establecer cuando menos un período de exámenes al año y si está dentro de sus posibilidades, con el apoyo tecnológico que lo facilite, dos o más períodos;¹⁷¹

Estos lazos son áreas de oportunidad no exploradas que permiten instaurar diversas conexiones para mejorar la aplicación del derecho a la práctica médica.

Un alcance, es el derivado de la determinación de la *lex artis*, puesto que el hecho de que los Colegios de Profesionistas proporcionen información acerca del contenido para determinar el acto médico en concreto aplicable a un paciente hace patente una visión de la sociedad civil respecto de la toma de decisiones.

De igual forma, el segundo alcance es el relativo a la aplicación de medidas de seguridad y sanciones a los profesionistas médicos, las cuales pueden de una manera adecuada sustituir a la pena privativa de la libertad contemplada en la sanción penal actual.

Los exámenes es el tercer alcance, en virtud de que por medio de estos puede hacerse patente si la *lex artis* puede o no reflejarse en la práctica del médico, este elemento no debe de ser tomado en consideración como único, ni como el preponderante, puesto que un examen es un elemento de evaluación en la fiscalización y tampoco debe constituir un fin en sí mismo.

El cuarto alcance es el hecho de que como colegios de profesionistas e incluso como Comité Normativo, debe existir una responsabilidad en la emisión de las certificaciones, que respalde la evaluación y las medidas de fiscalización que se tomaron en consideración.

Estos alcances se deben de reflejar no como un fin de inhabilitar al profesional médico, sino para observar qué área del conocimiento o técnicas o habilidad se encuentran débiles, no sólo en lo individual, sino que permite conocer las debilidades y áreas de oportunidad a mejorar dentro de nuestro sistema de salud,

¹⁷¹ Artículo 15 de los Estatutos del Consejo Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas.

mediante el uso de herramientas estadísticas con la información que procesa el sistema penal de casos de responsabilidad en los tipos penales en estudio.

El examen de certificación permite la obtención de resultados que pueden ser procesados mediante los distintos Colegios de Especialidades, para poder efectuar una vigilancia debida y una propuesta de mejora continua del personal médico, mediante la emisión de un acuerdo o dictamen sobre las áreas necesarias de práctica.

Este dictamen puede asemejarse a lo que debería de obtenerse en el centro penitenciario respecto al Plan de Actividades que se abordó en el capítulo pasado, puesto que el documento constituye el plan de acción y diagnóstico de los requerimientos técnicos del profesional para no volver a reincidir.

4. La vigilancia temporal mediante los Consejos de Especialidades Médicas.

Los Consejos de Especialidad Médicas son asociaciones civiles que representan a una especialidad en concreto en el país, de tal forma que hay un Consejo Nacional de Especialidad por cada una de ellas.

Para funcionar requieren de la declaratoria de idoneidad por parte del Comité Normativo Nacional, y como se observó anteriormente, tienen la obligación de la implementación de exámenes de certificación a fin de cumplir con el objeto social del Comité Normativo Nacional.

Una de las herramientas más útiles que se puede apreciar de dichos exámenes es el hecho de que el resultado puede ser evaluado por el propio Consejo no sólo de una forma cuantitativa sino cualitativa, como es establece en las obligaciones de los Consejos:

XI. Señalar, a petición de los sustentantes no aprobados para su certificación en la especialidad del CONSEJO

correspondiente, las fallas de los mismos en los exámenes aplicados;¹⁷²

Entonces la base para la aplicación de la medida de seguridad correspondiente a una vigilancia ya tiene las herramientas mínimas para su implementación pues la facultad de los consejos ya está contemplada en los citados estatutos, con lo cual se desea evidenciar que se tienen los elementos para la propuesta de una medida que sea más acorde a la finalidad de mejorar la observancia de la *lex artis*.

La idea de implementación de esta medida tiene como base los avances que ya se han hecho a la ley general de salud, en materia de certificación para los actos médico-quirúrgicos y también la política de *reinserción social* contenida en el artículo 18 Constitucional, para cumplir con los ejes fundantes del trabajo y la capacitación.

Con una vigilancia por parte de Consejos, se tiene un acercamiento a la materia médica, siendo posible realizar el nexo entre estos mismos y la ejecución de sanciones penales, en este campo pueden retroalimentarse para dar cumplimiento a un orden con mayor utilidad social, logrando al mismo tiempo armonizar las sanciones con los propios fines del artículo 18 Constitucional.

La medida de vigilancia que se plantea tiene como fin separar el nexo indisoluble de la sanción penal con la prisión, siendo un enfoque que ha tenido éxito en la implementación dentro de países como Japón, tomando en consideración ciertas características que a continuación se estudian.

Hiroshi Itsuka, en su obra “Alternativas a la prisión en Japón y otros países de Asia” que se encuentra en la compilación del Maestro Elías Carranza, sobre sobrepoblación penitencia, hace mención sobre la experiencia asiática en la sustitución de penas privativas de la libertad de diversos delitos, por medidas de supervisión.

¹⁷² Artículo 15 de los Estatutos del Consejo Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas.

En la experiencia del autor nos refiere que la sustitución de sanciones privativas de la libertad por vigilancia y condiciones idóneas fortalecen la posibilidad de que la persona se integre socialmente y no reincida.

“Mediante la reducción del número de presos, se facilita la administración carcelaria y la aplicación de un adecuado tratamiento penitenciario para aquellos que se mantienen en prisión. Aún más, se fortalece la rehabilitación de los delincuentes mediante la continuidad del contacto normal con la comunidad. Ello conduce más a la integración social, reduce la reincidencia y aumenta los efectos del control del delito del sistema de justicia penal.”¹⁷³

Esta estrategia permite que las personas puedan tener una relación con su familia y su comunidad, evitan una estigmatización, una desarticulación social, así como una inhabilitación técnica, ello también permite que el trabajo y la supervisión puedan ser ángulos de la política penitenciaria.

El sistema de rehabilitación en Japón presenta tres características distintivas. Primera que lo organiza y administra el Ministerio de Justicia, no los tribunales ni otras agencias gubernamentales como en otros países. La Oficina de Rehabilitación del Ministerio de Justicia es responsable por la administración global del sistema de rehabilitación, incluido el régimen de prueba, y mantiene estándares individuales y uniformes de administración. Segunda, que a los delincuentes se le impone el régimen de prueba con base en la decisión de un tribunal de familia (régimen de prueba juvenil) o un tribunal penal (régimen de prueba de adultos). Tercera, que en el sistema japonés hay una amplia participación de voluntarios y de organizaciones privadas en la supervisión de los delincuentes y en la ayuda a su readaptación a la comunidad.¹⁷⁴

De modo que la unión entre la sanción penal y la prisión no es un nexo indisoluble ni de una sola vía, puesto que existen opciones como la vigilancia en conjunto con

¹⁷³ ITSUKA, Hiroshi, Alternativas a la prisión en Japón y otros países de Asia, en CARRANZA, Elías, Ob. Cit. p. 297.

¹⁷⁴ *Ibidem* p. 314.

elementos de trabajo e integración social para lograr la finalidad de una *reinserción social*.

De todos modos, debemos recordar que la *reinserción social* para el tipo de delitos en estudio corresponde al nivel de apego y seguimiento de la *lex artis* por parte del prestador de servicios médicos, por lo que debe atender a esos matices para su modificación.

Otro de los aspectos que el autor nos expone, es la disolución entre el vínculo del estado-sanción, puesto que el postulado mediante el cual la autoridad tenga que ejecutar la totalidad de la sanción punitiva también puede ser repensado.

La experiencia asiática nos muestra que existen organizaciones de voluntariado, así como privadas que asisten en la supervisión de infractores, e incluso la entidad que supervisa no es propia de la judicatura.

Ello nos abre la posibilidad de visibilizar la utilidad de la coordinación entre consejos de especialidades médicas, academias, asociaciones médicas para fungir como entidades de vigilancia médica, así como operadores en el conocimiento de la *lex artis*.

Dentro de los beneficios que podemos encontrar en que los Consejos de Especialidades y academias de medicina participen en la vigilancia del infractor, es el hecho de que se tiene la capacidad de relacionar la *lex artis* con la sanción penal, situación que el derecho y sus órganos, así como su lenguaje no pueden procesar por la materia cambiante y siempre en evolución de que trata la ciencia médica.

“En este ámbito profesional, dado que se encuentra en continuo desarrollo científico, el Ordenamiento jurídico no puede establecer normas de actuación, ya que quedarán rápidamente obsoletas, además de la imposibilidad material de

compendiar en normas jurídicas conocimientos tan prolijos como los de la Ciencia médica”¹⁷⁵

Sin el auxilio de estas organizaciones, el derecho se ve impedido en gran medida para procesar con los esquemas actuales el lenguaje de la ciencia médica, vedando la delimitación del propio concepto que desea proteger.

Aunado a lo anterior, la vigilancia por parte de los Consejos de Especialidades auxiliaría a encausar la limitación a la libertad que el derecho penal tienda a aplicar para la protección de derechos de mayor importancia como la salud, a efecto de que pueda alcanzarse una política que no se funde en una violencia sin sentido, que fomenta la desarticulación social y deshumanizada, sino por la técnica médica al servicio de la salud de la población.

Una aproximación a sanciones no privativas de la libertad mediante prisión implica repensar el derecho y los vínculos del poder punitivo del estado con el mismo, implica poder dar cumplimiento debido a un derecho penal mínimo, en el cual se visualice la minimización de la violencia y no su garantía. Al respecto el autor Luigi Ferrajoli, expone que el Derecho Penal busca poner fin a la venganza, busca impedirla en la sociedad, no busca manifestaciones de venganza legitimadas.

De todo lo anterior, es claro que el Derecho Penal nace no como desarrollo, sino como negación de la venganza; y se justifica no con el fin de garantizarla, sino de impedirla. El derecho Penal viene a ponerles fin a las manifestaciones de la venganza. Por lo anterior, el Profesor de la Universidad de Camerino Italia, otorga al Derecho Penal una doble función preventiva de corte negativo: la prevención general de los delitos y prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca para Ferrajoli el límite mínimo, y la segunda, el límite máximo.¹⁷⁶

El hecho de dotar a la sanción de un límite, un objetivo, una congruencia con el bloque de constitucionalidad de México, mejora el cumplimiento de la política

¹⁷⁵ BENÍTEZ Ortuzar, Ignacio, et. al., Ob. Cit., p. 327.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ Bastida, Eduardo, Ob. Cit., 65.

criminal dentro del proceso penal y genera una utilidad social, respetando al mismo tiempo tanto los derechos de la víctima como del sancionado.

Visualizar la pena como una consecuencia necesaria al principio de legalidad en el derecho penal debe armonizarse con el principio de congruencia, utilidad y necesidad de las sanciones, de tal forma que la sanción pueda evitar que las conductas dañosas puedan proliferar, pero al mismo tiempo efectuar un cumplimiento estricto a los derechos humanos de los sancionados.

La vigilancia que proponemos es una figura que ha sido implementada no solo en países asiáticos, sino también en Inglaterra, en donde se tienen las figuras de *probation*.

Las medidas denominadas *probation* y *sursis*, por su parte, aunque también pueden combinar la libertad con la estancia en prisión, sólo lo hacen en los casos más extremos. A pesar de que comparten con la libertad vigilada el hecho de que se asientan en la confianza que la autoridad judicial deposita en el condenado, en cambio, a diferencia de la libertad vigilada –que procede de largas estancias previas en prisión-, estas medidas consiguen eludir los traumas en la aculturación que provocan la estancia duradera en la prisión.¹⁷⁷

El hecho de que la persona no tenga que estar reclusa si el caso no revela un riesgo mayor como tal, permite que este tipo de medidas entren en acción, generando por añadidura una disminución en la población carcelaria, sobre la cual puede tenerse un mejor control y tratamiento en casos que sean estrictamente necesarios.

¹⁷⁷ ALBALATE, Joaquín Juan, El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa a la prisión: entre la aceptación y el rechazo, Revista de sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009, p. 19. <http://papers.uab.cat/article/view/v91-juan/pdf> consultado el día 06 de octubre de dos mil diecisiete a las 16:58 horas.

La figura de la vigilancia tiene que ver con el hecho de establecer situaciones, condiciones o requisitos especiales que la persona tiene que cumplir a fin de que se suspenda la condena.

“En el caso de la *probation*, se suspende la ejecución de la condena, a condición de que el individuo cumpla una serie de requerimientos de cara a su rehabilitación, observando buena conducta durante un tiempo determinado, que suele ser superior al tiempo de la condena. En el caso de la *sursis*, la concesión de la libertad se condiciona, igualmente, a que el condenado no vuelva a reincidir, sólo que, a diferencia de la *probation*, aquí el condenado puede tener antecedentes penales”¹⁷⁸

Estos requisitos hacen posible la inclusión de la *lex artis* dentro de la medida de seguridad para la suspensión de la condena de prisión, siendo entonces un medio capaz de sustituir a la prisión y reformular el nexo entre prisión y proceso, con la finalidad de dotar de congruencia, utilidad y respeto a la dignidad humana a la sanción.

Es precisamente en estos requisitos en donde los Consejos de Especialidades, academias en conjunto con autoridades pueden hacer la labor de vigilancia, con la finalidad de establecer de qué forma el profesional médico debe acatar un *régimen de prueba*, para que pueda suspenderse la sanción, así como para que no se ejecute ninguna práctica en desapego a la *lex artis* en perjuicio de la salud del paciente.

El delincuente que ha sido puesto en régimen de prueba debe reportarse inmediatamente a la oficina correspondiente. Allí, un funcionario lo entrevista y le explica el marco de supervisión de este régimen. Este funcionario, considerando toda la información, diagnóstica las necesidades del delincuente y los

¹⁷⁸ Ídem.

problemas que requieren especial atención, para formular un plan de tratamiento. De esta forma, asigna a un voluntario como supervisor diario del delincuente, con base en la opinión de que ese voluntario es la persona que mejor se complementa con la personalidad del delincuente, y que lo supervisará y aconsejará a su familiar de la manera más efectiva. Frecuentemente, el voluntario vive en la misma comunidad que el delincuente, lo cual hace más seguro el contacto entre ambos.¹⁷⁹

Por ello, para el cumplimiento del *régimen de prueba*, se requiere de la cooperación tanto de los Colegios de Especialidades, así como de entidades de revisión; como por ejemplo, los jefes de enseñanza en Hospitales públicos, jefes de servicio en hospitales públicos, quienes pueden ejercer una labor de coordinación e informar a las entidades reguladoras acerca del cumplimiento de dicho régimen o de su omisión.

A este respecto la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en tesis de índole civil, respecto a la necesidad de vigilancia por parte de los Hospitales a efecto de evitar ser realizados por la autoridad como responsables solidarios, por lo que el tema no es ajeno a la discusión:

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. NO SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE LA INSTITUCIÓN CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y QUE EL DAÑO CAUSADO AL USUARIO DERIVA ÚNICAMENTE DE LOS ACTOS U OMISIONES DEL PERSONAL MÉDICO QUE INTERVINO. En principio, los hospitales privados son responsables y deben responder por los daños causados dentro de sus instalaciones con motivo de la prestación de los servicios hospitalarios, del equipo que proporcionan, o por los daños causados por el personal que ahí labora. Sin embargo, si la institución privada de salud acredita que cumplió con sus obligaciones de vigilancia y que, por ende, el daño causado al

¹⁷⁹ ITSUKA, Hiroshi, Alternativas a la prisión en Japón y otros países de Asia, en CARRANZA, Elías, Ob. Cit. p. 298.

usuario deriva exclusivamente de los actos u omisiones del personal médico que intervino, sin que hubiere podido evitarlo, anticiparlo o prevenirlo, no se actualiza la responsabilidad civil por parte de dicha institución.¹⁸⁰

La propia Suprema Corte establece de manera indirecta una propuesta para mejorar la observación de la *lex artis*, que corresponde que los Hospitales efectúen una labor de vigilancia a los médicos que integran su plantilla, con la finalidad de que existan controles de diversos niveles con relación a la observancia de la *lex artis*.

En esta misma línea jurisprudencial, se ha establecido que aún y cuando los médicos que prestan sus servicios en los hospitales, no tengan una relación de subordinación, puede existir responsabilidad solidaria con la institución por la figura de la representación aparente, misma que se basa en el hecho de que el médico se desenvuelve bajo la estructura del hospital, da consultas en el mismo como si fuese un empleado, por lo cual, el nexo entre el hospital y el médico es de naturaleza material y no formal:

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE. La responsabilidad civil de los hospitales privados puede actualizarse por actos cometidos por su personal o por terceros que prestan servicios en sus instalaciones. Ahora bien, este último supuesto se actualiza con la figura de la representación aparente, en la cual una persona que se desempeña en las instalaciones del hospital, como lo son la mayoría de los médicos, se conduce regularmente como si fuera empleado de la institución, tanto al interior del centro de salud, como frente a los usuarios, por medio de elementos como su común localización en el nosocomio, el desenvolverse bajo la estructura de éste, laborar de forma constante y cotidiana en ese lugar y dar consultas ahí, entre otros actos, que harían suponer a cualquier persona, como usuario, que el médico es empleado o trabaja para la institución médica. Así, atento al derecho humano a la salud y al conjunto de bienes, servicios y condiciones que

¹⁸⁰ Tesis: 1ª. CXVIII/2015 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t II, marzo de 2015, p. 1113.

comprenden la atención médica, es posible actualizar la responsabilidad civil de hospitales o centros médicos privados por actos cometidos por terceros que de manera aparente realizan sus actividades para éstos. En ese sentido, el hecho de que se informe al paciente que el médico no es su empleado o que no existe formalmente una relación laboral o de servicios profesionales entre el hospital y el médico, no constituye un argumento válido para eximir de dicha responsabilidad al hospital privado, ya que el criterio de la responsabilidad de los hospitales y centros de salud por actos cometidos por terceros, que en éstos se desempeñan, atiende a criterios materiales y no formales (como lo sería la relación de trabajo entre el médico y el hospital), y porque pondría a esa clase de establecimientos de salud fuera del alcance de una responsabilidad civil, atentando contra los valores y principios que imperan en el derecho humano a la salud y los derechos de los usuarios; sin embargo, ello no implica que en todos los casos se actualice responsabilidad civil conjunta del médico y del hospital, pues el juzgador deberá apreciar y valorar cada caso concreto para determinar si existió participación en la provocación del daño y si en la comprensión común, podría pensarse que por el modo de conducirse o desarrollar su actividad profesional, el médico es operador de la institución médica.¹⁸¹

Esta tesis nos permite observar que la relación entre el médico y el centro hospitalario no se otorga ni se explica de una forma simple, sino que constituye en muchas ocasiones una relación de hecho innegable, aunque se pretenda encuadrar en figuras jurídicas comerciales para atenuar dicho vínculo.

Es este vínculo el que la Suprema Corte de Justicia advierte, y el cual debe de ser tomado en consideración para formular la propuesta que se presenta como alternativa a la prisión, puesto que el nexo entre el médico y su centro de trabajo, sus superiores, los Consejos de Especialistas, las autoridades de fiscalización, dan lugar a un campo prolijo para la creación de una política de vigilancia y observancia de la *lex artis*, mediante un *periodo de prueba*, en el cual el médico pueda acreditar exámenes y conocimientos, así como ser evaluado, a efecto de decidir si se encuentra apto o no para el ejercicio profesional conforme a la *lex artis*, y en el caso

¹⁸¹ Tesis 1ª. CXIX/2015 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, Décima Época México, t II, marzo de 2015, p. 1113.

de que no se encuentre, solicitar su actualización y profesionalización antes de continuar su ejercicio profesional, para la debida protección del derecho a la salud de los pacientes.

Advertimos esta propuesta como una solución no deshumanizante, sino de cohesión social, una propuesta que no tiende a la aculturación, sino a la profesionalización, una figura que respeta el derecho humano y los principios del derecho penal mínimo, justificando una limitante al derecho al trabajo en aras de la protección real de un derecho a la salud de la sociedad.

CONCLUSIONES

- 1.- Es necesario delimitar una terminología de los elementos integradores de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.
- 2.- La actual regulación de los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, da lugar a definiciones nebulosas, incertidumbre jurídica e indeterminación.
- 3.- Las definiciones nebulosas son utilizadas para generar conceptos que el derecho no puede crear por sí mismo en los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.
- 4.- La globalización y la gobernanza global, así como panorama económico liberal hegemónico han hecho un caldo de cultivo idóneo para que la creación de las definiciones nebulosas.
- 5.- Gran parte de los conceptos necesarios en la integración de los tipos de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico son proporcionadas por actores económicos.
- 6.- La relación entre conocimiento y poder nos exige tomar consciencia del uso del lenguaje y la generación de definiciones médicas, tanto en su relación social, así como su relación punitiva.
- 7.- La medicalización permite la inclusión en el lenguaje jurídico de aspectos sociales y económicos de la vida, para ser motivo de regulación específica del derecho penal mediante la tipificación de cualquier *praxis* anormal.

8.- La teoría de la *reinserción social* es adoptada en nuestro bloque de constitucionalidad como teoría principal de justificación del poder punitivo.

9.- La teoría de la *reinserción social*, no justifica el aumento de la pena privativa de libertad en los tipos penales de práctica médica al carecer de los mecanismos para que la persona condenada pueda ser reinsertada en la sociedad.

10.- La propia naturaleza del perfil profesional del médico dificulta la aplicación de capacitación y trabajo dentro de los centros de readaptación social, el cual constituye el espacio que históricamente se ha dejado para esta función.

11.- El enfoque de la teoría retributiva tampoco nos provee de una batería conceptual para dar cuenta de la justificación en el aumento de las sanciones, al no obtener un baremo de la penalidad.

12.- La formación profesional de médicos, no incluye el elemento de la prevención mediante el temor o cálculo de la pena impuesta a la conducta, ello debido a la falta de conocimiento del tipo penal respectivo.

13.- Las definiciones nebulosas impiden que se tenga un conocimiento de la conducta que debe evitarse para que la teoría de la retribución pudiese surtir cualquier beneficio en la prevención del delito.

14.- Se reporta en estudios de organismos internacionales una sobrepoblación carcelaria, autogobierno, cobro de cuotas y falta de los servicios más básicos e indispensables en las prisiones de la Ciudad de México.

15.- Las condiciones en que se encuentran los centros carcelarios no son idóneas para llevar a cabo la política de *reinserción social* que se ha imbuido dentro de la regulación en la Ciudad de México.

16.- La pena privativa de la libertad en los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, bajo las condiciones reportadas en los estudios internacionales genera hacinamiento y la desarticulación social del individuo, así como la aculturación de la práctica médica.

17.- Los efectos adicionales, no deseados de dicha pena privativa de la libertad, son considerados de imposible reparación y transgresores de los derechos humanos de los sancionados.

18.- Es necesario repensar la sanción penal en los tipos en estudio, para cumplir con la justificación de congruencia, utilidad y necesidad de la pena en beneficio tanto del paciente como del médico.

19.- Una definición del derecho a la salud no restrictiva, puede auxiliar a sentar las bases para encausar la prevención del delito y las formas de protección de la prestación del servicio médico en el ámbito penal.

20.- El bloque de constitucionalidad provee de herramientas como el principio *pro personae* para obtener una definición de derecho a la salud no restrictiva.

21.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proporciona una de las interpretaciones más amplias al establecer el reconocimiento al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

22.- Los conceptos de *obligación de medios*, *lex artis*, *lex artis ad hoc*, *indicación médica*, han sido utilizados en la jurisprudencia acuñada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de hacer factible el enlace, poco reconocido y poco explorado en el derecho positivo entre medicina, derecho y poder.

23.- Se requieren estrategias que tengan por base la protección del más alto nivel posible de salud física y mental del individuo. Las medidas propuestas en el ámbito penal deben incidir en los elementos que protegen este objetivo.

24.- La sanción violenta de aculturación mediante la privación de la libertad como única solución, priva tanto al paciente como al médico de poder participar en su conflicto, realizando únicamente una administración de la violencia.

25.- El régimen de prueba y vigilancia puede dotar de una mayor protección al derecho a la salud de las personas que son objeto de un tratamiento médico, pero también otorga la debida legalidad a las sanciones de los profesionistas de la salud.

26.- El régimen de prueba y vigilancia puede encausarse para reducir los efectos de sobrepoblación carcelaria, grupos de autogobierno, aculturación y hacinamiento de los condenados.

27.- Optar por un régimen de prueba y vigilancia puede tener un efecto benéfico para combatir la aculturación en la sanción aplicada a los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, promoviendo la debida práctica del ejercicio profesional.

28.- Visualizar otra alternativa a la violencia, institucionalizada o no, contribuye a la capacidad de tener un cambio de paradigma en la forma de resolver los conflictos diarios y a la vez proteger los derechos que le corresponden, no de una forma pasiva, sino tomando parte en las decisiones que se toman.

PROPUESTAS

- 1.- Es necesaria una modificación de los ejes fundamentales de la política punitiva en los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico, para pasar del uso de la prisión como herramienta a las medidas de vigilancia activa.
- 2.- Se propone crear canales de comunicación entre las entidades de ejecución de penas con los organismos de vigilancia médica como son los Consejos de Especialidades y Asociaciones de Especialidad.
3. Se propone una modificación a los elementos de la sanción, tomando como base una interpretación amplia del derecho a la salud de la persona, a efecto de estructurar el bien jurídico protegido.
- 4.- El bien jurídico protegido debe de ser el servicio médico enfocado al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- 5.- La interpretación amplia del derecho a la salud, debe de ser piedra angular en la interpretación y conformación de todo derecho médico positivo.
- 6.- Se propone el enfoque amplio del derecho a la salud para tres finalidades: como herramienta de cambio y de interpretación.
- 7.- La amplitud del derecho a la salud, debe de ser utilizada como herramienta de cambio a efecto de dotar de certeza jurídica acerca de la conducta punible en toda tipificación de la conducta médica.
- 8.- El enfoque amplio del derecho a la salud, debe ser utilizado como herramienta de interpretación del material probatorio que pretenda acreditar un elemento mediante una definición ajena del derecho.

9.- Se propone recuperar la pertenencia del conflicto por las partes, a efecto de implementar una *reinserción* en el sub-medio de la *lex artis*, mediante las figuras del periodo a prueba, los exámenes profesionales, así como la suspensión temporal del ejercicio profesional.

10.- El período a prueba consiste en la vigilancia como medida de seguridad que debe instaurarse por parte de los Colegios de Profesionistas, que ya tiene como obligación la certificación y evaluación de las habilidades y aptitudes de los médicos en nuestro país.

11.- Durante dicho periodo a prueba, los Colegios y asociaciones deben evaluar las competencias y habilidades del médico sancionado por los tipos penales de abandono, negativa y práctica indebida del servicio médico.

12.- Los organismos auxiliares deben proponer los cambios que deben efectuarse dentro de las competencias del profesional a efecto de cumplir con el estado actual de la ciencia médica orientada a la medicina social, buscando evitar introducir prácticas de medicalización a dicha formación.

13.- Deben revisarse los programas de competencia y formación que actualmente han diseñado los Consejos y Asociaciones, en los cuales se basa la certificación para el ejercicio profesional, en virtud de que dichos criterios constituyen ya un avance en la regulación de la materia.

14.- La realización de exámenes de certificación que avalen los conocimientos pueden dar pie al inicio del régimen de prueba, a efecto de realizar una primera medición no definitiva de la práctica profesional, así como un mapeo sobre las capacidades, competencias y habilidades que pueden ser necesarias para la habilitación del ejercicio profesional del médico.

15.- La suspensión profesional debe visualizarse como una de las medidas vehículo para lograr el fin de congruencia de la sanción, no ser visualizada como la solución al problema.

16.- Por tal motivo, proponemos que debe abandonarse la idea de la teoría de la *reinserción social* que incida sobre la personalidad de quien delinque en este tipo de delitos.

17.- Debe realizarse un esfuerzo para crear una conjunción que ha sido tan solicitada entre derecho y medicina para la regulación de la *lex artis*, adoptando esta como un sub-medio en donde el alejamiento de la técnica más idónea sea el campo para reincidir a la persona.

18.- Debe prestarse especial cuidado a las prácticas de normalización y medicalización al momento de dar pie al inicio de cambio de la política punitiva para no incurrir en la protección de intereses ajenos o contrarios al derecho a la salud.

19.- Mediante una regulación social, puede buscarse la congruencia entre conocimiento y poder de los grupos y actores de la materia médica, buscando el logro de un equilibrio en la distribución de servicios tan necesario como lo es la salud.

FUENTES DE CONSULTA.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo A., Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad, Hammurabi, Argentina, 2014.

BALMACEDA, Hoyos, Gustavo, Estudios de derecho penal general: una aproximación a la teoría del delito y de la pena, Ediciones nueva jurídica, Colombia, 2015.

BENÍTEZ Ortuzar, Ignacio F., et. al., Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, España, 2005.

BERISTAIN S.J., Antonio, La pena-retribución y las cuales concepciones criminológicas, Depalma, Argentina, 1982.

BUERES, Alberto J y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales, Hammurabi, Argentina, 2009.

CARRANZA, Elías (coord.), Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria respuestas posibles, Siglo XXI, México, 2001.

CHAIA, Rubén A, Responsabilidad penal médica, Hammurabi, Argentina, 2006.

CISNEROS, José Luis, Refundar la Prisión, Porrúa, México, 2016.

CONDE Gaxiola, Napoleón, Jushermenéutica y Sociología Jurídica, Circulo Hermenéutico, México, 2015.

COTE Estrada, Lilia, Problemas médico-legales, correspondiente al capítulo 188 en: Asociación Mexicana de Cirugía General, Consejo Mexicano de Cirugía General, Tratado de cirugía general, 2ª ed., el manual moderno, México, 2008.

FALCÓN Y TELLA, María José, et al., Fundamento y finalidad de la sanción ¿un derecho a castigar?, Marcial Pons, España, 2005.

FEIJOO Sánchez, Bernardo, La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general, Euros, Argentina, 2014.

FOUCAULT, Michel, El nacimiento de la clínica, una arqueología de la mirada médica, siglo veintiuno editores, Argentina, 2004.

_____, Los anormales, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010.

GONZÁLEZ de la Vega, René, Tratado sobre la Ley Penal Mexicana, Tomo I, Porrúa, México, 2003.

GUERRERO Sánchez, Pablo, Cultura Organizacional de la cárcel en México, Fontamara, México, 2013.

GUTIÉRREZ, Mariano H, Populismo Punitivo y justicia expresiva, Fabian J. Di Plácido, Argentina, 2011.

- HULSMAN, Louk, et al., Abolicionismo Penal, Ediar, Argentina, 1989.
- JAKOBS, Günter, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, Editorial Flores, Alemania, 2015.
- _____, Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista, Porrúa, México, 2006.
- KUTHY Porter, José, Temas actuales de bioética, Porrúa, México, 1999.
- MADRAZO Mazariegos, Danilo, et al., Teoría de la pena, utopía y realidad, Magna Terra, Guatemala, 2008.
- MARCHIORI, Hilda, Institución Penitenciaria, Marcos Lener, Argentina, 1985.
- MARTÍNEZ Bastida, Eduardo, Política Criminológica, Porrúa, México, 2007.
- Márquez Rábago, Sergio R., (coord), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y con jurisprudencia, Porrúa, México, 2007.
- MATHIESEN, Thomas, Juicio a la prisión, Ediar, Argentina, 2003.
- MAYAGOITIA González, Juan Carlos, Hernias inguinales recurrentes o recidivantes, correspondiente al capítulo 33 en: Asociación Mexicana de Cirugía General, Consejo Mexicano de Cirugía General, Tratado de cirugía general, 2ª ed., el manual moderno, México, 2008.
- MÉNDEZ Paz, Lenin, Derecho penitenciario, Oxford University Press, México, 2008.
- MOSSET Iturraspe, Jorge. Responsabilidad de los Profesionales, Rubinzal – Culzoni editores, Argentina, 2010.

NEUMAN, Elías, Prisión abierta, una nueva experiencia penológica, Depalma, Argentina, 1984.

LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel, Discurso sobre las penas, Porrúa, México, 2005.

PALACIOS Pámanes, Gerardo Saúl, La cárcel desde adentro, Porrúa, México, 2009.

PATITÓ, José Ángel, Medicina Legal, Centro Norte, 2ª ed., Argentina, 2001.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad, 3ª ed., Porrúa, México, 2000.

REYES Calderón, José Adolfo, Tratado de Criminología, México, 2017.

RIVERA Beiras, Iñaki (coord.), Política criminal y sistema penal. Anthropos, España, 2005.

RODRIGUEZ Magariños, Faustino Gudín, et al., La historia de las penas “De Hammurabi a la cárcel electrónica”, Tirant lo Blanch, España, 2015.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Civitas, España, 1997.

RUSCONI, Maximiliano, Elementos de la parte general de derecho penal, Hammurabi, Argentina, 2016.

SZASZ, Thomas, El mito de la psicoterapia, Coyoacán, México, 1996.

TRUJILLO Sotelo, José Luis, La cárcel y la reinserción social, mitos y realidades, Editorial Flores, México, 2014.

VALADEZ Díaz, Manuel, *et al*, La defensa adecuada en el juicio oral, Flores, México, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el derecho penal, Dykinson, España, 2006.

_____, Hacia dónde va el poder punitivo, Universidad de Medellín, Colombia, 2009.

_____, Manual de Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 2013.

LEGISGRAFÍA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Salud.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos de fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, 1872.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fueron Común y para toda la República en materia de fuero federal, 1931.

Cámara de Diputados, Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, segundo periodo ordinario de sesiones del segundo año de ejercicio. Año 2, Número 17, México, 30 de abril de 2002.

Código Penal para la Ciudad de México, 2002.

Tesis 1ª. XLIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t. I, agosto de 2012, p. 478.

Tesis 1ª. CCXXX/2016 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t. I, septiembre de 2016, p. 515.

Tesis: 1a. CCXXX/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t. I, septiembre de 2016, pág. 515.

Tesis: 1a. CXCVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t I, julio de dos mil dieciséis, p. 324.

Tesis: I.4o.A.90 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t I, octubre de 2013, pág. 1840.

Tesis 1ª. XXV/2013 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t 1, enero de 2013, p. 621.

Tesis I.4º.C.329 C (9ª). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t 5, enero de 2012, p. 4605.

Tesis: 1a. CCXXI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, México, t I, septiembre de 2016, p. 509.

Tesis 2ª./J.4/2017 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t I, enero de 2017, p. 490.

Tesis 2a.CXII/2017 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, t I, julio de 2017, p. 276.

Tesis 1ª. CXIX/2015 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, Décima Época, México, t II, marzo de 2015, p. 1113.

MESOGRAFÍA

ALBALATE, Joaquín Juan, El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa a la prisión: entre la aceptación y el rechazo, Revista de sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009. <http://papers.uab.cat/article/view/v91-juan/pdf> consultado el día 06 de octubre de dos mil diecisiete a las 16:58 horas.

BELTRÁN Ayala, Fabián Andrés, Profanar la relación entre tiempo y derecho: notas para un estudio entre filosofía e historia, Chile, 2014. <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/38382/40021> consultada el día 13 de febrero de 2017.

CARLES M. Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica. Artículo de revisión. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Económicas y Empresarias. Universidad Rovira i Virgili. España, 2003. Consultado en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S021391110371797X> el día 17 de julio de dos mil diecisiete a las 11:32 horas.

CASTRO Orellana, Rodrigo, Capitalismo y medicina. Los usos políticos de la salud, España, 2009, 25pp. [ISSN: 1909-230X].

Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud, Guía de Práctica Clínica: Diagnóstico y Tratamiento del Aborto Espontáneo y Manejo Inicial del

Aborto Recurrente, Secretaría de Salud, México, 2009, ISBN en trámite, http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/088_GPC_Abortoespyrecurrente/ABORTO_EVR_CENETEC.pdf, consultado el dos de agosto de dos mil diecisiete.

COHEN, Aaron Michael, et al., Criticisms of evidence-based medicina, evidence-based Cardiovascular Medicina, Elsevier, 2004, United States of America. <https://dmice.ohsu.edu/hersh/ebcm-04-ebm.pdf> consultado el 10 de mayo de dos mil diecisiete a las 16:54 horas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los Derechos Humanos en México, México, 31 de diciembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>. Consultado el 14 de septiembre de dos mil diecisiete a las 11:36 horas.

DÁVILA Rodríguez, Abraham Amiud, Aspectos legales en la práctica médica, revista cirujano general, volumen 33, medigraphic, 2011. En <http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2011/cgs112j.pdf>, consultado el día 17 de febrero de 2017 a las 13:05 horas.

FORCADES I Vila, Teresa, La medicalización de los problemas sociales, Revista cubana de Salud Pública, volumen 38, número 5, 2012. Sociedad Cubana de Administración de Salud, pp. 803-809. ISSN: 0864-3466. Consultable en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2142505301> consulta efectuada el día cinco de mayo de dos mil diecisiete a las 11:40 horas.

MOLLIS Santiago, Hacia un mejor entendimiento del abolicionismo penal, biblioteca jurídico virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/viewFile/29194/26341>, consultado el día dos de septiembre de dos mil diecisiete a las 18:05 horas.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guía de Introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de Delincuentes, Oficina de las Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf, el quince de mayo de dos mil diecisiete a las 20:00 horas.

OJEDA VELÁZQUEZ JORGE, Reinserción social y función de la pena, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2012.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>, consultado el día 9 de mayo de dos mil diecisiete, a las 14:23 horas.

VELÁZQUEZ García, José Arturo, et al., Reoperación en cirugía antirreflujo fallida, cirujano general Vol. 29, Numero 3, 2017.

<http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2007/cg073b.pdf>.

Consultado el 10 de mayo de dos mil diecisiete.

ZURRO, A. Martín, Evaluación de la formación posgraduada, certificación y recertificación profesional de los médicos de familia en diferentes países (Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Holanda, Australia y España) Aten, España, 2002,

<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656702789622>,

consultado el tres de octubre de dos mil diecisiete a las 9:58 horas.