



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“LA CULPABILIDAD DENTRO DEL DERECHO
MÉDICO”**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRÍA EN DERECHO

PRESENTA:

DANIELA RAMÍREZ ROJAS

ASESORA

MTRA. SONIA JUÁREZ MORENO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

CIUDAD NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO, ABRIL DE 2023





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“A Dios, mi madre Teresa Rojas, mi padre José Ramírez, David Ramírez, Edgar Ramírez, Humberto Álvarez, Humberto Rojas (padre e hijo), familia en general, amigos (especialmente a Mimi Elbeth, David Nájera, Alejandra Chaparro, Alma Castañeda, Alan Gante, Arely García, Isaac Campos, Teolinca Velázquez, Tania y Diana Labastida), mentores y profesores, junto con todo a aquél que hace de este mundo un lugar mejor...”

“A mis hermanos, mi primera comunidad: gracias por creer”.

“A la Universidad Nacional Autónoma de México, en cuyo seno he recibido tanto; a la Facultad de Derecho, por ser mi Alma Mater y darme herramientas para el futuro; a la Facultad de Estudios Superiores Aragón, por aceptarme desde mis inicios e impulsar este proyecto; y a mi Asesora de Tesis por guiar mis pasos en esta investigación, y por darme la oportunidad de trabajar con ella pese a muchas circunstancias”.

“A mis mentores Marco Antonio Valverde Huerta, Nora María Matamoros Franco, Rosa María Domínguez Tzoni, Arturo Muñoz-Cota Pérez, Gabriel Alejandro Regino García y Arturo Luis Cossío Zazueta, a quien gracias a ellos elegí mi camino de vida, dejándome enseñanzas en el corazón”.

“A los profesores Hilda Esteva García, María Eugenia Martínez Ascencio, Ninfa del Carmen Pérez Gómez, José Guadalupe Trujillo Ferrara, Francisco Javier Castañeda Ibarra, Jonathan Yazid Castillo Millán, Edgar Abarca Rojano, Nayelli Padilla Hernández, Eduardo Origel, y a la Escuela Superior de Medicina del Instituto Politécnico Nacional por permitirme vivir el sueño de entender algo de lo bello del arte médico, y darme oportunidades de comprender algunos de los secretos ocultos solo asequibles para aquél que sabe ver con otros ojos el mundo, y ayudarme a continuar en él; así como por darme esperanza cuando ésta se había ido...”

“Gracias Nancy Reynoso Alvarado, por los sacrificios que involucraron la creación de esta obra, y por mostrarme continuos actos de admiración para no rendirme; a ti, mi cariño y amistad genuina”

“*Codazon*, Mar, musas, gracias por impulsarme a salir en los momentos malos con su inspiración”

“Mi especial reconocimiento y agradecimiento al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), sin cuyo vital apoyo, este proyecto no habría visto la luz del día”

Nota del autor

Esta obra no es mayor a ninguna de las que se han publicado sobre el tema. La incomprensión entre el campo de la Medicina por parte de los operadores del Derecho hace que se tengan resoluciones injustas en la realidad, muchas veces por no tener las mismas armas para combatir contra aquellos, o por no saber apreciar la complejidad de su mundo previo a realizar cualquier imputación de cualquier naturaleza.

Sea esta obra una más que ayude a mediar conflictos con los profesionales de la salud, como formador de criterios para señalar que los profesionistas no son dioses encumbrados solo por su posición y calidad intelectual; pero también para hacer notar que son humanos que pretenden y quieren ayudar a sus pacientes en la continua y cruel lucha contra la muerte, procurando la calidad de vida y los medios adecuados para alcanzarla, así como para tener acciones preventivas antes de punitivas (así como en nuestra rama).

El Juramento de Hipócrates señaló que solo a los del mismo gremio se enseñaría el arte, pues -aunque no lo dice- lo que se busca es sanar la enfermedad, no dañar sabiendo esparcirla, y tener el resguardo celoso del conocimiento es en sí misma una labor que se sabe apreciar. Hoy puedo valorar, con el casi nulo acercamiento que he tenido a la loable labor, lo increíble de su actividad, y de sentirme orgulloso de haber pertenecido, aunque brevemente, a su vasto y complejo mundo.

Sea esta investigación una forma de devolverlo, donde me he procurado constituirme abogado del buen médico, defensor de su causa y su actividad, y de la felicidad análoga al saber que un paciente ha logrado salvar su vida con el poco o mucho auxilio que se pudiera prestar.

Que sirva esta obra para denotar lo complejo de su mundo, del respeto que se merecen por parte de los operadores jurídicos y de la sociedad en general, y como anunciante del castigo que merecen aquellos mercenarios del gremio, aquellos irresponsables que solo afectan la vida de todo un núcleo familiar por su irresponsabilidad, y traficantes del dolor ajeno, que se prestan a viles fines sólo porque "así es la chamba".

Como una persona que ha sufrido los estragos de haber perdido a un familiar amado por negligencia médica, dedico con cariño estos esfuerzos a mi padre, esperando que tenga un descanso; y que esta obra encuentre eco en la posteridad, de así merecerlo, honrando con ello su memoria y su ejemplo.

Un agradecimiento sincero a quienes me han ayudado a sensibilizarme del tema, quienes me han guiado, y que me han dado ejemplo de lo bonito que es el arte médico, y su inclusión y regulación en la vida jurídica. A ellos, gracias, porque ahora puedo diferenciar con mayor claridad que su trabajo no es fácil, que es arduo y que se deja la vida, procurando la vida de otros. Hoy me siento orgulloso de haber compartido el viaje con el gremio.

Mi especial reconocimiento y agradecimiento al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), sin cuyo vital apoyo, este proyecto no habría visto la luz del día; así como a la Facultad de Estudios Superiores Aragón (FES Ar) que me brindo un lugar en su seno, guiando mis primeros pasos jurídicos, y más recientemente, los del nivel que ahora concluyo, y de quien emergió el profesionalista que soy hoy en día.

Gracias Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme mostrado lo más hermoso que tiene este gran país, y por brindarme de todo mientras estuve en tus aulas, y aún, después de ellas. Gracias, Facultad de Derecho, por permitirme ampliar mi perspectiva filosófica. A todos, gracias.

Índice

Introducción	I
Capítulo 1	1
Principios de Derecho Médico	
1.1 Derecho Sanitario	3
1.2 Derecho Médico	15
1.2.1 Acto Médico	18
1.2.1.1 Sujetos	19
1.2.1.2 Objeto	20
1.2.1.3 Consentimiento	22
1.2.2 Fuentes del Derecho Médico	24
1.2.3 Lex Artis en materia médica o <i>Lex Artis Médica</i>	26
1.3 Sobre la Medicina Defensiva	34
Capítulo 2	38
Derecho Penal en materia médica	
2.1 Antecedentes evolutivos en la dogmática jurídico penal sobre la Medicina	38
2.1.1 Venganza privada	40
2.1.2 Venganza familiar	41
2.1.3 Persecución religiosa	42
2.1.4 Persecución pública	44
2.1.5 Interacción histórica de la Medicina con el Derecho Civil	46
2.1.6 La finalidad de la acción como eje en el estudio del ejercicio médico	49
2.2 Regulación actual de la materia médica en la legislación penal de la Ciudad de México	53
2.2.1 Derecho Administrativo	57
2.2.2 Derecho Civil	62
2.2.3 Derecho Penal	65
2.3 Elementos del delito controvertidos durante la acreditación de los tipos penales específicos (Teoría Ecléctica del Delito)	67
2.3.1 Conducta	70
2.3.2 Tipicidad	72
2.3.3 Antijuridicidad	75
2.3.4 Responsabilidad jurídico-penal	78
2.3.4.1 Culpabilidad	81
2.3.4.2 Actuación en lugar de ello	83
2.3.4.3 Necesidad preventiva	84
2.3.5 Punibilidad	86
2.3.6 Elementos negativos del delito	88
Capítulo 3	90
La Culpabilidad dentro del Derecho Médico	
3.1 Antecedentes teóricos de la culpabilidad	90
3.2 Conceptos médicos básicos para el Derecho Penal	98
3.3 Estudio de la culpabilidad en delitos del ejercicio médico	116
3.3.1 Principales puntos de contacto entre la legislación y la doctrina que constituyen la materia médica	119

3.3.2 Conceptualizaciones teóricas necesarias en el estudio de la culpabilidad en materia médica	123
Capítulo 4	129
El estudio de la culpabilidad en materia médica en la Practica Forense Jurídica	
4.1 Estudio de delitos en materia médica en la práctica forense del Derecho Penal	130
4.2 Criterios para la formulación de Teorías del Caso	139
4.3 Principales puntos de defensa jurídico-penal en materia médica	145
4.4. Análisis de un caso particular de delitos cometidos por profesionistas de la salud	149
Conclusiones	162
Bibliografía consultada	166
Legislación consultada	170

Introducción

Los mundos de la Medicina y del Derecho están en continua interacción. Sin embargo, hoy en día no nos hemos preocupado demasiado en observar los fenómenos y los resultados de esta interacción en la realidad. Quizás quienes nos tienen alguna ventaja al respecto son los médicos, ya que, por lo menos en teoría, conocen de las regulaciones que se tienen que tomar en cuenta a la hora de ejercer su profesión, además de que en sus planes de estudio no suele faltar estudios sobre *Medicina legal* (que, aclaremos desde ahora, no es Derecho Médico). Entonces, ¿Qué es lo que está pasando?

Los médicos resienten directamente las regulaciones porque es en su ámbito laboral el primer lugar en el que recae la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, y dado que a diario manejan sustancias nocivas y que pueden causar repercusiones a la salud pública, están más obligados a realizar con cierta meticulosidad sus actividades, incluyendo con ello el conocimiento de los requisitos para suministrar medicamentos, lo que involucra la responsabilidad civil y penal de su acción y otras responsabilidades que terminan de saturar la labor del médico.

Entre el gremio de los abogados, en cambio, no es muy conocida la disciplina (y mucho menos su ejercicio), pues no todos conocen la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y siendo México un país con características evidentes de centralización, puede inferirse que no se esté realizando una adecuada vigilancia en las entidades federativas, lo que conlleva riesgos de salud pública, de manejo de sustancias prohibidas de forma ilícita y que, aparte de todo, puede desencadenar mutaciones de enfermedades que contribuyen a los altos índices de enfermedad en múltiples regiones; y eso, recalquemos, son solo consecuencias de un sector muy chico del ámbito del Derecho Médico, dado que estos ejemplos se centran en lo que respecta a la Farmacología.

Existen disciplinas y regulaciones auxiliares que ayudan a paliar esa falta de vigilancia por un órgano específico, como las Normas Oficiales Mexicanas (NOM's), el Derecho Sanitario o el Derecho Aduanero (todas, ramas del Derecho Administrativo) que han contribuido a los controles de la

farmacología en general, y a algunas otras disposiciones diversas de la Ley General de Salud; pero no abarcan la mayoría de las dificultades de la regulación, vigilancia y observancia que la disciplina médica necesita, ya que estos problemas no son el único frente en el cual actúan los galenos, y cuyo campo de acción (sobre todo en el área clínica) resulta determinante para la inferencia de posibles irregularidades en su actuar o incluso una lesión directa o indirecta a bienes jurídicamente tutelados, como el caso de los peritajes médicos, la vigilancia en el ejercicio de la profesión y su defensa ante tribunales... En general, toda aquella actividad que el médico tiene ante tribunales y auxilia al Derecho.

Es importante hacer mención del campo del Derecho Penal como la rama del Derecho más sobresaliente para temas médico - jurídicos, ya que es la materia dedicada a la tutela y protección de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, y en la cual convergen una serie de valoraciones axiológicas que entran en conflicto como problemas éticos, médicos, filosóficos, legales, etc. en los cuales los bienes jurídicos tutelados llegan a tomar posiciones irreductibles y contrarias, dejando en contradicción al sistema normativo y sus resoluciones.

Cuando se analiza la responsabilidad penal de una persona, no es nada sencillo determinar si la conducta admite punibilidad. Lo complica aún más la idea de tener que manejar elementos técnicos de una disciplina tan compleja como lo es la de la Medicina.

La justicia penal puede tener distintos matices en función de circunstancias que no se pueden controlar, pero del cual algunos factores permanecen estables como la corruptibilidad en el proceso, la inexperiencia del inculpado al presentarse en los juzgados, la falta de una defensa técnica adecuada y otras causas que terminan por desequilibrar la balanza penal.

Si a lo anterior le añadimos que el lenguaje técnico de diversos temas de otras disciplinas no es siempre manejado por cualquier operador técnico del Derecho, se vuelve complejo para los encargados de la persecución del delito su análisis, lo que podría desembocar en resultados desfavorables. Todo depende de las circunstancias, como en todo caso del Derecho.

Pero son estos defectos los que culminan en que algunos resultados que suenan aberrantes sucedan, como por ejemplo el hecho de que existan médicos que aún practican la medicina después de resultados garrafales en posibles actos de negligencia anteriores. Todo lo anterior, enunciado como posibilidad exclusivamente, y no con pretensiones descriptivas, lo que nos muestra un poco de la sensibilidad de la profesión médica en el campo jurídico.

Son varios los delitos por los que los médicos pueden llegar a los tribunales en ejercicio de su profesión, entre ellos se encuentran: La omisión de auxilio, la revelación de secretos, el ejercicio indebido de la profesión, la usurpación de profesión (para el caso de los que deben ser especialistas conforme a las disposiciones administrativas y las actividades quirúrgicas específicas a realizar), riesgo de contagio, suministro de fármacos sin fundamento, etc. En todos y cada uno de ellos, existen variables propias de cada tipo penal específico, previstos y sancionados en legislaciones diversas, y que requieren conocimientos técnicos específicos para su acreditación.

Es por ello que es necesario conocer a fondo cuestiones particulares a la hora de estar frente al estudio de los delitos posibles de ser cometidos por médicos, ya que no basta con simplemente explicar a un juez el actuar como médico, o pedir justicia por la posible comisión de delitos cuando realizan una mala o innecesaria operación quirúrgica; es un contexto más profundo en el que se entrelaza la *Lex Artis Médica*, muy propia del galeno y del círculo de profesionistas de la salud acorde a su literatura específica, y el conocimiento del tecnicismo propio del ley para generar el efectivo ajuste de la norma y la condición volitiva del médico o profesional de la salud sujeto a responsabilidad.

En concordancia con las exigencias anteriores, esta investigación pretende ser un criterio orientador para la conciencia de los problemas que involucran a médicos en el ejercicio de su profesión, una noble materia que puede tener alcances muy amplios de acción, pero también que puede prestarse al uso de la medicina defensiva, como una serie de técnicas de litigación para evitar una responsabilidad (medianamente explorado, valorado y conocido en materia de responsabilidad civil médica), o, peor aún, como legitimación para la realización de actos moralmente reprochables y hasta inhumanos “en pro de la humanidad”, según defienden.

Sin embargo, esta propuesta también aspira a ser diferente al incursionar en su estudio los elementos clave para el entendimiento de la Teoría del Delito de forma diversa, con base a la Propuesta de la Teoría Ecléctica del Delito, propuesta teórica defendida por Ramírez Rojas, demostrando su aplicabilidad en la proyección, análisis y resolución de casos, como un método para infundir el cambio de mentalidad sobre la forma en que se pueda plantear la redefinición de la teoría del delito actual, por tener distintas problemáticas en la aplicación práctica.

En suma, este proyecto busca compilar todos los elementos necesarios para que la materia médica vislumbre una perspectiva diferente respecto a los estudios de los tipos penales específicos que aplican en materia médica, para que no sea susceptible de ser confundido con las artimañas de la *medicina defensiva*, y buscando entender toda la actividad del galeno en su integralidad, sin que se pierda su intención a la luz de la *Lex Artis Médica*.

Por último, se hace la acotación inicial de que, si bien la perspectiva de esta investigación puede tener tintes punitivos, el enfoque de la investigación se realiza en esos términos en virtud de que está enfatizada en analizar y redimensionar las relaciones entre el campo de la Medicina y el campo del Derecho Penal, y la finalidad de éste último busca el ejercicio de la pretensión punitiva estatal a la luz de sus propios principios para la impartición de justicia; sin que, con ello, se desconozca la gran diversidad de posibilidades para analizar el espectro de las acciones relacionadas con el ejercicio de las profesiones de la salud en el campo clínico.

Incluso la mediación y el arbitraje, como formas de resolución a los conflictos civiles y penales, tienen una repercusión enorme en la realidad, tanto que existe una institución cuya finalidad tiende a poder resolver la mayor parte de problemas médico-jurídicos entre las partes en el país, como lo es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico; sin embargo, al tener esta investigación un enfoque dogmático-jurídico, y analítico-práctico orientado principalmente a su relación con el Derecho Penal, no abordará estos tópicos, sin que ello les reste importancia en la realidad fáctica.

Capítulo 1

Principios de Derecho Médico

El Derecho Médico es el punto de partida de esta investigación: por ello, para estar en aptitud de comprender lo que es y de qué manera debe ser abordado en el ámbito jurídico-penal, es necesario definirlo y diferenciarlo de ramas semejantes que puedan confundir nuestro objeto de estudio.

Por ello, para comenzar la presente investigación, se procede a dilucidar los rasgos distintivos y diferencias sustanciales que caracterizan al Derecho Médico de otras ramas del Derecho, como elementos individuales propios del objeto de estudio a analizar a la luz de la óptica jurídico-penal. Asimismo, se tomará como eje del presente capítulo la delimitación del objeto de estudio con respecto a otra rama del Derecho análoga, y en cuya rama se han encontrado la mayor parte de las confusiones en la comunidad en general con nuestro objeto de estudio de la presente investigación: su separación concomitante con el Derecho Sanitario.

El Derecho Médico es comúnmente confundido con el Derecho Sanitario por estar ambos íntimamente vinculados con los fines que persiguen mutuamente: la regulación de diversos sectores que involucran el área de las ciencias de la salud; sin embargo, en cuanto a sus alcances y contenidos, deben ser separados por no tener las mismas finalidades, objetos de estudio y regulación ni métodos de análisis.

Siguiendo el criterio de Ramírez Rojas, iniciamos sabiendo que el Derecho¹ es “*el sistema de normas, principios e instituciones que regulan la conducta humana en la sociedad sujetas a cambio en función del tiempo y lugar*”², por lo que tomaremos como referencia esta definición para comenzar la individualización y la construcción de las definiciones de las ramas a diferenciar.

¹ Con independencia a las cuatro acepciones que señala Villoro Toranzo sobre el tema, en esta investigación nos referiremos al Derecho como ciencia jurídica, sólo variable dependiendo del contexto. Véase Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª Ed., Porrúa, México D.F., 1996. p. 6.

² Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito*, Tesis que para obtener el Grado de Licenciado en Derecho sustenta, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2019, p. 3.

Tomando en consideración que dentro de la definición anterior se destacan los elementos que integran a la conceptualización de la ciencia jurídica -con su objeto, teleología y variantes- y que nos permiten identificar plenamente al Derecho, se puede usar como base para la construcción y planteamiento de diversos elementos teóricos necesarios para la presente investigación, con independencia del reconocimiento de la existencia de criterios distintos en las construcciones del Derecho, que generalmente convergen en lo esencial; por lo que se usará como guía para desentrañar el contenido del resto de las definiciones necesarias en el presente capítulo.

Ahora bien, para diferenciar cada rama del Derecho, se debe atender a su finalidad, al tipo de conductas que regula, y las fuentes de donde deviene (tanto históricas y reales, como formales). Por ello, no es lo mismo hablar del Derecho Penal (cuya regulación atiende específicamente a las normas que regulan al delincuente, su actuar y su consecuencia jurídica y las formas en que se ejecutará ésta), que hablar del Derecho Civil (cuya rama plantea a estudio las relaciones entre particulares respecto a las acciones inherentes a las ficciones jurídicas de la persona, de los bienes, sus relaciones y su capacidad de sujetarse a obligaciones y asociaciones conforme al derecho de la ciudad), por citar un ejemplo.

De ahí que definir al Derecho Médico y al Derecho Sanitario son el primer escalafón para poder poner en claro el contenido de la rama, y sus respectivos alcances dentro de la Ciencia Jurídica. Por lo tanto, se procederá a definirlos por cuestión metodológica propia, de la siguiente manera: primero al Derecho Sanitario, por ser la rama con la que se confunde usualmente a la rama materia de la presente investigación y en ejemplificación de lo que no es el objeto de estudio, y con posterioridad al Derecho Médico, para evidenciar con claridad sus elementos, sin que deje lugar a dudas la relación e interacción con la primera.

Solo hecho lo anterior se estará en aptitud de proceder al estudio de las especificaciones técnicas del Derecho Médico y su interacción posible con el Derecho Penal (rama a la que pertenecen diversos aspectos de relevancia para la investigación, como lo son la culpabilidad, tanto como elemento del dolo, elemento del delito, y como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal,

así como su influencia para una punibilidad; todos, tópicos pertenecientes al campo del Derecho Penal como parte de la Teoría del Delito). Por lo que se procede a delimitar, primeramente, al Derecho Sanitario, para continuar después con el Derecho Médico.

1.1 Derecho Sanitario

El Derecho Sanitario, como rama del Derecho, busca en todo momento combatir una problemática de relevancia general para el humano en relación con su entorno, y que se encuentra latente a cada segundo de su existencia, por estar vinculado con el funcionamiento mismo de todo ser vivo.

El aspecto biológico y químico del ambiente en el que se mueve el ser humano debe ser regulado y controlado para evitar los factores que incidan en la vida y en la calidad de vida de los seres humanos, sin que ello represente que hablemos del Derecho Ambiental. Para evitar los factores que influyen de forma determinante de forma negativa en la salud, existe el Derecho Sanitario, cuyo principal fin se encamina a aminorar, prevenir, controlar y vigilar todos los factores de riesgo perjudiciales para la salubridad general.

Por lo anterior, podemos comenzar a definir al Derecho Sanitario como:

“la rama del Derecho que regula los actos, los ordenamientos y demás disposiciones relativas al cumplimiento de las medidas fácticas necesarias para poder prevenir, controlar y vigilar el riesgo sanitario en la sociedad”.

La anterior definición, obtenida de la abstracción deconstruida de la definición genérica del Derecho, nos muestra con precisión las características propias de la función sanitaria de esta rama, en la cual se busca el cumplimiento de la legislación sanitaria y la reducción del riesgo sanitario como eje de su campo de estudio.

Dicha definición se origina de la visión que proporcionan la misma Ley General de Salud³ y los ordenamientos administrativos aplicables para entender la legislación sanitaria, y que confluyen de forma armónica con los fines precisados con anterioridad.

³ Para la presente investigación, se utilizará únicamente la legislación mexicana para realizar el estudio correspondiente por ser la legislación a la cual el investigador tiene acceso y maneja para efectos comparativos (salvo señalamiento expreso en contrario); sin que se desestimen o desacrediten las diversas regulaciones en legislaciones ajenas a esta región.

Para ahondar sobre lo anterior, se debe detallar que la Ley General de Salud prevé sobre el riesgo sanitario diversas hipótesis que nos irán adentrando sobre el campo al que se circunscribe su actividad, desde la alimentación, la regulación de la actividad nuclear o la definición de distintos aspectos que involucra la tutela jurídica de dicha ley.

Comenzando con el contenido del artículo 114 párrafo tercero de la Ley General de Salud, que provee la directriz para los programas de nutrición a la población, se observa un poco de las finalidades generales de la Ley, en las que se involucra la meta de regular un riesgo potencial en la población a través de políticas públicas y acciones gubernamentales para su control. Obsérvese en la siguiente cita:

“...Los programas de nutrición promoverán la alimentación nutritiva y deberán considerar las necesidades nutricionales de la población. Por lo que, propondrán acciones para reducir la malnutrición y promover el consumo de alimentos adecuados a las necesidades nutricionales de la población; y evitar otros elementos que representen un riesgo potencial para la salud”.

De la anterior cita, a manera de ejemplificación del riesgo sanitario, se observa claramente la finalidad de salvaguarda de la salud en general, a través del impulso de políticas que tiendan a cuidar la alimentación de la población, y con ello, inhibir algunos problemas que se presentan derivado de la malnutrición, misma que se constituye en un problema de relevancia para la salud pública cuando no es controlada.

Esta situación acontece en virtud de las posibles enfermedades latentes que se generan por su ausencia de control, como lo son la diabetes mellitus tipo II, la hipertensión arterial, cardiopatías adquiridas, etcétera; por lo que la búsqueda de controlar y regular el riesgo en la salud de la población se consagra como una de las finalidades principales de la ley, entendiéndose con ello la concepción del riesgo sanitario.

Siguiendo con otras ejemplificaciones, sea de utilidad la siguiente cita del artículo 116 de la misma Ley General de Salud, que señala:

“Las autoridades sanitarias establecerán las normas, tomarán las medidas y realizarán las actividades a que se refiere esta Ley tendientes a la protección

de la salud humana ante los riesgos y daños dependientes de las condiciones del ambiente”.

Dentro de las consideraciones que deben tener presentes las autoridades sanitarias para resolver los conflictos que se presentan en su materia, está como nota distintiva la protección de la salud humana ante los riesgos de las condiciones del ambiente: es precisamente en este apartado en el que se expresa, de forma notoria, la finalidad del Derecho Sanitario frente al sistema jurídico, pues, a diferencia del Derecho Ambiental por ejemplo (que busca la protección del ambiente -entendido como conjunto de elementos naturales, artificiales o incluidos por el hombre, físicos, químicos y biológicos, que propicien la existencia, transformación o desarrollo de organismos vivos)⁴, la finalidad última de aquel es concentrarse en el riesgo sanitario, mismo que conlleva a diversos daños para la salud humana que pueden ser previsibles, prevenibles, y regulados de forma distinta, dando con ello fundamento a la definición expuesta líneas arriba.

Continuando con las citas relativas a la materia sanitaria contenidas en la Ley General de Salud, sea de utilidad la siguiente, tomada del artículo 129 fracción I, relativo a algunas facultades de la Secretaría de Salud, reforzándose con ello lo expresado en este apartado:

“...la Secretaría de Salud tendrá a su cargo:

I. Establecer los criterios para el uso y manejo de sustancias, maquinaria, equipos y aparatos, con objeto de reducir los riesgos a la salud del personal ocupacionalmente expuesto, poniendo particular énfasis en el manejo de sustancias radiactivas y fuentes de radiación...”

De la anterior cita se puede observar como la Secretaría de Salud tiene a su cargo actividades inherentes a la regulación de la radioactividad (algo que, de entrada, podría pensarse como exclusivo de la Secretaría del Medio Ambiente, por su finalidad).

⁴ Al respecto, obsérvese la diferenciación entre el contenido de los artículos 3º y 4º de la Ley Federal de Protección al Ambiente para contrastar la diferencia de finalidades entre la protección del ambiente y el control del riesgo sanitario en específico, de la que se encarga la Ley General de Salud.

Ello es así a causa de que la radiación, como fuente de energía, como herramienta de la Medicina Nuclear, y como insumo para el funcionamiento de diversos aparatos biomédicos que cuentan con esa tecnología, también tiene consecuencias nocivas para la salud, pues sus efectos causan daños para cualquier organismo vivo, dada la continua mutación celular que generan en los entornos cercanos; por lo que su presencia debe tener una regulación precisa, a fin de que las consecuencias también se encuentren previstas y controladas, a manera de postura asumida por parte del Estado.

Con ello se evidencia otra de las finalidades del Derecho Sanitario, como lo es la actividad de la regulación y el control; por lo que procederemos con la siguiente cita del artículo 194 párrafo tercero, útil para nuestra investigación:

“El control sanitario del proceso, importación y exportación de medicamentos, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y las materias primas que intervengan en su elaboración, compete en forma exclusiva a la Secretaría de Salud, en función del potencial de riesgo para la salud que estos productos representan”.

La cita previamente transcrita prevé una hipótesis más del Derecho Sanitario, como lo es el control de las sustancias psicotrópicas que se importan o exportan como productos médicos y químicos, mismos que pueden poner en riesgo la salud pública, dando con ello otra muestra de la intervención del Derecho Sanitario.

De las citas anteriores, es posible visualizar como la normatividad en la Ley General de Salud preceptúa medidas de control para prevenir, controlar y vigilar el riesgo sanitario; por lo que al tener en consideración los eventos que la legislación pretende regular, nos permite concluir que se trata de una materia plenamente predefinida y circunscrita al riesgo sanitario.

Sin embargo, para establecer con precisión en qué consiste el riesgo sanitario, debemos partir específicamente de la definición del riesgo propuesta por el propio sistema jurídico: de acuerdo a lo que preceptúa el glosario contenido en el artículo 2 fracción VIII del Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS por su acrónimo, ente

encargado de la regulación sanitaria en nuestro país), se puede definir al *riesgo sanitario* de la siguiente manera:

“Riesgo Sanitario: La probabilidad de ocurrencia de un evento exógeno adverso, conocido o potencial, que ponga en peligro la salud o la vida humanas”.

De donde se observa que el contenido principal del riesgo sanitario consiste en toda aquella probabilidad fáctica de que algo negativo en contra de la salubridad general y la vida humana ocurra, y de donde deviene en una actividad imperante su regulación y vigilancia por parte de las autoridades de cualquier Estado.

Por lo anterior, tenemos entonces el resultado conclusivo de que la materia sanitaria pretende regular el riesgo sanitario, de cuya integración se observa que brinda medidas que incluyen los campos de:

- a) *Prevención* para la actividad relacionada a la salud pública y salubridad general (para tener, en todo caso, previstas todas las variables susceptibles a fallar con la mayor especificidad posible para evitar desastres en materia de salubridad general);
- b) *Control* de los riesgos que puedan ser generados por la realización de actividades inminentes al ejercicio profesional encargado de brindar y mantener las funciones de la salud pública y actividades conexas y/o relacionadas (campos químico-fármaco-biólogos, manejo de desechos y residuos, tecnológicos, etc.); y,
- c) *Vigilancia* en la realización de estas buenas prácticas por los instrumentos administrativos y normativos necesarios (como lo es el área de estudios de la farmacovigilancia para la recopilación de todas y cada una de las reacciones adversas de un medicamento, sus usos a largo plazo, toxicología o demás características necesarias para la identificación de efectos perjudiciales o nocivos a la salud pública, o la aplicación de medidas coercitivas e infracciones de acuerdo a las normas técnicas o Normas Oficiales Mexicanas previstas para cada caso).

Por lo que se observa perfectamente circunscrito el campo que regula la rama del Derecho en estudio a la luz de sus objetivos, en cuyo principal fin tiende a proteger a la sociedad del riesgo sanitario a través de actos de prevención, el control y la vigilancia sanitarios.

Para reforzar lo anterior, atendamos a la normatividad en materia de Derecho Sanitario para apreciar con claridad los fines que persigue, pero en esta ocasión de forma aplicada directamente en la redacción de la norma, para demostrar lo anteriormente señalado.

Uno de los ejemplos más claros para observar el contenido de este tipo de normas sanitarias radica en las Normas Oficiales Mexicanas, y en particular, la NOM-017-SSA2-1994, para la Vigilancia Epidemiológica, en relación directa con la NOM-026-SSA-1998, para la Vigilancia Epidemiológica, Prevención y Control de las Infecciones Nosocomiales, en donde se observa con precisión la finalidad última de este tipo de normas sanitarias, y como los fines que persiguen son claros.

Basta con observar el contenido de la introducción de la Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-1994, para la vigilancia epidemiológica, en su apartado introductorio (0. Introducción) para poder advertir el tipo de conductas que se regularán a través de este instrumento administrativo:

*“En nuestro país, la vigilancia epidemiológica es un sistema que recolecta información sobre los diversos eventos de interés médico epidemiológico, capaz de **analizar la información y proporcionar un panorama sólido que permita iniciar, profundizar o rectificar acciones de prevención y control.** La información respecto a los daños y riesgos para la salud representa un insumo importante de la vigilancia epidemiológica. La Norma Oficial Mexicana para la vigilancia epidemiológica establece los padecimientos y riesgos que están sujetos a notificación e investigación, así como la frecuencia con que éstas deben realizarse, de acuerdo con su trascendencia...”*

De donde se desprende la posibilidad de realizar acciones de control y vigilancia de diversos tópicos que ponen en riesgo a la salud con base a la información obtenida por la vigilancia epidemiológica, dando soporte a los enunciados anteriores sobre la materia.

En el mismo sentido, observemos lo que preceptúa la Norma Oficial Mexicana NOM-026-SSA2-1998, para la Vigilancia Epidemiológica, Prevención y Control de las Infecciones Nosocomiales (0. Introducción, párrafo segundo) que complementa este tipo de resoluciones en torno al sentido de la problemática del riesgo sanitario y su disminución en nosocomios (hospitales) para su prevención, control y vigilancia:

*“...La vigilancia epidemiológica de las infecciones nosocomiales se inscribe dentro de estos propósitos al permitir la aplicación de normas, procedimientos, criterios y sistemas de trabajo multidisciplinario para la **identificación temprana y el estudio de las infecciones** de este tipo. Constituye un **instrumento de apoyo para el funcionamiento de los servicios y programas de salud** que se brindan en los hospitales...”*

De la anterior cita se observa lo siguiente: la finalidad de dicha normatividad tiende a buscar una protección previa a los problemas que se pueden desencadenar derivado de las infecciones que se generan en un recinto nosocomial, así como la identificación y estudio del avance de dichas problemáticas, en caso de presentarse.

En el campo de la clínica, un hospital es objeto de múltiples ataques biológicos, por el simple hecho de manejar diversos aspectos relacionados con sustancias reactivas y nocivas para la salud humana. Al ser blanco de múltiples ataques (desde la evolución de una bacteria que adquiera resistencia a los fármacos, o de un desastre sanitario que permita el contagio de un elemento o agente biológico nocivo para la salud), un hospital debe tener sus propios ordenamientos para salvaguarda tanto del personal que en él laboran, como de los usuarios y partes relacionadas que tienen interacción con el mismo.

Siguiendo la idea anterior, observemos el objetivo de dicha norma (1. Objetivo y campo de aplicación) inserto dentro de la Norma Oficial Mexicana, para guía de nuestro estudio:

“1.1 Objetivo

*Esta Norma Oficial Mexicana establece los criterios que deberán seguirse para la **prevención, vigilancia y control epidemiológicos** de las infecciones*

nosocomiales que afectan la salud de la población usuaria de los servicios médicos prestados por los hospitales...”

De ello apreciamos que los procesos necesarios para la atención de los problemas epidemiológicos constituyen esfuerzos diversos, que se pueden clasificar en actividades de *prevención, vigilancia y control*, por lo que se compagina el objetivo general del Derecho Sanitario con el contenido de las normas administrativas que regulan las condiciones mínimas de un hospital, diferenciando con ello claramente nuestro objetivo del objetivo de la norma.

Ahora bien, la Norma Oficial Mexicana en cita no se limita a enunciar actividades genéricas, sino que va más allá y propone, de forma precisa, una serie de subprocesos útiles en el cumplimiento de los fines y objetivos de la norma, los cuales se citan a continuación:

*“4.1 La vigilancia epidemiológica de infecciones nosocomiales deberá realizarse a través de un sistema que unifique criterios para la recopilación dinámica, sistemática y continua de la **información generada por los hospitales para su procesamiento, análisis, interpretación, difusión y utilización en la resolución de problemas epidemiológicos y de operación por los niveles técnico-administrativos en las distintas instituciones de salud conforme se establezca en la normatividad aplicable...**”*

Al establecer como diversos subprocesos el procesamiento, el análisis, la interpretación, la difusión y la utilización de la información generada por los hospitales para los datos duros, estadísticos, infectológicos, y de otros rubros que permitirán poner en evidencia un problema general que puede trascender a la comunidad o a la sociedad, se establece ya una forma de contribución general con los distintos órganos que componen al sistema de salud, y la forma en qué ellos podrán colaborar para resolverlo.

Sin embargo, dicha normatividad técnica no se detiene ahí, sino que continúa previendo lo siguiente:

*“4.2 La vigilancia epidemiológica de infecciones nosocomiales considera los **subcomponentes de información, supervisión, evaluación, coordinación, capacitación en servicio e investigación,** como base para*

su funcionamiento operativo adecuado dentro del sistema de vigilancia epidemiológica de las infecciones nosocomiales...”

Dejando abierta la posibilidad de la colaboración entre autoridades para resolver problemas que ponen en riesgo a la Salud Pública con base en la mejor información disponible generada por el mismo sistema de salud, pues, si existen brotes significativos de enfermedades o patologías determinadas que tienen cierta prevalencia o incidencia en un grupo vulnerable concreto (ej. neonatos, diabéticos, insuficiencia respiratoria, etcétera), es posible tomar estas referencias para generar líneas de prevención en la Administración Pública Federal para su atención en sus distintos grados de intervención competencial.

De lo anterior apreciamos que este tipo de normas buscan de forma concomitante la realización de todas las acciones necesarias para cumplir con los fines de protección de la salud y la vida humanas, de acuerdo a las políticas públicas de Estado en materia de salubridad general, y que tienen por objeto la prevención, el control y la vigilancia de todos los riesgos sanitarios posibles de presentarse en condiciones normales a la hora de prestar servicios públicos y privados de salud, así como con sus ramas conexas; por lo que es posible definir a partir de este punto los límites concretos y tangibles del Derecho Sanitario.

Sin embargo la Ley General de Salud, como parte de una política pública de Estado a la que se encuentra constreñido el Estado mexicano para el cuidado de la salud general, por virtud de lo ordenado en los artículos 1º, 4º párrafo cuarto, 14, 16, 25, 26, 73 fracciones XVI y XXIX-E, 89 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵, en relación directa con los artículos 16, 17, 18 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es un ordenamiento de carácter administrativo que sufre sus propios

⁵ Respecto a este tema, es inherente la referencia obligada del funcionamiento del Estado Liberal, Democrático y de Derecho moderno en el que vivimos, por lo que el Principio de Legalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concibe la actuación de la autoridad con base a facultades expresas designadas para ese efecto, y sirve como fundamento esencial del Derecho, en particular para el campo del Derecho Administrativo y del Derecho Penal, donde la fundamentación y la motivación conforme a facultades expresas es determinante para la concepción de la legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridad. Respecto a este tópico, véase Ramírez Rojas, *óp. cit.*, pp. 13-17.

vicios, como lo es el regular al Derecho Sanitario junto con el Derecho Médico de forma mixta, llegando a hacer similitudes y analogías entre las materias de forma indistinta (lo cual es incorrecto).

Para muestra de las normas que son susceptibles de ser confundidas entre normas del Derecho Sanitario y del Derecho Médico, observemos lo que preceptúa la Ley General de Salud en los artículos 17 Bis fracción I y 51 Bis 1 párrafo primero. El artículo 17 Bis fracción I señala lo siguiente:

“I. Efectuar la evaluación de riesgos a la salud en las materias de su competencia, así como identificar y evaluar los riesgos para la salud humana que generen los sitios en donde se manejen residuos peligrosos...”

En relación a esta primera cita, es posible notar que la Ley General de Salud enfoca sus esfuerzos a regular aspectos del Derecho Sanitario al señalar que se deben identificar y evaluar los riesgos que se presenten en un lugar donde se manejen residuos peligrosos, para evitar generar algún riesgo sanitario de dicha actividad, o contemplando su existencia, generar líneas de acción para aminorar los riesgos sanitarios en caso de que se presente alguno.

Por otra parte, el artículo 51 Bis 1 párrafo primero señala:

“Los usuarios tendrán derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen...”

De esta segunda cita se advierte que se deberá contar con toda la información necesaria por parte de los usuarios de los servicios de salud para la toma de decisiones en la práctica clínica, dejando inclusive más adelante regulada la implementación de formatos que aseguran que dicha información fue proporcionada y se consintió un procedimiento, teniendo como ejemplo un poco de la función de la regulación del Derecho Médico.

Este manejo mixto al contenerse ambas en una sola ley general responde a una situación jurídico-política distinta a la confusión de las ramas, y estriba en el hecho de que la salud pública, en relación con la seguridad pública, la educación y la cultura, son considerados como *materias coordinadas* de la administración pública para la planeación de políticas públicas en estas

materias, lo que hace que se aborden muchos temas de forma abstracta y que favorece la confusión de ambas materias.

Para la regulación de las materias coordinadas interviene tanto la Administración Pública Federal, así como el resto de competencias locales en el ámbito de sus competencias, tales como las administraciones públicas locales y municipales, en atención y respeto a los principios de la soberanía estatal y el municipio libre, previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, razón por la cual no debe interpretarse una confusión técnica entre materias, sino que debe favorecerse en cada esfera de jurisdicción del país.

Para ejemplificar, observemos la redacción del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuya fracción XVI se observa la relación de las facultades del Congreso para la realización de actos legislativos que sirvan de guía a los actos administrativos en materia de salubridad general y otras actividades de interés nacional:

*“...XVI. **Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República;**”*

En este apartado se hace notar claramente que el tema relativo a la salubridad general, es competencia originaria del fuero federal, en virtud de que se trata de aspectos generales de la población que se encuentran conferidos al Estado para su atención.

Sin embargo, el fuero federal no es el único facultado que puede intervenir en este tipo de problemáticas, sino que es posible establecer líneas de coordinación para la atención en niveles locales, puesto que estas acciones tienen la finalidad de llegar a todos los sectores de la población; por lo que, en aras de una atención más específica y diferenciada, debe brindarse una regulación por parte de las distintas autoridades que existen en el escalafón jerárquico, tanto en la Administración Pública, como en la competencia de fueros.

Para robustecer lo anterior, véase el contenido de otra fracción del artículo 73 fracción XXIII del texto constitucional en cita:

*“...XXIII. Para expedir leyes que, con respeto a los derechos humanos, establezcan las **bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios**; organicen la Guardia Nacional y las demás instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución; así como la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, y la Ley Nacional del Registro de Detenciones;”*

De cuyo texto se desprende la posibilidad de realizar trabajos de coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales para brindar la atención en aquellos aspectos en los que la coordinación se requiera, atento a la necesidad de brindar un mejor servicio público, una atención diferenciada y tomar en cuenta el contexto social de cada población en particular para la creación de medidas pertinentes.

En este caso, si bien la seguridad pública es uno de los rubros en los que se enfoca (porque ayuda a ejemplificar por excelencia las materias que son sujetos de ser analizados como *coordinados* (porque intervienen en su meta y actividad fuerzas del orden federal, como lo es la Guardia Nacional, del orden estatal, representadas por policías de las entidades federativas, y municipal, a través de los efectivos con los que cuente la municipalidad), no es la única materia que lo tiene.

Esta coordinación no es únicamente para los fines de seguridad pública, sino que puede ser extrapolado a otras áreas de referencia, como lo es la cultura, mismas que demuestran que dicha coordinación, en algunos casos particulares, inclusive permiten el esfuerzo conjunto de los sectores públicos y privados para su desarrollo, por convenir así a cada tipo de actividad que se esta tutelando. Para muestra de ello, obsérvese lo siguiente:

*...XXIX-Ñ. Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales **la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, coordinarán sus acciones** en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de **participación de los sectores social y privado**, con*

objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo décimo segundo del artículo 4o. de esta Constitución...”

De donde se puede observar que la redacción de los artículos constitucionales para conferir facultades a las autoridades administrativas y legislativas, se encuentran pensadas de esta manera en aras de cumplir con un sistema de colaboración entre los distintos órdenes de gobierno, en sus respectivos campos de facultades y bajo un esquema constitucional previamente estructurado a nivel dogmático y legislativo.

Sin embargo, en vista que existen ya fundamentos para delimitar al Derecho Sanitario, debemos comenzar a diferenciar al Derecho Médico del primero, a causa de que el hecho de ser manejados de forma mixta en la legislación especializada en ello, no es suficiente para dar por sentado que sean materias semejantes, ni mucho menos que coincidan en identidad, puesto que poseen características muy diferentes.

Una vez que se ha observado que las normas de carácter administrativo son las que tienen mayor alcance con el tema del Derecho Sanitario, es posible observar que la legislación en materia médica se encuentra dentro de este rubro; quizás esta sea la razón fundamental y determinante por las cuales se causan las principales confusiones sobre la naturaleza del Derecho Médico.

Empero, esta situación no es motivo para concluir efectivamente y de forma válida que el Derecho Médico sea una rama del Derecho Sanitario, en tanto que, como observaremos más adelante, cuentan con finalidades, objetivos, fuentes y naturaleza completamente distintas para su estudio. Para ahondar en todas y cada una de las particularidades que le convierten en una rama autónoma, analizaremos con detenimiento el contenido del Derecho Médico, para así finalmente dilucidar con claridad y precisión donde radican las diferencias sustanciales y tajantes entre una rama y otra.

1.2. Derecho Médico

El Derecho Médico, como otra rama del Derecho, debe de diferenciarse de forma significativa del Derecho Sanitario, pues se presentan continuas confusiones a causa de que, en aras de proteger la salud y la vida de las personas, ambas usan como común denominador a las ciencias de la salud,

sin que necesariamente exista una vinculación o correlación concreta en el fondo de sus determinaciones.

El Derecho Médico, más enfocado a las razones últimas de las decisiones y protocolos a seguir en la praxis médica -al amparo de la ciencia y de los estudios demostrativos de alto grado de confiabilidad- puede llegar a tener tintes que se mezclan con el Derecho Sanitario, pues ambos buscan regular actividades que ponen en riesgo la salud general; Sin embargo, en el caso de los médicos, lo realizan en un ejercicio casuístico, necesario e inherente a la vivencia humana, pues la consulta y tratamiento médicos son una actividad indispensable en la vida de cualquier ser humano.

Los médicos, en un ejercicio de profesión con pluralidad de riesgos individuales para el tratamiento general de sus pacientes, con obligaciones tan grandes y precisas para el correcto desenvolvimiento de las actividades inherentes a su cargo, hora con hora tienen que tomar decisiones más difíciles que en otras actividades humanas, puesto que de su actuar pueden depender vidas en sus manos y en sus recursos.

Por ello, pensar que una norma general y abstracta como lo son las normas oficiales en materia de salubridad para prevención general resultan muy poco para su debida regulación, ya que su principal fuente de criterios para la toma de decisiones depende del conocimiento humano con el que se cuenta, a la par de la mejor tecnología disponible para llevar a cabo su labor, evidenciando con ello de forma notoria la diferencia sustancial de su objeto con otras ramas del Derecho.

Por **definición propia del investigador**, construida al tenor de los argumentos esgrimidos con anterioridad, debe entenderse como:

“Rama del Derecho que regula las conductas a las que se encuentra constreñido el médico por virtud de su propio y especial cargo conforme al rol social que desempeña en la sociedad, y que se encuentra sujeto a las disposiciones no solo normativas, sino también profesionales, periciales, fácticas y éticas para el leal desenvolvimiento en las intervenciones que tiene en la lucha entre la salud y la vida”.

Siguiendo las pautas de esta definición, y vistas las partes que la integran, es menester señalar los alcances de cada una de las conceptualizaciones que forman parte de ella. En primer lugar, es posible enunciar su finalidad, cuyo fin último de la rama es la regulación de la actividad del galeno, pues los roles sociales que fungen como punto de partida para entender su especial condición como sujeto de derechos y obligaciones. Este tópico será materia de los capítulos segundo y tercero de la presente investigación.

Al regular exclusivamente la actividad del galeno y del personal de las ciencias de la salud en general involucrados en el acto médico y actividades conexas y relacionadas con el ejercicio profesional de la medicina, podemos ya vislumbrar que la actividad de esta rama se encuentra perfectamente delimitada en cuanto a su finalidad y objeto.

Por otra parte, como el último de los elementos de la definición anterior señala, al contemplar la integración de los diversos campos que el médico tiene que tomar a consideración para el desempeño leal de su labor y acorde a los principios del Derecho y de la Ética, notamos que se encuentra circunscrito a una realidad bastante compleja, en tanto que ninguna de las otras profesiones carga tanto ese peso como la que desempeña el galeno en la sociedad. Este cargo especial se da justamente por estar en la línea entre la vida y la muerte, siendo definido el resultado de esa batalla de forma significativa por la conducta del profesionista.

Podemos advertir que el contenido de la presente materia tiene por objeto la regulación de la actividad en el campo médico, y en particular con la actividad del galeno y demás personal de la salud en general dentro del recinto nosocomial (sin limitarse exclusivamente al título de Médico Cirujano, Médico Homeópata o Médico Cirujano y Partero, sino a todo profesional de la salud involucrado en la práctica clínica), es decir, a todos los involucrados en la praxis médica, en la aplicación clínica de los conocimientos del campo de la salud, y con ello vigilar la actuación médica dentro del campo del Derecho.

Sin embargo, ¿se podría concebir que el Derecho Médico no es una rama, sino una extensión del Derecho Sanitario? Para esta investigación, esa respuesta es negativa, en tanto que si bien el ejercicio médico tiene actividad e

incidencia dentro del campo materia de regulación del Derecho Sanitario, difiere de forma notoria en el modo en que se realiza su regulación, de tal forma que es posible señalar que el Derecho Médico tiene sus propias fuentes de donde emana su conocimiento y técnica de aplicación, y tiene alcances completamente distintos a la disminución del riesgo sanitario: llegando a ser el objeto de esta rama la vigilancia del ejercicio médico con respecto a las obligaciones propias de su rol y constreñir a su círculo de competencias la responsabilidad de los alcances del *acto médico*.

Pensar algo diferente por el simple hecho de tener relación directa con las ciencias de la salud sería caer en el extremo absurdo de señalar, con la proporción debida, que el Derecho Penal corresponde a una rama del Derecho Civil bajo argumentaciones escuetas, similares a señalar que en ambas se realiza el ejercicio de la acción (penal en el primer caso, civil en el segundo), existen pretensiones (pretensión punitiva *-ius punendi-* en el primero, pretensiones diversas en la segunda) y para la aplicación concreta del tipo penal se debe de remitir a las instituciones del Derecho Civil para entender ampliamente el tipo penal (remisión directa por virtud del objeto del tipo penal, conocidos en la doctrina como los elementos normativos del tipo penal).

1.2.1 Acto Médico

Ahora bien, siguiendo la línea de la argumentación anterior, debemos señalar que las partes que integran al *acto médico* o acto jurídico en materia médica son similares a las previsibles en el Derecho Civil, pero con una connotación particular dada la condición específica en uno de los sujetos que intervienen en la relación profesional.

El acto médico, siguiendo el criterio postulado por el dogmático Ricardo Sánchez Márquez sobre la Teoría del Acto Jurídico⁶, se caracteriza por integrarse de los siguientes elementos: *Sujetos, Objeto, y Consentimiento*.

⁶ Sobre este tópico, es de enunciarse la existencia de las dos posturas más populares sobre esta teoría, la doctrina francesa, que refiere el hecho y el acto jurídico, frente a la doctrina alemana, en la cual se preveen el hecho jurídico, el acto jurídico y el negocio jurídico, mismos que tienen alcances diferentes sobre la existencia de las situaciones de Derecho que generan, modifican o extinguen obligaciones para los involucrados. En ambos casos, consideran como elementos esenciales (de existencia) del acto/negocio jurídico al *objeto* y el *consentimiento*, considerando también el elemento de las solemnidades que revisten actos jurídicos especiales. A nuestro criterio, debe decirse que el tercer elemento es el *sujeto*, siguiendo a Galindo

1.2.1.1 Sujetos.-

Los sujetos que intervienen para la realización del acto médico, es de naturaleza similar a los contratos bilaterales, con una serie de salvedades que hacen diferente su relación.

En primer lugar, la calidad específica de uno de los sujetos de la relación en el acto jurídico es de carácter técnico-científico, teniendo el grado de Médico Cirujano o título homólogo para el ejercicio profesional de la Medicina o de alguna rama conexas de las ciencias de la salud, lo que lo hace tener un *escalafón superior de conocimiento* y se reputa con el temple necesario para enfrentar la problemática de salud que requiere el sujeto atendido.

Por otro lado, se encuentra el paciente, de cuya especial situación para acudir al médico lo hace colocarse en un *grado de vulnerabilidad* alto, por necesitar orientación y guía para la prevención, atención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades que pueda estar sufriendo, y por no contar con los conocimientos necesarios para enfrentar su padecimiento solo.

De la descripción anterior, podemos fácilmente describir la disparidad de condiciones en las que se encuentran los sujetos intervinientes en la relación profesional del ejercicio clínico, por lo que equiparar esta situación a un contrato recaería en omitir cuestiones relevantes para el correcto planteamiento de la relación profesional que los une.

Si el artículo 17 del Código Civil para la Ciudad de México prevé la posibilidad de modificar las condiciones para contratar debido al vicio del consentimiento consistente en la *lesión*, de igual forma se debe entender que el acto médico no es únicamente una relación contractual para la prestación de servicio profesional; sino que consiste en algo mucho más profundo, una relación de vulnerabilidad y de supremacía por el escalafón de conocimiento y del poder de decisión en los que se encuentran cada uno de los integrantes.

Garfías, pues es el origen del consentimiento del que emana la voluntad (“*En la estructura de la relación jurídica encontramos a los sujetos, al objeto y a vínculo obligatorio*”). Al respecto, véase Sánchez Márquez, Ricardo, *Derecho Civil – Parte General, Personas y Familia*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1998, pp. 124 – 126, en contraposición con lo señalado en Ortiz Urquidí, Raúl, *Derecho Civil – Parte General*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1977, pp. 239 – 243, así como lo previsto por Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho Civil: Primer Curso – Parte General. Personas y Familia*, 15ª Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1997, p. 209.

Entre la dogmática jurídico-médica es posible encontrar diversos criterios rectores (regularmente asociados al campo de la bioética, pero que tienen relevancia especial para el campo clínico médico y para las decisiones judiciales), legislaciones, y demás normatividad y principios que dan orientación al galeno sobre el modo en que se debe desarrollar el ejercicio de la profesión de la forma más adecuada conforme a los principios y exigencias morales y jurídicas para los profesionistas a los que se dirige.

De este tipo de regulaciones se debe destacar que la relación médico-paciente, como unidad básica de cualquier acto médico, debe ser considerado como eje fundamental de protección de forma recíproca, tanto para el médico, desde el modo en que se circunscribe la esfera de facultades con las que cuenta y obligaciones a las que se constriñe, y por el otro lado, como el estándar mínimo de garantías que deben ser protegidas por el galeno en favor de la persona atendida por el profesional de la salud.

Es necesario señalar que este acto médico no reviste una forma de contrato en particular a causa de que, de lo señalado con anterioridad, se puede indagar que incluso pueden vulnerarse derechos humanos en el ejercicio profesional; esta situación hace que los intervinientes deban tener una protección mucho más amplia que la de la simple relación contractual, puesto que de su ejercicio profesional se puede dañar de forma significativa la salud y la vida y/o calidad de vida de las personas involucradas.

Al señalar lo anterior, no solo se hace referencia al paciente como víctima del médico, sino también al médico como prestador del servicio profesional, pues muchas ocasiones la previsibilidad del resultado es omitido por el paciente, y tras el mejor desempeño del galeno, los resultados negativos son posibles, sin que sea atribuible directamente algún perjuicio, pero viviéndolo igual.

1.2.1.2 Objeto

El objeto del acto médico se encuentra delimitado por frágiles líneas que separan el ejercicio profesional puro y una exigencia de carácter social y humano que no se puede abandonar durante su realización.

Si concebimos el contenido del objeto del acto médico bajo la teoría contractual clásica, podemos dilucidar la presencia de los tres tipos de objeto que existen en cualquier acto jurídico: el objeto directo, el objeto indirecto y el objeto propiamente dicho.

I. El objeto directo consiste en las consecuencias generadoras de derechos y obligaciones que se establecen entre las partes dentro del acto jurídico a realizar, siendo la creación, transferencia, modificación extinción de obligaciones y derechos de acuerdo con la legislación civil correspondiente (Artículo 1792 del Código Civil para la Ciudad de México y artículos correlacionados).

II. El objeto indirecto es la obligación a la que se constriñen las partes, siendo las de hacer, no hacer, dar; en el caso del acto médico, este objeto se convierte en una obligación difusa, en tanto que adquiere todos los matices dependiendo del caso concreto bajo el cual se encuentra en tratamiento médico, pues la respuesta no es la misma en todos y cada uno de los casos.

III. En el caso del objeto en sí mismo, no lo constituye ningún objeto físico, sino la prestación del servicio médico en sí. Dado que la prestación del servicio médico es una técnica, una disciplina, un arte y una profesión consistente en poner a disposición de todos los elementos técnicos y científicos al paciente con el fin de salvaguardar la vida y salud de las personas, reviste una forma de objeto especial muy distinto a los contemplados en la doctrina.

Es un objeto de naturaleza compleja que no puede ser analizado al tenor de las conceptualizaciones clásicas del objeto del Derecho Civil, en tanto que no puede regularse de igual manera como si fuera una cosa física, un bien mueble o inmueble que pueda ser manipulado o tratado, sino únicamente de acuerdo a sus múltiples aristas y variantes, y con la profundidad debida (máxime que en él se advierte que se trabaja con la salud y la vida de las personas de acuerdo a un caso concreto).

Analizarlo conforme a la naturaleza de cualquier bien lo colocaría en una situación de erroneidad epistemológica, pues para poder acercarnos al conocimiento del objeto, requerimos verlo en todas sus dimensiones:

Si, como señalara en su oportunidad Edmund Husserl, para poder estar en aptitud de comprender a cabalidad el objeto de estudio completo, se requiere verlo a través de sus múltiples ópticas y facetas⁷, entonces, para no viciar el camino gnoseológico a seguir en la materia médica, se debe alejar y desprender la visión de que el acto médico es un contrato civil, para darle una categoría completamente diferente, dadas las especiales características que constriñen su campo de estudio.

1.2.1.3 Consentimiento.-

En el acto médico, el consentimiento como elemento de existencia del acto jurídico médico adquiere una relevancia mucho mayor que en cualquier otro tipo de acto jurídico genérico, pues dependiendo de su otorgamiento o ausencia de éste se pueden erigir imputaciones civiles, administrativas o penales, o establecer líneas de justificación en el modo en que se realiza el ejercicio profesional médico; razón por la cual no puede ser equiparado a un contrato civil únicamente, sino que adquiere una autonomía mucho mayor por el objeto del acto médico.

El consentimiento del acto médico se conoce en la legislación y en la jurisprudencia como *Consentimiento Informado*, para cuyo efecto se transcribe el contenido de la Ley General de Salud respecto a este tópico para su conceptualización:

“Artículo 77 bis 37.- Los beneficiarios tendrán los siguientes derechos

...IX. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos...”;

En esta cita, se observa que un derecho subjetivo público con el que cuenta el gobernado consiste justamente en la capacidad para decidir sobre su situación jurídica frente al médico, aceptando o negando la recomendación sugerida por el galeno para someterse a un tratamiento o procedimiento determinado: es ese poder de decisión el que le dota de facultades para realizar una consulta a diverso profesionalista para verificar su condición de

⁷ Al respecto, véase lo señalado por Husserl: “*La subjetividad no crea al mundo, sino que produce unidades objetivas a través de una constante actividad de síntesis en el devenir temporal de la conciencia misma*”. Husserl, Edmund, *La idea de la Fenomenología*, Trad. Escudero, Jesús Adrián, Editorial Herder, España, 2011. p. 13.

salud, así como las consecuencias que implicaría el someterse a las indicaciones del profesionista.

Así mismo, para darle mayor connotación al significado y la importancia del consentimiento informado para la realización del acto médico, observemos lo que señala el siguiente criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismo que nos da una guía orientativa:

“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”⁸.*

De donde advertimos la posibilidad de que el acto médico considere alcances, riesgos expresos, riesgos implícitos, consecuencias de vivir la intervención médica, y otro tipo de circunstancias que ponen en relieve las opciones que tiene el paciente para afrontar el problema de salud que tenga, para que puedan ser comparadas y aceptadas o asumidas por el paciente.

Podemos señalar que, si bien, estas características algunos dogmáticos los engloban dentro de las características de las relaciones contractuales, para este investigador no es viable verlo así, toda vez que el criterio sobre el cual se erige esta investigación parte desde la clasificación del acto jurídico en general.

Por ello, es menester hacer hincapié en el hecho de que la relación del ejercicio profesional, como parte integrante de las relaciones contractuales en el Derecho Civil mexicano (Artículos 2606 y subsecuentes del Código Civil para

⁸ Tesis 1a. XLIII/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, Agosto de 2012, p. 478.

la Ciudad de México y su respectivo capítulo análogo en el Código Civil Federal), adquiere otra dimensión más profunda en el campo médico, llegando a tener particularidades más precisas que el del simple contrato, y que involucran temas de Derechos Humanos dentro de la relación bilateral (la salud en sí misma es uno de ellos): razón por la que debe ser conceptualizado como un acto jurídico independiente y autónomo.

1.2.2 Fuentes del Derecho Médico

Aunado a lo anterior, advertimos previamente que el Derecho Médico cuenta con fuentes diversas para la realización de su fin: nos referimos a las *Fuentes del Derecho Médico*. Estas fuentes, similares a las fuentes del Derecho en general, tienen un alcance distinto a las que podría tener cualquier otra rama del Derecho, pues, para ella, existe una fuente particular y especial que no es susceptible de ser incluida de esta manera en ninguna otra rama, y esta íntimamente vinculada con una institución del Derecho Civil que le complementa.

Para ahondar sobre ello, y rescatando lo que se debe entender por fuente, se utiliza la definición clásica de Eduardo García Maynez, que señala la definición de fuente⁹:

“El término fuente –escribe Claude Du Pasquier- crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra: de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho”.

De la anterior definición se observa que, para indagar sobre la última razón de la existencia de una disposición jurídica, se debe explorar, a manera de analogía, el cruce del río hasta encontrar el origen de donde emana; por lo que es ilustrativo en torno a la explicación que se vierte en este tópico.

Para dar continuidad a las ideas previas que robustecen las fuentes del Derecho Médico, se enlistan las que se han considerado como fuentes clásicas por la dogmática jurídica¹⁰:

⁹ García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 65ª Ed., 3ª Reimpresión, Editorial Porrúa, México 2015, p. 53.

- a) Reales.- Son aquellas circunstancias fácticas que van motivando la generación del Derecho, ya sea por su aplicación continua, practicidad, o mayoría de razón que van pugnando la concepción de principios para normar algo en la sociedad. Dentro de este tipo de fuentes encontramos a la costumbre.
- b) Formales.- Son aquellas fuentes que generan al Derecho como sistema de normas, mismas que son emitidas con los requisitos de validez por la autoridad legitimada para generar convicción general de su acatamiento y su inherente coercitividad, derivado del proceso legislativo instituido en cada entidad para su creación.

Dentro de las fuentes formales podemos destacar a la Ley, con su proceso legislativo para la creación del Derecho, la Jurisprudencia, como el criterio del máximo órgano de justicia de una nación o entidad para la resolución de casos.

- c) Sociales (o Costumbre)¹¹.- A través de los cambios y movimientos sociales, los integrantes de la sociedad, en su rol de participación activa, incentivan la creación de disposiciones jurídicas de carácter obligatorio en medida de que existen necesidades sociales que cubrir, tendientes a resolver dichas problemáticas con naturaleza política, económica o sociológica.

Estas son las clasificaciones de las fuentes del Derecho en general. No obstante, es necesario señalar que, en la materia médica, existe una fuente más importante y que resulta determinante por contener la norma sustantiva de este tipo de Derecho, y que no es creado a través de las fuentes usuales, sino a través de cuerpos técnicos y de investigación que conlleva esta rama en particular del área que se regula. Por lo que debe ser señalada como la fuente más importante: la Lex Artis como fuente originaria del Derecho Médico.

¹⁰ En referencia a lo anterior, el citado García Maynez también reconoce las fuentes históricas del Derecho, como “*documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes*”. Sin embargo, para efectos de esta investigación, solo daremos prioridad de estudio a las otras dos, en virtud de la practicidad, pues si bien, este investigador no desconoce el hecho de que se pueda recurrir a la *Antropología Médica e Historia de la Medicina* como fuentes directas de las prácticas comunes que los profesionales de la salud utilizan actualmente, este objetivo superaría el objeto de la presente investigación. Para ahondar sobre el tema de las fuentes, véase *Ibid.*, p. 53.

¹¹ Así lo denomina García Maynez en su obra. Véase *Ibidem.*, pp. 62 – 68.

1.2.3 Lex Artis en materia médica, o *Lex Artis Médica*

La Lex Artis en materia médica (en lo sucesivo, *Lex Artis Médica* por cuestiones prácticas) es una fuente especial del Derecho Médico, por ser un criterio para la toma de decisiones judiciales que se encuentra íntimamente relacionada con aspectos ajenos al Derecho, dada la interdisciplinariedad que acarrea el regular materias ajenas al campo jurídico.

Para ahondar más al respecto, obsérvese la forma en que se encuentra regulado en la jurisprudencia mexicana para apreciar el contenido de la *Lex Artis*:

“LEX ARTIS AD HOC. SU CONCEPTO EN MATERIA MÉDICA.

*La medicina no es una ciencia exacta, por lo que no puede pronosticar ni asegurar resultados favorables en todos los casos, dado que hay limitaciones propias del profesional en la interpretación de los hechos, como cuando el cuadro clínico no se manifiesta completamente, el paciente no comprende los riesgos y beneficios de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, o entrega información incompleta de sus síntomas; además, las circunstancias en que se da una relación clínica pueden limitar la certeza del diagnóstico y la eficacia de medidas terapéuticas. En estas condiciones, dada la gran variabilidad y complejidad que rodean a una condición clínica concreta, algunas dependientes del profesional, otras de las condiciones particulares del paciente, de los recursos o infraestructura que se disponga y, finalmente, por las circunstancias que la rodean, es imposible aplicar la misma normativa en todos los casos, sino que éstas deben adecuarse al caso concreto. Por tanto, puede decirse que la **lex artis ad hoc es un concepto jurídico** indeterminado que debe establecerse en cada caso, en el que el médico, a través de un proceso de deliberación, aplica las medidas con prudencia a la situación clínica concreta y en la medida de las condiciones reinantes. En la órbita del derecho comparado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español ha delineado paulatinamente el referido término hasta definirlo como **"aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico 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 en 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** (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)."*¹²

De donde se aprecia que una de las condiciones necesarias para que la Lex Artis sea considerada como tal en cuestiones médicas, debe involucrar implícitamente algún conocimiento técnico muy específico, conteniendo con ello también técnicas y destrezas, lo que hace tan propio para ser entendido a la luz de las reglas establecidas en aquella disciplina donde se estudia, por traer aparejada una consecuencia en su praxis.

Siguiendo esa línea, existe un criterio análogo donde describe con mayor detenimiento el contenido de la *Lex Artis Médica*, señalando, en lo sustancial, lo siguiente:

“RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO LEX ARTIS PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN.

*De los artículos 9o. del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y 2o., fracciones XIV y XV, del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se advierte que la lex artis médica o "estado del arte médico", es **el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico, en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptados por sus pares.** Esto es, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de esas normas, procedimientos y conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada,*

¹² Tesis: I.4o.A.92 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1819. El resalte es propio para efectos didácticos.

comprometiéndose únicamente a emplear todos los recursos que tengan a su disposición, sin garantizar un resultado final curativo. Lo contrario supondría que cualquier persona, por el simple hecho de someterse a un tratamiento, cualquiera que éste sea, tendría asegurado, por lo menos, una indemnización por responsabilidad profesional en el supuesto de que el resultado obtenido no fuera el pretendido, por lo que es necesario romper, en ocasiones, la presumida relación de causalidad entre la no consecución del resultado pretendido, es decir, el restablecimiento de la salud del paciente y la actuación negligente o irresponsable del médico, puesto que, además, no son pocos los casos en que las consecuencias dañosas producidas tienen su origen, no en la asistencia prestada por éste, contraria a la lex artis, sino en las patologías previas y a menudo gravísimas que presentan los pacientes”¹³.

De las anteriores definiciones que provee el Tribunal Supremo de Justicia en el Estado Mexicano, podemos advertir las siguientes connotaciones que nos darán la pauta de lo que significa la lex artis médica:

1. En primer lugar, es de destacar que es una norma de aplicación casuística; por lo que, a diferencia de la norma plasmada por el legislador, es una norma cambiante conforme a cada caso concreto particular.
2. Esta variabilidad en el cambio de norma no deriva de un capricho o por ausencia del legislador para normar conforme a los principios de taxatividad o de interpretación de la norma: radica en que la variabilidad de la aplicación de la norma o de la inaplicación se califica por virtud de la especial condición técnica que reviste el ejercicio de lo que se encuentra sujeto a dictaminación;
3. Dada la confluencia de variables independientes y dependientes que construyen la especial situación sobre la cual el profesionista se debe desenvolver, no existe una viabilidad en la seguridad del resultado, llegando a convertirse en una acotación importante por no ser de naturaleza lógica al Derecho, y que debe atenderse conforme a los

¹³ Tesis: I.4o.A.91 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, Octubre de 2013, p. 1891.

medios ejecutados y no así conforme a fines o resultados, debiéndose tomar en cuenta para analizar cualquier acto médico.

Para respaldar lo anterior, considérese el siguiente criterio que emite el Tribunal Colegiado de Circuito en materia Civil del Primer Circuito para su ejemplificación:

“RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN 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”¹⁴.

Del anterior criterio se observa que el profesionista no se puede obligar a obtener resultados concretos en cuestiones que traen aparejado un contexto complejo que no permiten su consecución: por ello, en este tipo de casos debe atenderse específicamente a la línea valorativa en torno a los medios, por encima de los resultados, y cotejado en todo momento en lo sugerido en la doctrina.

Por lo que se debe considerar en otra esfera el ejercicio del acto médico, a la par del acto jurídico, muy ajeno a la concepción clásica del ejercicio profesional como un contrato civil, y concibiéndole como un acto completo que debe ser clasificado por su propia y especial naturaleza, al tenor de lo expuesto.

Por otra parte, para la integración de la *Lex Artis Médica* (que, como ya acotamos, consisten en una serie de técnicas, recomendaciones, prácticas y fundamentos teóricos que se proveen para el ejercicio del arte de la ciencia que se trata), se debe integrar por la bibliografía especializada, por las reglas de la lógica y de la experiencia, de los avances científicos que puedan ser considerados para el ejercicio de la rama del conocimiento a la que se trata, de la meditación del arte hasta su culminación en las prácticas más elevadas y en una serie de consideraciones añadidas a la propia necesidad del arte de la Medicina de ser practicada con los mejores estándares.

¹⁴ Tesis I.4o.C.329 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. V Enero de 2012, p. 4605.

Toda esta actividad integradora genera, en suma, una serie de procesos, criterios, principios y prácticas que nos ayudan a diferenciar las diversas actividades dentro del campo profesional entre lo que se reputa como bueno y lo que se reputa como malo entre el mismo círculo de profesionistas: situaciones que son valoradas al tenor de los mejores resultados, de la efectividad, eficiencia y eficacia de los métodos, de la cultura de la prevención, de aptitudes y capacidades para el enfrentamiento de los problemas más complejos del arte del que se trate, lo que nos da un sentido general de cualquier profesionista frente a una misma cuestión.

Por ello, solo las personas que entienden el arte de la materia se encuentran en aptitud de dar las directrices de lo correcto o lo incorrecto de acuerdo a lo que mejor se interprete del ejercicio profesional, y considerar, bajo ese enfoque, el aspecto jurídico de las consecuencias derivadas de esos actos. Los médicos, por lo tanto, se encuentran sometidos de forma preponderante más al fondo de las reglas de su profesión, de la *Lex Artis Médica*, que de cualquier otra normatividad regulatoria.

Esta fuente del Derecho Médico en particular es la que va moldeando de forma definitiva los criterios a seguir y los que se estiman como los correctos ante los ojos de cualquier profesionista dentro del arte de la medicina; por lo que sus resoluciones constituyen propiamente el fondo de la rama del Derecho Médico.

Si existe un derecho sustantivo y un derecho procesal dentro de esta rama, se debe indicar que los resultados de la compilación del ejercicio integrador de criterios y opiniones médicos constituirá en sí mismo el derecho sustantivo del Derecho Médico, pues son únicamente los profesionistas dedicados a esta rama del conocimiento los capaces para visualizar, con fundamentos, proyecciones, estimaciones y experiencias, la médula de esta materia del Derecho, por conocer mejor que nadie lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la aplicación y resolución de casos concretos en la práctica clínica.

A manera de comentario, deben instituirse (como una de las fuentes formales del Derecho Médico) cuerpos colegiados de galenos a nivel nacional

que se encuentren en constante actualización para los criterios de la doctrina médica, y que den directrices en criterios médicos, sin que para ello deban requerir tantos actos sacramentales para el cambio actualización de las mejores prácticas recomendadas al nivel nacional, pues en la actualidad el único acto regulador en la legislación mexicana se encuentra supeditado a las publicaciones de:

a) Las Normas Oficiales Mexicanas emitidas y aprobadas por el Consejo Nacional de Salubridad por conducto del cuerpo colegiado integrado por representantes de la Secretaría de Salud Federal y demás personas relacionadas de las Secretarías de Estado que deben intervenir, en virtud de lo que preceptúa la Ley Federal de Metrología y Normalización; o en su defecto:

b) Las Guías de Práctica Clínica, emitidas por el cúmulo de observaciones realizadas por la Secretaría de Salud en conjunción con el Instituto Mexicano del Seguro Social, y Instituto de Seguridad y Servicios de los Trabajadores al Servicio del Estado, así como otros entes de salubridad general de la Nación (Secretaría de Salud, ISEMyM, etc.) para la observación de las mejores prácticas clínicas recomendadas.

En su caso, se podría argüir directamente que lo que emana de la doctrina médica, de la experimentación, de los comprobados avances tecnológicos útiles a la rama y de las experiencias fácticas en los galenos tiene mucho mayor peso que aquellas, por ser lo que efectivamente se aplica, por ser lo que vale en el campo clínico.

Sin embargo, la mayor de las ocasiones, deben ser combatidas hasta las instancias judiciales dentro del juicio civil o penal, pues si no tiene un soporte jurídico lo suficientemente fuerte para que las prácticas sean representativas por sí, siempre serán motivo de reproche en caso de resultados negativos en perjuicio de la salud del paciente.

El problema de concebir la actualización de las prácticas médicas más recomendadas y actualizadas en la praxis médica bajo este esquema es que su actualización y complementación se realiza cada cinco años, en virtud de que es el único lapso disponible para la reunión de los profesionistas en materia médica designados por las secretarías de estado para tal fin, lo que

genera un lastre en la ley del arte general con respecto a los avances médicos, que innovan con una rapidez mucho más amplia que con la que se mueve el Derecho, llegando a ser un lastre para la resolución de casos clínicos conforme a criterios superados.

Esta situación ha incomodado y perjudicado a los operadores de la clínica médica en más de una ocasión; razón por la que su rechazo es más que justificado, cuando día con día se realizan avances científicos y tecnológicos que revolucionan la materia médica.

Por todas estas razones, se debe concebir al Derecho Médico como la rama autónoma que es, dadas sus principales características y su regulación específica que hacen que tenga una dimensión completamente diferente a la de cualquier acto jurídico común, y en la que inciden distintos tipos de regulaciones que se tratarán más adelante.

Con lo anteriormente expuesto, se puede señalar claramente la diferencia entre el Derecho Médico y el Derecho Sanitario, y su íntima relación por tener como común denominador al conocimiento proveniente de las ciencias de la salud; pero altamente especificadas y limitadas: en el Derecho Sanitario, con regulaciones administrativas y coactivas para la disminución del riesgo sanitario, y en el Derecho Médico con una regulación de la actividad del galeno de fondo, incluyendo resoluciones ajenas al Derecho que tiene como principal fundamento a la Ciencia y la Tecnología como medios de acceso a las mejores técnicas y prácticas para enfrentar el problema de mediar a la vida y la muerte de los pacientes con las mejores herramientas, y sus respectivas responsabilidades y consecuencias.

No obstante, aún debe señalarse una práctica propiamente forense, relativa a la aplicación del Derecho que tiene cabida especialmente en los juicios civiles y penales de responsabilidad médica, y que dada la colaboración e interdisciplinariedad entre médicos y abogados, ha aparecido en boga en los últimos años: la presencia de los actos tendientes a la *Medicina Defensiva*, como una serie de conocimientos y estrategias tendientes a disfrazar y ocultar - ante el foro jurídico- el conocimiento de la verdad y de las consecuencias negativas en pro o en contra de los clientes que tengan relación con las áreas

de la salud, y que, en conjunción denigran a ambos campos de aplicación del Derecho y de la Medicina por las artimañas que usan en perjuicio de la justicia, y a favor de intereses particulares.

1.3. Sobre la Medicina Defensiva

Vista la diferencia sustancial entre las ramas del Derecho que tienen común denominador en las ciencias de la salud y que se mezclan en la legislación, es momento de diferenciar a su vez estas dos de una serie de prácticas reprochables dentro de la actividad judicial que les relacionan, pero que no tienen que reincidir en su aplicación.

La *Medicina Defensiva* como concepto nos permite circunscribir a una serie de prácticas forenses tendientes a burlar la justicia, realizando actos estimados como desleales al comportamiento de las partes en tribunales, a partir del aprovechamiento de los conocimientos técnicos periciales que permitan tergiversar la verdad, y con ello, aventajar a alguna de las partes en la relación procesal.

Y es que para los entendidos de la Medicina podrá resultarles sencillo tratar de pasar por alto las prácticas que el Derecho exige cuando les toca intervenir en procesos judiciales y se arriba al conocimiento técnico que manejan, por el simple hecho de que el profesionalista en Derecho no cuenta con la misma disposición para aprehender, comprender y manejar las dinámicas sobre las cuales se basa la *Lex Artis Médica*; lo que abre un campo amplio para manejar y moldear la verdad al tenor de lo que resulte más benéfico para la parte más adiestrada en el tema.

Por ello, podemos definir a la *Medicina Defensiva*, a partir del **criterio personal del investigador** con base a las observaciones realizadas anteriormente, como:

“la serie de prácticas, estrategias y proyecciones jurídicas consistentes en el desvirtuamiento de la verdad (a través de los tecnicismos médicos), propias del campo forense y la aplicación del Derecho, mismas que deben estimarse desleales de acuerdo al principio de lealtad procesal, aplicados en aras de obtener un beneficio para alguna de las partes de una relación procesal judicial”.

Dentro del campo de actividades jurídicas, la realización de periciales para el acercamiento del conocimiento y la dilucidación de la verdad son elementales para poder tener el panorama fáctico completo, y así resolver sobre las controversias planteadas a estudio.

Sin embargo, la manipulación de la verdad no siempre puede ser resuelta a la luz de lo que el aspecto técnico refleje; aunado a ello, si bien la legislación procesal prevé la posibilidad de llevar a cabo un tercer dictamen que pueda dilucidar la diferencia entre colitigantes que manejen el mismo lenguaje técnico con la conocida figura del *perito tercero en discordia*, la realidad es que, como sentimiento de pertenencia al gremio, se pueden llegar a establecer redes de defensa entre los mismos gremios, ya sea para favorecer a un grupo o a otro en la aplicación correcta del Derecho.

Naturalmente y por regla general, un colega médico se sentirá más respaldado y en confianza con otro colega médico antes de tener esa apertura con un abogado (los dos principales actores de la interdisciplinariedad en estudio), y viceversa con el caso del abogado. Y aunque esta lógica responde a una reacción puramente intuitiva del proceso empático que realiza cualquier persona, la realidad es que no siempre es benéfico ese sentir, pues dentro de un proceso judicial, se debe de tener cercanía con los principios del proceso y con el conocedor de la materia con la cual se resuelve el fondo del asunto controvertido, y tanto la asesoría del profesional técnico como del operador jurídico -como binomio- será siempre determinante.

Por ello, al momento en que, entre personas del mismo gremio, se realizan actos de encubrimiento a favor de alguna de las partes so pretexto de la superioridad del gremio, y en virtud de una notoria incapacidad para comprender su lenguaje técnico médico por parte de los operadores jurídicos, se evidencia una falta total de aptitud y de igualdad procesal entre las partes.

Este tipo de conductas no son precisamente comunes en tribunales, pues el perito tercero en discordia ayuda a mediar dicha situación (con la salvedad de que ellos, la mayor de las veces se encuentran influenciados por motivos económicos o de otro tipo de retribución distinta al pago de honorarios a los que tiene derecho); pero en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, dicha

historia es distinta, pues es la instancia donde los médicos resuelven, en vía administrativa y ante los mismos médicos (de diferente adscripción), las controversias sobre el ejercicio de la Medicina.

Por eso, para determinar con precisión qué entendemos por lealtad procesal, nos serviremos de criterio rector el publicado en el Semanario Judicial de la Federación, que a continuación se transcribe:

“LEALTAD PROCESAL. ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN.

Los principios de buena fe y de lealtad y probidad procesales deben basarse en la búsqueda de la verdad, tanto en relación con el derecho que se pretende, como en la forma en que se aplica o se sigue para conseguirlo. Así, dentro de la buena fe están los deberes específicos de exponer los hechos con veracidad, no ofrecer pruebas inútiles o innecesarias, no omitir o alterar maliciosamente los hechos esenciales a la causa y no obstaculizar ostensible y reiteradamente el desenvolvimiento normal del proceso. Por su parte, el principio de lealtad y probidad se conforma por el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, entre otros), consistente en el deber de ser veraces y proceder con ética profesional, para hacer posible el descubrimiento de la verdad. Esto es, la lealtad procesal es consecuencia de la buena fe y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada e, inclusive, las inmoralidades de todo orden; de ahí que no puede darse crédito a la conducta de las partes que no refleja una lealtad al proceso”¹⁵.

De lo anteriormente transcrito, es posible mencionar los elementos que constituyen la lealtad procesal, así como vislumbrar en qué momento puede existir un quebrantamiento a este principio (en una interpretación a *contrario sensu*); lo que nos da la pauta clara para poder interpretar lo que debe ser correcto en la actuación de las partes procesales.

Este principio se ve quebrantado cuando los conocimientos técnicos (inaccesibles para la mayor parte de los operadores jurídicos) materia del asunto en controversias relativas al ejercicio profesional médico, tergiversan la

realidad para ofrecer una variación de la realidad con fundamento en un tecnicismo específico aplicable para generar ambigüedades en las versiones posibles de la historia fáctica, y que puedan ser determinantes para la realización de una imputación, para una exoneración de responsabilidades o de una asignación de una carga procesal u obligación civil derivada de actos ilícitos.

De esta situación nace la necesidad de establecer la existencia de esta serie de prácticas para faltar o falsear a la verdad sean evidenciadas de conformidad con lo que señala la Lex Artis y los lineamientos procesales, logrando un equilibrio armónico de la interdisciplinariedad que se requiere en este tipo de casos especiales a la técnica jurídica habitual.

Un tecnicismo en el modo de entender la historia puede ser lo único que se requiera para que la lectura del caso médico cambie completamente de versión y de consecuencias jurídicas a aplicar.

Derivado de lo anterior, estamos prevenidos del contenido fáctico y jurídico que caracteriza al Derecho Médico, diferenciándolo por lo tanto de la rama más cercana que le genera confusión a menudo (Derecho Sanitario), y evitamos confundirlo con una práctica usual que tiene relación íntima con la aplicación forense de la Medicina y el Derecho (Medicina Defensiva).

De acuerdo a esto, contamos ahora con mayores elementos para estudiar propiamente la materia médica en sus fundamentos, su evolución con respecto a la normatividad jurídica, y su actual contacto y desenvolvimiento en relación con el sistema jurídico mexicano; por lo que procederemos a estudiar de forma diversa el resto de características del Derecho Médico para finalmente, abarcarlo de una forma relacionada con el Derecho Penal en un primer momento, y con la culpabilidad en un momento más específico.

¹⁵ Tesis: XI.1o.A.T. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima

Capítulo 2

Derecho Penal en materia médica

Una vez que se han diferenciado los límites del Derecho Médico, es preciso reflexionar en torno al origen evolutivo de la regulación de la materia médica a lo largo de la historia, para poder apreciar con detalle el modo en que se regula actualmente en la Ciudad de México, lugar donde se desarrolla la presente investigación.

Al ser un aspecto importante que nos da contexto y permite saber el comienzo de la regulación de una actividad que no siempre fue vista como una profesión a lo largo de los años, es necesario analizar el proceso histórico que atravesó la actividad médica para obtener el marco de regulación actual, por lo que se abordará desde un paralelismo a la evolución histórica de la regulación penal para obtener claves de la concepción actual del Derecho Médico, así como facilidades para comprender su interacción entre ambos campos.

Posterior a ello, se hará un análisis de diversas instituciones que logran desentrañar la naturaleza de la imputación en materia médica, y que dejan en relieve el contexto completo de la actualidad del Derecho Médico, incluyendo sus puntos de contacto con otras ramas que lo regulan, como lo son el Derecho Administrativo, el Derecho Civil y el Derecho Penal, para, finalmente, poder desembocar completamente en éste el sentido de la investigación, de acuerdo a la Teoría del Delito.

2.1. Antecedentes evolutivos en la dogmática jurídico-penal sobre la Medicina

El Derecho Penal se ha encargado de regular diversas conductas a lo largo de su existencia para evitar la concurrencia de resultados indeseados en la sociedad. En efecto, es posible observar, dentro de los avances de la historia humana, los diversos modos en que el Derecho funge como mediador del uso del poder son determinantes para la realización de ciertos actos históricos; o en su defecto, como en su ausencia, se pugna por ellos para su establecimiento.

Esta situación no ha eximido a la Medicina de tener una regulación concreta conforme a cada momento en el que se vino desarrollando el Derecho

y, paralelamente, la praxis médica. Por lo que todos y cada uno de los elementos que han sido susceptibles de regulación han encontrado cabida en la legislación de un modo u otro: a veces más trascendental, o a veces más laxo; pero siempre regulado.

En las diversas épocas del Derecho Penal, podemos encontrar distintas formas en cómo la sociedad ha desarrollado un esquema de impartición de justicia para la solución de problemas jurídico-penales (entendiéndose por ellos a las conductas más aberrantes para una sociedad en concreto y su respectiva consecuencia jurídica), pudiendo encontrar entre estas soluciones la aplicación de diversos castigos conforme a la época penal que se vivía en el caso en concreto.

Es de destacar la existencia de una evolución histórica del Derecho Penal en general, y con ello, un avance en la técnica legislativa y jurídica para controlar la conducta social. A la par de este desarrollo, se iba contemplando de forma diversa el ejercicio de la Medicina como campo de conocimiento humano, mismo que tuvo un reconocimiento de su aplicación desde Hipócrates como padre de la Medicina, hasta los médicos cirujanos y demás profesionales de la salud que existen e intervienen activamente en el cuidado de la salud en nuestros días.

Como cada época tuvo condiciones particulares en su concepción, regulación, aplicación y castigo en tópicos sobre la normatividad médica, es preciso señalar la existencia de los procesos del Derecho Penal y de la Medicina en general de forma paralela, para ir contemplando, conforme al avance de la primera, el desenvolvimiento de la segunda en la ley y la normatividad vigente en aquellos días para terminar de visualizar las condiciones concretas en las que nos encontramos.

El desarrollo histórico del Derecho Penal ha tenido diversos puntos de inflexión a lo largo de la historia: Muchos de esos puntos simbólicos en el devenir de la sociedad involucran cambios de fondo en la persecución de delitos. Algunas de las etapas traen consigo el desarrollo de distintos tipos de consecuencias al generador del acto penalmente relevante en el plano fáctico y/o jurídico. Estas etapas son:

2.1.1 Venganza Privada:

También puede llamársele la etapa de la *Ley del Tali3n* (“ojo por ojo”, traducido en el aforismo “tal que me haces, tal que te hago”). Esta forma de perseguir el delito, que involucra de forma natural el uso de la justicia en mano propia, ha sido característica de los pobladores con mayor rezago acad3mico en la aplicaci3n de directrices sobre la punici3n de los actos aberrantes. Puede decirse que impera en cualquier civilizaci3n donde se encuentra en un estado de naturaleza, o lo m3s pr3ximo a ello.

Consiste en la regla de devolver lo mismo que se recibió, generar el mismo daño causado a la persona que lo generó, y buscar una *vendetta* personal hasta tener por satisfecho su deseo pasional de retribuir lo mismo que se le provocó (de ah3 su nombre, *ojo por ojo, diente por diente*).

Evidentemente, como forma de buscar la justicia ha sido un verdadero abuso arbitrario por parte de particulares en la presunta b3squeda de justicia, pues con este pretexto, se provocaron daños cada vez mayores en la aplicaci3n de la pena o castigo, que se convirti3 en una actividad desmedida en el ejercicio del poder para castigar, que en ning3n sentido beneficiaba a ninguna de las partes; y que, adem3s, lejos de saciar la sed de venganza, motivaba con mayor amplitud el esquema encarnecedor de verdugo para as3 involucrarse en una historia de nunca acabar, trascendiendo inclusive con personas ajenas al conflicto original.

Para efectos de regular de mejor manera el problema de la venganza privada, el primer c3digo penal conocido en la historia de la humanidad, el C3digo del Rey Hammurabbi, señal3 una serie de criterios que servir3an como gu3a en la aplicaci3n de penas a los s3bditos que se colocaran en la hip3tesis motivo de la infracci3n y/o delito. Por ser este C3digo de Hammurabbi muy rudimentario en su redacci3n y prevenci3n, se requiere ser estudiado conforme a su contexto y momento hist3rico concretos, por lo que se debe considerar que se prev3n situaciones civiles y penales por igual, sin que ello sea t3cnicamente correcto en la cuesti3n legislativa.

Para ejemplificar lo anterior, se señalar3 como se regulaba en aquellos tiempos el ejercicio de la medicina, haciendo cita textual de lo que seña la

Ley 218, por ser completamente aplicable a lo que involucra el Derecho Médico, y la materia de su regulación:

“Ley 218: Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos.”

Desde aquellos momentos, se puede apreciar ya la aparición de normas que tendían a regular la actividad del médico en aquellas situaciones que involucraran un abuso en ejercicio de su investidura. El recibir como pena el corte de sus manos es en sí mismo un ejemplo claro de que, a la par de que iba evolucionando el Derecho Penal, también lo hacía el modo de regular el ejercicio de la Medicina (que, si bien practicada empíricamente en un grado incipiente, y posteriormente confundida con los alquimistas y los peluqueros en la Edad Media, ya era conocida desde los griegos –Hipócrates es claro ejemplo de ello-) en los tiempos remotos.

2.1.2 Venganza familiar:

Una vez que se contextualizó la forma en cómo se impartía justicia por mano propia entre personas con la ley del Talión, debemos señalar a la venganza familiar como el siguiente escalafón en la aplicación del poder punitivo, pues los antecedentes familiares fueron generando rivalidades sociales entre los habitantes de las comunidades, y, en consecuencia, buscaron imponer la razón familiar por la fuerza y la violencia frente a otro criterio familiar, convirtiéndose en una suerte de riñas familiares grandes que se defendían bajo la idea de una búsqueda de la justicia por eventos anteriores a ellos, o que se encontraba relacionado con algún familiar de la comunidad.

Dado que permanecía la falta de proporcionalidad en el ejercicio del poder punitivo, y dado que estas problemáticas continuaban trascendiendo entre los particulares que tenían un problema de carácter penal, esta forma de resolver los conflictos poco logró con respecto a su antecesor mecanismo, y continuó proliferando y alentando la justicia por mano propia, lo que trajo consigo un sinnúmero de abusos a lo largo de la historia.

No fue sino hasta que existió una regulación externa a los núcleos familiares que se encontró un poco más de justicia en la emisión de criterios para impartir

justicia, sin embargo, aún debía vigilarse que se emitieran sin un dogma particular para que pudiera avanzar dicha búsqueda de justicia.

2.1.3 Persecución religiosa

A partir de que la iglesia comenzó a tener un impacto en la vida pública (a grado tal de establecer los ejes de la convivencia social para mediar con el estado de naturaleza), se comenzó a acopiar el poder político y jurídico para la realización de ejecuciones de penas de forma pública. Tuvo su principal impacto en la Baja Edad Media.

Es posible observar como, a través de distintas bulas papales, la Iglesia se encargó de la persecución de delitos de forma arbitraria, empezando a trazar con ello ciertas directrices en los procedimientos de persecución en contra de los traidores a la Iglesia, blasfemos o brujas (dichas directrices, aunque inventadas, daban una idea de cómo debía ser manejada una imputación).

Una de las bulas¹⁶ más representativas para la persecución de delitos de brujería se popularizó a tal extremo que se convertiría en el libro oficial para la persecución de delitos en general, el *Maellus Maleficarum* -o Martillo de las Brujas en su concepción vulgar-, donde se establecieron mecanismos y procedimientos arcaicos para perseguir, combatir y penar un delito de la época como lo fue considerada la brujería.

Este Tratado, si bien adolece de vicios propios de su época (como lo es una concepción muy cerrada sobre la cosmovisión de la vida en torno de lo estrictamente contemplado de la lectura de los libros de la tradición judeo-cristiana y su respectiva confrontación con la realidad en sí misma a la luz de lo expresado literalmente en la *Sagradas Escrituras*), también fue pionera en el establecimiento de reglas concretas para la persecución de delitos que contaron con relativa obligatoriedad, que permitían entender el modo en que se debe realizar una acusación, y los métodos estimados por la Iglesia como correctos para combatir los delitos.

¹⁶ Al respecto, véase la referencia que se hace a la bula papal de Inocencio VIII, contenida en Kramer, Heinrich, y Sprenger, Jacobus, *Maellus Maleficarum (El Martillo de las Brujas)*, Trad. Floreal Maza, Ediciones Orión, Buenos Aires, Argentina, 1975, pp. 4-6.

Dentro de sus apartados también llegó a ser contemplada la actividad médica, que, disfrazada de los primeros esfuerzos químicos y farmacológicos con la actividad alquimista o de brujería propiamente hablando, llegó a especificar sanciones independientes para quien fuera descubierto realizando alguno de estos actos que se estimaban vinculados al rito satánico o que pertenecían a actos contra natura.

Para mayor ejemplificación de ello, sírvase leer la siguiente cita al respecto:

“...Porque éstos [demonios] no tienen poder alguno, salvo cierto arte sutil. Pero un arte no puede producir permanentemente una forma verdadera. (Y cierto autor dice: los que escriben sobre alquimia saben que no existe esperanza de ninguna trasmutación real). Por lo tanto los demonios, por su parte, mediante el uso de lo más selecto de su industria, no pueden producir curaciones permanentes, ni permanentes enfermedades. Pero si tales estados existen, se debe en verdad a otra causa, que puede ser desconocida y que nada tiene que ver con las obras de diablos o brujos...”¹⁷

De donde se aprecia que la cosmovisión cristiana (por referirse a cuestiones relativas a demonios) tiene una influencia simbólica en la reacción social y para el ejercicio del castigo punitivo, al referir que los demonios no tienen poder alguno, más que para aparentar que lo tienen; y, al señalar que los demonios no pueden producir curaciones ni enfermedades permanentes, atribuyen con ello una carga implícita demostrativa para los practicantes de actividades relacionadas con la salud, al tener que demostrar que no tenían alineación con algún ente demoniaco, desvirtuando con ello el ejercicio de las profesiones de la salud.

Es por ello que la actividad médica fue más castigada en este punto de la historia que en tiempos de sus predecesores, al constituirse materialmente y de forma equiparable con una cacería de brujas, con una regla demostrativa mucho más alta y ambigua para el cumplimiento de la creencia teológica como centro del universo, y como un medio de evitar los ritos profanos en los tiempos donde imperaba la Ley Divina.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 8-9.

Por esta razón, al exponer métodos científicos para la resolución de problemas humanos que no eran comprendidos según la fe o el razonamiento promedio de una persona de esa época, los médicos y alquimistas de aquellos tiempos fueron perseguidos como traidores a la fe, bajo la idea de que sus métodos eran un lazo con Satán, un hechizo o brujería, o alguna ideología análoga, por la falta de comprensión de los eventos de la naturaleza. En consecuencia, muchas personas (no solo galenos) fueron procesados y torturados por entender el mundo de manera diferente.

2.1.4 Persecución pública

Desde la instauración del Estado Moderno (producto de ideas como el *Leviatán* de Thomas Hobbes o de *El Contrato Social* de Jean Jacques Rousseau), se cede la facultad de castigar a un ente suprahumano, quién retiene el llamado *ius punendi*, para ser manejado y empleado por la fuerza estatal legitimada (obteniendo con ello el monopolio del poder punitivo en sus manos)¹⁸.

Es a partir de este momento que se conciben y se deben entender el mínimo de garantías a cualquier procesado para que las normas punitivas no sean excesivas en su aplicación a los procesados, y se les respete un debido proceso y un mínimo de derechos para realizar su defensa, llevar en todo caso su proceso y no sufrir más allá de lo permitido en el cumplimiento de su pena.

Todos esos principios son consagrados en la obra de Cessare Bonesana, Marqués de Beccaria, el *Tratado de los Delitos y las Penas*, en contraste con las primeras legislaciones que no contenían ninguna de estas garantías (ej. Código de Hammurabbi).

Posteriormente, en un momento más humanístico, el profesor Francesco Carrara (en su *Programa de Derecho Criminal*) prevé la diferenciación teórica

¹⁸ Al respecto, debe decirse que Luis Rodríguez Manzanera, al señalar el contexto de los precursores de la criminología, hace con ello una referencia importante a la evolución del Estado Moderno, y con ello, a las ideas prominentes que terminaron de fundamentarlo: De lo anterior destaca la presencia de Jean Jaques Rousseau, Cessare Bonesana, y Tomás Moro, quien, en su Utopía, describió de forma primigenia (y antes que Thomas Hobbes) la formación del ente suprahumano para el control social; idea que, más adelante, evolucionaría y sería propuesta como el *Leviathan* de aquel autor. Para verificar el contenido de lo anterior, véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 25ª Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2011, pp. 131 – 212.

de estas garantías en aspectos procesales y sustantivos¹⁹, siendo así que se avanza en un primer momento en la concepción del Derecho Penal como rama del Derecho público, y las implicaciones de su estudio con una sistematización pormenorizada.

Es de destacar el modo en el que está redactado el *Prefacio* de su citada obra, en el cual, señala la importancia del estudio de la rama del Derecho Penal (en su momento, denominada *criminal* por la falta de diferenciación teórica entre palabras), observándose con ello, lo siguiente:

“El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Pero el derecho es congénito al hombre porque fue dado por Dios a la humanidad desde su creación, para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena... El Derecho es libertad. Por lo tanto, la ciencia criminal bien entendida es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los demás, y ayudarlo a librarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones... Y como la represión que defiende el derecho exige que se ejerza la acción de la pena sobre todos los asociados, para que el derecho sea defendido por todos y contra todos, nace de ello una necesidad de contemplar en la pena dos fuerzas (física y moral), correlativas a las fuerzas análogas que encontramos en el delito. Dichas fuerzas, al ser estudiadas en su aspecto abstracto, nos suministran la calidad y la cantidad de las penas; y al ser estudiadas de manera concreta en relación con el individuo al que deben ser aplicadas, rigen la doctrina del grado... De ahí la consecuencia de que todos los preceptos relativos al procedimiento penal, a la competencia, a las formas, al derecho de defensa, a la libertad y plenitud de la discusión, y, en una palabra, a la regularidad de las pruebas y de los pronunciamientos, pertenecen al orden público, pues interesan a todos los ciudadanos y son instrumentos para la protección del Derecho”²⁰.

¹⁹ Puede advertirse, aún desde el modo en cómo se encuentra estructurada su obra, que establecía una diferenciación notoria, con respecto de sus antecesores, entre cuestiones sustantivas y aspectos específicos que eran materia de desglose en particular por referir delitos vigentes de aquél momento, haciendo incluso hincapié en aspectos pertenecientes a cuestiones procesales. Al respecto, véase Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal - Parte General, Tomo I*, 1ª Reimpresión, Trad. Ortega Torres, José J., y Guerrero, José, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. VII – VIII.

²⁰ *Ibidem*. pp. 5, 7, 8.

De donde se aprecia la claridad de sus palabras para dividir diversos tópicos de relevancia para la materia, incluyendo la justificación para la implementación del Derecho Penal, la necesidad del establecimiento de límites en cuanto a la calidad y cantidad de la pena, la valoración del grado de intervención y las cuestiones relativas al procedimiento penal como una clasificación aparte a lo relativo al derecho sustantivo: lo que, en suma, nos muestra el avance teórico de la época.

Más adelante, los teóricos de la Ley Penal y del Delito diferenciarán el resto de los aspectos teóricos y filosóficos que construyen al Derecho Penal Moderno, pero que siguieron de algún modo los peldaños que el maestro de Pisa colocó en la dogmática jurídico-penal.

Una vez que se diferenció con mayor amplitud esta regulación concreta de distintos campos del Derecho y sus alcances, se puede entender de forma distinta la aplicación de un acto médico, mismo que debe contar con todas y cada una de las directrices que cualquier acto jurídico tiene, convirtiéndose ello en un avance en la técnica del Derecho Penal, y, por tanto, también en el resto de las ramas del Derecho conexas que oscilaban en los hechos materia de regulación, como lo es el Derecho Civil.

2.1.5 Interacción histórica de la Medicina con el Derecho Civil

Para finales del siglo XVII, y con el avance teórico alcanzado por la ilustración y los diversos estudios de autores contemporáneos, se logró establecer un cúmulo de doctrinas jurídicas que preveían un aspecto más técnico en el modo de tutelar la hipótesis normativa y su consecuencia jurídica en cualquier rama del Derecho.

Este movimiento, iniciado naturalmente en Francia y cristalizado en su máximo esplendor en los Códigos de Napoleón de finales de siglo XVIII, permiten apreciar con claridad los avances que se desarrollaron en cuanto a la técnica legislativa, convirtiéndose inclusive en una rama de la Teoría del Derecho autónoma –bautizándose a esta corriente como Neoromanismo-.

Ya para finales del siglo XIX, en Alemania comenzaron a diferenciar con precisión entre los delitos y las infracciones (o también llamadas *faltas de policía* por la legislación alemana de ese tiempo), por lo que se establecieron

los pilares finales para determinar la diferencia tajante entre un acto de naturaleza penal, un acto de naturaleza civil y uno de carácter puramente administrativo (al señalarse por distintos autores²¹ la distinción entre los delitos y las faltas de policía, que son de carácter administrativo, llegando a consumarse en la actualidad en la concepción de las normas cívicas que actualmente conocemos).

Dentro de estos avances en el modo de ser regulada la materia médica, comenzó a dársele un espacio propio, correspondiente más a normas de carácter civil con motivo de una Responsabilidad Civil que a un delito; lo que trajo consigo una concepción completamente distinta de los alcances y las consecuencias del acto médico.

Cuando Mazeaud y Mazeaud desarrollan en su *Tratado Teórico Práctico de Responsabilidad Civil, Penal y Contractual* la idea de una indemnización por el daño causado a quién resiente un daño sin justa causa y sin obligación de ello, redactan un apartado específico de su obra que se convertiría en la regulación imperante y pilar del acto médico (sin que fuera manejado con estas palabras, dado el avance dogmático que existía en aquella época²²): Estos primeros esfuerzos son determinantes para comprender el lugar que tiene actualmente el acto médico como materia de estudio principal de las ramas civiles, en lugar de la rama penal.

Cuando se realiza dicha acotación por los autores de referencia, se abordan tópicos de importancia general para la diferenciación de los límites entre las ramas del Derecho Civil y el Derecho Penal en materia de Responsabilidad Civil. Para muestra de ello, se ejemplifica lo que se transcribe de la obra en cuestión:

²¹ Uno de los autores más notables sobre este tópico fue el jurista Franz Von Liszt, mismo que estableció una diferencia sustancial entre las faltas de policía y los delitos propiamente dichos que se preveían dentro del Derecho Alemán, llegando a abordarlo debidamente en su *Tratado de Derecho Penal*. Al respecto, véase Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003.

²² Ellos emplean el término de *culpa lata*, como una vertiente de la culpa en donde tiene que aparecer como evidente la falta del profesionista, ya sea a la norma o a su ciencia. Para ello, también es relevante el origen de la falta, ya sea contractual, delictual o cuasidelictual, pues de ello deriva el grado de reproche. Cfr. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León, y Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo I, Vol. II, Trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis, 5ª. Ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1962, pp. 160 – 166.

“503. ¿No existen ciertas situaciones en las que un simple error de conducta no podría bastar para comprometer la responsabilidad de su autor; en la que este último no puede ser condenado al abono de daños y perjuicios más que si ha incurrido en una culpa muy grave, en una culpa lata? Constituyen otras tantas excepciones aportadas a la noción que se ha admitido de la culpa cuasidelictual... Existen algunas diferencias desde ciertos puntos de vista, entre la responsabilidad en la que se incurre por culpa lata y la que surge de una culpa leve. Por lo demás son despreciables en el terreno de la responsabilidad cuasidelictual si se exceptúan aquellas referentes a la culpa delictual, a la cual se le suele asimilar la culpa lata y la culpa cuasicontractual...²³”

De lo transcrito arriba se advierte el señalamiento de la importancia de la llamada *culpa lata* como la culpa más grave que obliga al profesionalista al pago de daños y perjuicios en caso de que su error trascienda. Sin embargo, esto no es todo, sino que además diferencia a la culpa lata de la culpa leve, que, en principio, no obliga al pago de la reparación civil; asimismo, también logra diferenciarla de la culpa delictual, misma que tiene una connotación diversa, pero que es fácilmente confundida entre la responsabilidad civil leve y grave (incluso hoy en día).

Es importante destacar que, al momento en que se realizan las explicaciones en este tema por parte de los multicitados autores, no existía aún alguna claridad entre las instituciones de las fuentes de las obligaciones como lo concebimos hoy en día, pues los llamados cuasidelitos hace referencia directa a los actos ilícitos, los delitos actualmente se prevén en la Reparación del Daño a favor de las víctimas, y las responsabilidades contractuales aún carecían de toda la doctrina necesaria para su interpretación adecuada.

Siguiendo esta línea, al fijar su pronunciamiento respecto al tema, los hermanos Mazeaud señalan lo siguiente sobre los médicos en específico:

“509. Son numerosos los autores que, al tratar de la responsabilidad del médico, estiman que deba hacerse una distinción capital. O bien, el médico ha faltado a las reglas de la prudencia que se imponen a toda persona; en ese

²³ *Ibidem*, pp. 160 – 161.

caso, es responsable según el derecho común: toda culpa en que ha incurrido le obliga a la reparación. O bien ha faltado a las reglas de orden científico trazadas por el arte médico: su culpa se denomina profesional; entonces, no responde sino de su culpa lata...²⁴

De donde los autores de la obra señalan la existencia de posturas diversas de su tiempo en torno a la responsabilidad profesional, partiendo desde el supuesto de las obligaciones que constriñen a toda persona normal, para desembocar en un estudio específico de culpas hasta llegar a la llamada *culpa lata*.

Esta división es clave en virtud de que, con ella, se advierte ya el primer escalafón de estudio para una responsabilidad profesional en contra de los médicos, teniendo como punto de partida a la reponsabilidad civil general, para después avanzar a su estudio conforme a la ley del arte o de la materia, y llegando a excluir de la responsabilidad profesional a cualquier error, debiendo condenarse sólo aquellos errores que se consideren gravísimos y evidentes que den lugar a una imputación.

Es a partir de la manifestación de la idea de que el profesionista está obligado a pagar cuando se observe el error indubitable a su arte o a la norma que se establece el pilar sobre el cual se funda actualmente el ejercicio del Derecho Médico: únicamente por falta grave evidente en contra del profesionista. Más adelante, dichas conceptualizaciones serían retomadas por diversos doctrinarios para perfeccionar estas directrices, hasta el momento de llegar a los criterios más avanzados con los que se cuenta en la actualidad.

2.1.6 La finalidad de la acción como eje en el estudio del ejercicio médico

La estabilidad entre el Derecho Civil y el Derecho Penal se mantuvo por mucho tiempo, pues, a raíz de ella, ya no se tuvo tanta confusión sobre el campo de acción para resolver litigios que versaran sobre el desempeño del médico en el ejercicio de su profesión. No obstante, aún habían varios tópicos inexplorados que solo podían ser abordados a la luz de la casuística jurídica y su ejercicio en tribunales.

²⁴ *Ibidem.*, p. 161.

Sin embargo, el paso definitivo se da cuando Hans Welzel (a través de la inclusión en sus estudios en su obra *Derecho Penal Aleman* del análisis de Schawrtz-Dreher sobre la finalidad de la acción) provee la descripción de los distintos grados del dolo y la finalidad última de los galenos en la preparación de una intervención quirúrgica.

En ella, da la explicación definitiva del por qué los médicos (y en general, todo el personal de salud), al momento de intervenir en el cuerpo humano para curar una afección, lo hacen asumiendo una serie de responsabilidades y de hipótesis que, aunque indeseadas, son posibles de acontecer sobre la salud del paciente; pero consumando con ello una presunción importante de salvaguarda del bien jurídico tutelado, como lo es el derecho a la salud y a la vida digna. Para evidenciarlo, se transcribe lo citado por el autor:

“Schwartz-Dreher, §59 B 4ª, argumenta contra la tesis anterior {resultados concomitantes de acuerdo al criterio de probabilidad}, en el sentido de que según ella tendría dolo de homicidio el médico que en una operación de riesgo para la vida cuenta con la muerte del paciente. Este argumento, en todo caso, se dirigiría también contra la teoría del consentimiento, cuando el médico estuviera de acuerdo con la muerte del paciente, por ejemplo, porque éste fuera su rival en un asunto sentimental. Pero en realidad, el argumento señala algo distinto, a saber, de que el concepto de dolo tiene varios grados. Aun cuando el medico durante una operación peligrosa cuenta con un desenlace fatal, en todo caso está tratando de salvar una vida. De modo que su dolo se dirige, como dolo directo de primer grado, a salvar una vida (como meta). La muerte o cualquier otra consecuencia (alternativa o acumulativa) concomitante (como, por ejemplo, la anquilosis de un órgano, etc.) puede tenerla presente como consecuencia posible, probable o incluso segura, y por tanto (hasta) puede pertenecer al dolo directo de segundo grado (aun cuando todas ellas fueran indeseables). Será un problema de justificación determinar si tiene el derecho de realizar una operación tendiente a salvar una vida, a pesar del peligro de las consecuencias concomitantes.”²⁵

²⁵ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán – Parte General*, Trad. Bustos Ramírez, Juan, y Yañez Pérez, Sergio, 11ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1993, pp. 84 – 85.

De lo anterior se observa que el autor obtiene una conclusión determinante para la dogmática jurídico-penal posterior: la aseveración de que existe más de un tipo de dolo, distinguido por grados. Si bien, aquí aún se utiliza la clasificación clásica entre grados y tipos del dolo, da luz sobre la importancia de la determinación de la voluntad del galeno a lo largo de sus actividades.

La determinación del médico que opera en circunstancias riesgosas para el paciente muchas veces es un acto admirable frente a la dificultad de la situación que circunscribe al paciente, pues, a pesar de saber de que se corren diversos riesgos con cada acto, sea quirúrgico o no (incluidos el de la pérdida de órganos del paciente o de la pérdida de la vida, en casos extremos), su actividad los obliga a actuar en el caso específico, buscando combatir (a través de su ciencia) a la muerte, y con ello guiar al paciente a un estado de bienestar dentro del proceso de salud-enfermedad.

Esta razón hace que el ejercicio profesional del médico adquiera una circunstancia especial de consideración frente al sistema jurídico, pues, a diferencia del dolo con la finalidad de delinquir, en estos casos existe regularmente una especie de “*dolo inverso*” (hablando desde el eje del Derecho Penal con conductas punibles), tendiente a la búsqueda de la salvaguarda de la vida y de otro bien jurídico de suma relevancia para cualquier persona, la salud.

Por ello, las actuaciones y conductas de los médicos no deben encontrarse teñidos de una imputación *prima facere*, sino que debe determinarse, a la luz de la experiencia clínica, el caso específico para explicar si, dentro de la actuación del profesional de la salud, se encuentra algún error de la praxis que pueda llevar a matizar de forma distinta esta valentía del personal actuante: incluso, puede llegar a pasar que existan personas que tengan el *animus* de realizar una conducta delictiva, y cambiar completamente el valor de su actuar por un significado monetario, de fama o de cualquier otro fin distinto al que originalmente se constriñe la actividad médica.

Este paso constituye el ejemplo definitivo del por qué la acción social siempre está encaminada a una finalidad, y la importancia de la finalidad es

relevante para el planteamiento de un dolo o culpa en específico a la hora de estudiar una conducta desplegada por algún galeno o profesional de la salud.

Así, siguiendo con el apartado histórico, uno de los eventos más importantes en el campo del Derecho Médico lo constituye el conglomerado de todos los estudios que surgieron en temporalidades cercanas a Welzel en torno a un evento histórico mundial de dimensiones catastróficas, como lo fue la Segunda Guerra Mundial, en cuyos momentos más relevantes destaca la aparición de un personaje importante -por su naturaleza, desdeñable- y que constituyó la punta de lanza para las generaciones posteriores a él para marcar las limitantes del ejercicio de la Medicina y su vinculación con lo humano y la humanidad en sí misma.

El médico de profesión Josef Mengele²⁶ redefinió el ejercicio de la Medicina, en tanto que proveyó a la humanidad de un ejemplo notorio de las atrocidades que son capaces de hacer los profesionistas de la salud bajo ideales fútiles, o bajo la idea de seguir órdenes: en cualquiera de los dos casos, es lamentable que el médico en mención no asumiera una culpa por lo sucedido, así como tampoco por sus acciones.

Dentro de los juicios de Nuremberg, se estableció una sentencia para cada enjuiciado y alto mando que apoyó al Tercer Reich; sin embargo, dicho médico vivió en el anonimato en América del Sur hasta su muerte.

Según él, y bajo un presunto ideal en beneficio de la ciencia, fue capaz de realizar abominaciones médicas con semejante maestría técnica, a través de actos inhumanos, y con cierta discrecionalidad por parte de las autoridades imperantes en el régimen (que consintieron de un modo u otro la aplicación de dichos procedimientos de forma indiscriminada en contra de una facción de la sociedad que sufrió muchos atropellos en ese momento de la historia, como lo fueron los judíos de la Alemania Nazi).

Al entrar en un campo de concentración en Auschwitz, Alemania, según se narra en la historia, se llegó a apreciar que Mengele jugaba a ser Dios al

²⁶ Para obtener mayores detalles sobre la vida y obra del sujeto en mención, es posible revisar con detalle la obra de Posner, en la cual se describe con mayor precisión las atrocidades cometidas por el médico que apoyó a un régimen político elitista que marcó un antes y un después en la Historia Universal. Al respecto, véase Posner L., Gerald y Ware, John, *El Ángel de la Muerte Nazi: Mengele*, Editorial La Esfera de los Libros, Madrid, España, 2020.

tener en sus manos la experimentación con los siameses, así como con las características de la raza pura “aria”, decidiendo quién moría y quién vivía para resentir el dolor y el sufrimiento de sus experimentaciones.

Por sus acciones, es posible ver el peligro para la sociedad de aquellos profesionistas de la salud que, teniendo un conocimiento médico excepcional en algún campo, solo buscan generar experimentos surrealistas o aspectos que pretendan desafiar la naturaleza, ya sea por diversión o por encargo: después de él, los congresos de ética médica se volvieron usuales, para evitar la presencia desafortunada de profesionistas con ideas similares.

Más adelante, tales ideas plasmadas en los congresos éticos y en los Juicios de Nuremberg pueden complementarse con toda precisión gracias a la concepción de los roles sociales para la imputación de responsabilidad de Gunther Jakobs o de Claus Roxin (pioneros del sistema funcionalista del delito). Sin embargo, por ser material más moderno que estará relacionado a temas posteriores, se reserva su abordaje en esta sección para un momento ulterior.

Reseñado a grandes rasgos el esquema histórico de la concepción médica y su avance con respecto al Derecho Penal, comencemos a describir la forma en que se encuentra tutelada hoy en día la materia del acto médico en la legislación local, por ser este el lugar en el que se concentrará la investigación.

2.2 Regulación actual de la materia médica en la legislación penal de la Ciudad de México.

Actualmente, la legislación médica en la Ciudad de México (lugar de referencia por ser el sitio donde se lleva a cabo la legislación) se encuentra publicada y vigente de forma difusa en diversos ordenamientos que, como abordamos en el capítulo primero, pertenece a los criterios de competencia federal preponderantemente por el carácter de coordinado que posee esta rama del conocimiento –sin que, por ello, la Ciudad de México cuente con sus respectivos ordenamientos-.

Dadas sus singulares características, debe destacarse que los cuerpos normativos que actualmente regulan dicha materia médica se encuentran

distribuidos de forma difusa en distintas ramas, abarcando desde el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Penal, y otras ramas más.

Por ello, para explicar con mayor detenimiento, debemos indagar el campo general de estudio de la conducta médica a la luz del criterio jurídico:

- a) En un primer momento, se debe reconocer los alcances de la expresión “médico”, puesto que adelantamos en el capítulo anterior que se debe entender a toda actividad realizada por el personal de salud en el ejercicio de la praxis médica, es decir, el ejercicio de ponderación y la racionalización de los conocimientos técnicos médicos específicos para tratar de resolver problemáticas de salud humana (lo que puede realizar no solo un médico, sino todo personal de la salud relacionado).
- b) Además del ejercicio de ponderación y racionalización de elementos teóricos y prácticos del conocimiento médico, también se debe considerar la dimensión humana que involucra la praxis clínica, puesto que de ella emanan diversos criterios bioéticos que permiten entender, desde distintas panorámicas -de conformidad con distintos tipos de creencias, consideraciones personales y aspectos axiológicos- la realidad social de la interacción médico-paciente, y sus respectivas consecuencias.

En ese contexto, es fácil atender al hecho de que la salud, como derecho humano y valor intrínseco a la dignidad humana, está tutelado a nivel internacional por distintos contextos, incluyendo el de la Organización las Naciones Unidas (ONU), quienes, en su Colección de Documentos Básicos en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (WHO, por sus siglas en inglés) plantea lo siguiente:

«La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»²⁷.

De donde se desprende la concepción actual de la salud a nivel internacional, y que ha sido utilizada en diversas normas y tesis orientadoras

²⁷ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Organización de las Naciones Unidas (ONU), Nueva York, 1946, Colección: Documentos Básicos, 2014, p.1. Consultado en <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7> el 06 de mayo de 2021, a las 19:19 horas.

para su estudio legal total²⁸, y que involucra un bienestar completo, y no solo la ausencia de afecciones físicas o mentales.

Siguiendo esa línea, la legislación nacional se inspiró en las directrices anteriormente dichas para señalar, dentro de la Ley General de Salud, el concepto de salud a la luz del sistema jurídico nacional, que se define en el artículo 1º Bis en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”

Por lo que debemos entender plenamente a la salud no solo como la ausencia de enfermedad, sino en el completo estadio humano de bienestar bio-psico-social que integra las múltiples dimensiones del individuo. Dicho estandarte de ideal tiene que ser abarcado desde múltiples enfoques interdisciplinarios, y desde todas las unidades administrativas que atenderán esas cuestiones. De ahí que la labor del médico se encuentre orientado principalmente a la pelea por el mantenimiento y restablecimiento de la salud de las personas en todos sus aspectos, y que da finalidad clara a la actividad del personal de la salud.

Esto da pie a pensar que la Ley General de Salud se considera el cuerpo normativo que fundamenta y da eje a todo lo relacionado con la actividad médica. Sin embargo, ya adelantábamos en el capítulo anterior que la Ley General de Salud prevé una regulación con un espectro demasiado amplio:

En su estructura se tocan tópicos no solamente del Derecho Médico, sino también de regulación y vigilancia farmacológica, de prevención, control de riesgo sanitario, de esquematización de los niveles de atención a la salud (primaria, secundaria, terciaria), las prohibiciones específicas de las sustancias conocidas que pueden estimarse como nocivas para la salud colectiva, así como tópicos diversos que se encuentran íntimamente vinculados con el sector médico, pero que no refieren específicamente una guía respecto al ejercicio de

²⁸ Para tal efecto, obsérvese lo planteado en el siguiente criterio: Véase: Tesis: 1a./J. 8/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Febrero de 2019, p. 486. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL.

la profesión de ciencias de la salud (praxis clínica); Regulación que no necesariamente encuadra dentro del objeto de estudio del Derecho Médico.

Es cierto que, para el estudio de cualquier conducta jurídica relevante cometida por médicos en el ejercicio de su conducta, es inherente el estudio de la Ley General de Salud para establecer los lineamientos y las directrices mínimas sobre los cuales se regirá el contexto completo en torno a la medicina, y con ello a su praxis clínica (objeto de estudio del Derecho Médico).

Sin embargo, el resto de las consecuencias jurídicas respecto a la actividad médica sólo pueden ser contemplados a través de las instituciones jurídicas de otras materias, para comprender los alcances, interpretaciones, y finalidades de toda norma que intervenga en los campos de la medicina.

Al ser la Medicina una rama del conocimiento tan diversa que debe tener en consideración vastos elementos de la actividad humana, e interrelacionarlas con el conocimiento técnico científico que permite establecer el fenómeno en sus causas últimas -en un ejercicio de racionalización y ponderación de la realidad conforme a la teoría-, también regula y transforma a la realidad de forma efectiva a la luz de sus descubrimientos, avances y métodos: por lo que el desfase entre la norma y la aplicación técnica se traduce inevitablemente en un beneficio o perjuicio a la sociedad (regularmente, el segundo de ellos).

Pero, para que la aplicación técnica de la Medicina sea válida, debe entenderse a la luz de los ejes normativos que existen con anterioridad para regular todo lo que existe de forma habitual en el sistema jurídico mexicano.

Por adentrarnos en tópicos de la legislación nacional que ya cuentan con un espectro amplio de posibilidades al realizar un estudio sobre el tema, en aras de ser metodológicos, al analizar la legislación conexas con la actividad médica, debemos limitar su estudio en ejes o líneas de estudio con rasgos y características comunes que ya se encuentren previamente regulados para no perder las nociones que ya han sido plasmadas en el orden jurídico.

En este caso, una de las clasificaciones por excelencia en temas jurídicos radica en aquella que refiere una división acorde a la materia, lo que se convierte en un criterio orientador para nuestro estudio lo suficientemente adecuado para abarcar el análisis de la legislación, por ser las diversas ramas

del Derecho un ámbito de explorado Derecho que no requiere mayor ahondamiento, y que dan incluso lugar y forma a la división del estudio de casos en el interior de las Salas que constituyen a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para un estudio adecuado.

Se puede describir, a manera teórica, que los ejes jurídicos sobre los cuales se debe entender el Derecho Médico y los hechos relacionados con ella, son, en distintos aspectos, las ramas del Derecho que corresponden al *Derecho Administrativo* como el primer eje (por ser la materia que prevé las directrices sobre el 'deber ser' de la actividad médica, así como de temas circundantes a ella), abarcando al *Derecho Civil* como el segundo eje más profundo (pues dentro de su actividad se regula la prestación del servicio – derecho sustantivo-, en el establecimiento de las prestaciones recíprocas a las que se sujetan las partes en la interacción médico-paciente, así como la determinación de las consecuencias relativas a esa interacción en caso de consecuencias no deseadas que deban ser indemnizadas, siempre que no correspondan al campo de los delitos), y finalmente en el último de los ejes como al *Derecho Penal*, por involucrar el estudio de las conductas más lesivas (delitos) que no encontraron solución en otra rama, o que por su naturaleza, hace obligada la intervención del ejercicio de las facultades de punición por parte del Estado para mantener el orden social.

2.2.1 Derecho Administrativo

De los apuntalamientos antes señalados en el capítulo anterior, ya podemos observar que una de las principales fuentes regulatorias de la actividad médica radica justamente en el compendio de normatividades relacionadas a la rama administrativa, por ser esta rama la que da la luz sobre las directrices en la actividad médica y puntos relacionados, dando pauta a la especificación técnica de procesos, de guías, de orientación y demás elementos que rigen el buen actuar no solo de la actividad médica en estricto sentido, sino también en todos los puntos en los que converge en torno a ella, desde instrumentaciones, protocolos, metodología, metrología y normalización de actividades, y demás puntos que resulten relevantes para el correcto desempeño de la actividad médica.

Por eso, el Derecho Administrativo toma el primer lugar en la forma de abarcar la legislación médica para establecer lineamientos, pautas y regulaciones concretas sobre el correcto modo de desempeñar funciones específicas en el campo de la salud: desde proveer las unidades básicas sobre las cuales se debe entender una conceptualización concreta en las terminologías jurídicas básicas (hay una NOM para cada proceso), el desarrollo de instrumentos adecuados y aptos para funciones muy específicas, el establecimiento de reglas mínimas de operación y de salvaguarda de los establecimientos donde se desarrollan las actividades (en armonía con el resto de los apartados de la legislación), etcétera.

Podemos comenzar con la norma que fundamenta el ejercicio de la profesión médica, consistente en la Ley General de Profesiones, Reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se establecen las profesiones que requieren una acreditación especial para el ejercicio de la labor.

Lo anterior acontece porque, a pesar de estar señalada la libertad de actividad en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de su contenido se advierte expresamente la creación de una ley general para regular aquellas actividades que requieren previa autorización por parte del Estado para su ejercicio, por requerirse aptitudes y cualidades especiales para su adecuado desempeño, mismos que se establecen a efecto de imponer un estándar de calidad mínimo de la profesión así avalado por la autoridad estatal.

De ella se desprenden una serie de consideraciones importantes que representan la efectiva legitimación para el ejercicio de la praxis médica sin que ello involucre un delito por ostentarse como un personal especializado que debe contar con la autorización expedita para ello (título y cédula profesional).

Dicho documento, al menos de forma ideal, garantiza una formación técnica especializada que permite dar seguridad jurídica de que el operador cuenta con todos y cada uno de los elementos teóricos y prácticos que le permitirán desempeñarse lealmente conforme a las características, derechos y obligaciones que el título le confiere, y atender como tal cualquier diligencia de esa naturaleza que se le presente.

Por otra parte, además de lo que representa el título en sí mismo para el ejercicio, existe una especialización propia de las áreas de las ciencias de la salud que deben contar con una certificación distinta además de la que usualmente se requiere para ejercer una profesión.

Esta acreditación se da por práctica profesional a través de los programas de especialidad a los que todo médico o profesional de la salud puede optar para dedicarse a una rama seleccionada del campo médico: así, existe una especialidad en Cirugía, especialidad en Oncología, Traumatología, etcétera.

Esta observación no es menor, en tanto que dicha autorización, además de llevarse en un registro independiente ante la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública (órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal encargada de registrar y controlar el registro de profesionistas que han cumplido con los requisitos que la Ley prevé para ejercer una actividad regulada), también es lo que acredita y faculta a un profesionista de la salud para realizar intervenciones especializadas.

Algunas de ellas son de un tratamiento especial que ameritan una regulación y vigilancia aparte, dado su rigor técnico, práctica propia y su enfoque en un solo aspecto de la rama del conocimiento, como lo son las cirugías craneoencefálicas, realizadas únicamente por personal titulado en Neurociencias (por citar un ejemplo).

De hecho, incumplir con este requisito administrativo también da lugar a una investigación de naturaleza penal conforme al tipo penal anteriormente señalado (usurpación de profesión) por no poseer la acreditación necesaria para ello. Razón por la que no se puede omitir dicha situación, y comienza a dar un marco propio de apreciación sobre el ejercicio de la praxis clínica en materia médica.

Ahora bien, además de los lineamientos que se prevén para el ejercicio de la praxis médica, también existen una serie de regulaciones importantes en torno al modo en cómo esta profesión debe actuar de forma ideal, y que se compilan en diversos cuerpos normativos de idéntica naturaleza: ya

anticipamos en el capítulo anterior la existencia de una fuente importante del Derecho Médico consistente en las llamadas *Normas Oficiales Mexicanas* (NOM's), cuyo contenido es provisto por un cuerpo colegiado de especialistas que van guiando las pautas y criterios técnicos específicos sobre el desarrollo de una actividad.

Tales normas pueden contener aspectos diversos de la vida cotidiana para una actividad, al punto que, actualmente, se puede llegar a emitir una norma especial para cada tipo de actividad que involucra un conocimiento técnico pericial especializado en algún arte o profesión, de acuerdo a estándares internacionales y/o nacionales para el correcto desenvolvimiento de la misma.

Estas regulaciones, de carácter federal y con origen en la Ley Federal de Metrología y Normalización, establecen los estándares mínimos de calidad de una actividad que requiere un aspecto técnico, de calidad, o de procedimientos para que los riesgos que existen en dicha actividad se aminoren, se contemplen las consecuencias de su ejercicio, y se obtenga el mayor beneficio posible de su aplicación en la vida diaria.

Estos cuerpos normativos son la principal fuente del Derecho Médico, y al tener una naturaleza administrativa por ser emitidas por órganos de la Administración Pública Federal Centralizada y otros entes de diversa naturaleza en trabajo coordinado, y atendiendo a los principios que establecen tanto los artículos 14, 16, 89, y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los demás relativos y aplicables de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal –en tanto que son las Secretarías de Estado las que forzosamente participan para su emisión, así como organismos e instituciones de reconocido prestigio en el ámbito que se pretende regular en cada norma-.

Dichos cuerpos normativos tienen la principal característica de regular, *a priori* el deber ser del desarrollo de la actividad en sus múltiples ámbitos, desde la fabricación de instrumentos médicos, la forma y duración oficial de las citas para atención médica, los cuidados biológicos que se deben tener en los nosocomios (hospitales) para la prevención de riesgos biológicos, el tratamiento de los residuos biológicos, la emisión de criterios protocolarios para

el correcto desenvolvimiento de los profesionistas en el ejercicio de la praxis clínica ideal, etcétera.

Para cada uno de estos aspectos, existe una Norma Oficial Mexicana específica; es por ello que constituye el pilar de más amplio espectro, y al que se debe atender de forma primigenia para entender el desenvolvimiento del ejercicio de la práctica médica.

Asimismo, existe a nivel institucional un organismo que se dedica a realizar labores de mediación y arbitraje para controversias suscitadas en la praxis clínica médica que pertenece al campo del Derecho Administrativo, como lo es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), en la cual se llevan a cabo negociaciones a nivel administrativo con cualquier persona que pudiera resultar afectada por el ejercicio profesional.

Dentro de sus oficinas, es posible observar que se ventilan distintos problemas relacionados con el Derecho Médico a la luz del criterio de diversos profesionistas de la salud, quiénes comparan la pertinencia de los actos desplegados en cada caso que se somete a su consideración por los médicos tratantes, y con ello se da un panorama preliminar sobre el caso, de tal manera que se advierta una posible responsabilidad a cargo de alguna de las partes sometidas a conciliación (cualquiera de la relación médico-paciente).

Y a efecto de evitar un desgaste mayor, ofrece desde ese momento una alternativa para la resolución del conflicto que lleve a ambas partes a una amistosa composición que logre evitar comparecer a alguna de ellas ante los juzgados civiles (competencia de origen para el conocimiento de controversias en el modo de desarrollar el ejercicio de la profesión, de acuerdo al Código Civil para la Ciudad de México); todo plasmado en un acta que tendrá valor jurídico frente a los Tribunales respectivos para su ejecución (en caso de ser necesario).

Sin embargo, por abordarse en esta investigación aspectos enfocados a la responsabilidad penal, no se abordará más sobre los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje, pues estas vías son prolíferas para el Derecho Civil, no así para el Derecho Penal, donde los esfuerzos orientadores de la imputación tienden a buscar la pena de alguien, y no un pago *per se*.

Terminado de abordar el tema administrativo, es posible ver otras instituciones del Derecho que guían en la labor de la regulación de la actividad del médico, como lo es el Derecho Civil, en cuyos cuerpos normativos encontramos en términos generales la sustancia del acto médico.

2.2.2 Derecho Civil

Una de las ramas que más se ha enfocado a la regulación precisa de la actividad médica en específico es la rama del Derecho Civil, pues es a través de sus instituciones que el paciente se encuentra en oportunidad de demandar una justa compensación para el caso de que se presenten errores graves en el ejercicio de la Medicina, sin que ello involucre una característica punitiva en estricto sentido o revista con ello una conducta penal, y bajo un escenario de iguales frente al profesionista de la salud.

Si bien es cierto, involucra una actividad sancionadora (pues es en estos casos se da una retribución económica por los daños causados por el profesionista en ejercicio de su profesión), ello no constituye en sí mismo un motivo suficiente para el ejercicio de una acción penal (puesto que uno de los principios del Derecho Penal es el de *ultima ratio* del Derecho –o última razón del Derecho, a manera de interpretación como la última rama a la que se le debe acudir para solucionar un conflicto jurídico-). Por lo que los tópicos que en esta rama se abordan son susceptibles de encontrar un arreglo de acuerdo a las leyes civiles aplicables.

El Código Civil para la Ciudad de México prevé, en su cuerpo normativo, el contenido de la mayor parte de las actividades civiles que se encuentra en aptitud de ejercer el ciudadano común aras de hacer efectivos sus derechos, por lo que se le considera naturalmente como el cuerpo normativo sustantivo por excelencia.

Dentro de sus articulados (y en específico, los artículos que se contienen dentro del Libro Cuarto ‘De las Obligaciones’, Primera Parte ‘De las Obligaciones en general’, Título Primero ‘Fuentes de las Obligaciones’, y Segunda Parte ‘De las diversas especies de Contratos’, Título Décimo ‘Del Contrato de Prestación de Servicios’) se contiene una serie de disposiciones

determinantes para el ejercicio médico, mismos que han hecho parecer que el ejercicio de la praxis clínica se limite a un simple contrato.

En efecto, esta concepción funciona en tanto que se ciñen las directrices básicas sobre las cuales se describirán muchos de los actos que se tienen que ventilar los asuntos relacionados con la interacción médico-paciente, y sus respectivas consecuencias para bien y para mal entre las partes que integran la relación “contractual”.

Sin embargo, ya se advirtió en el capítulo anterior que se debe dejar de considerar esto como una realidad, en la misma medida que en la Medicina se abarcan situaciones completamente distintas de interacción más allá de un simple contrato (por tratar con la vida humana desde un escalafón de superioridad por el conocimiento técnico con el que cuenta el galeno y todo el demás personal especializado); y que trascienden a la generación de criterios bioéticos y filosóficos muy propios de la actividad en la que se desenvuelven.

Lo que nos da pauta sobre esta interacción son los juicios relativos a la Responsabilidad Civil en contra de los médicos por el incorrecto ejercicio de la Medicina, de acuerdo al estándar básico sobre el cual se debe entender el ejercicio de la actividad consistente en brindar el servicio médico.

Estos juicios de responsabilidad, ya conocidos desde tiempos antiguos con los franceses (y, de hecho, desarrollados en una gran medida a partir de las consideraciones que en su oportunidad brindó el Código Civil napoleónico), fueron un pilar importante en el estudio de los hermanos Mazeaud.

Desde aquellos tiempos, se visualizaba la importancia de realizar el ejercicio de la praxis clínica médica con la debida diligencia para evitar así una consecuencia (como lo es el pago de la *reparación* con motivo de responsabilidad profesional, un *daño moral* causado como consecuencia a ella, o responsabilidad civil *latu sensu*, situación abordada previamente líneas arriba).

Así, si existieran errores atribuibles a un galeno o profesional de la salud en el ejercicio de la profesión que son susceptibles de ser demandados, convenidos, arreglados o exigidos por estas vías sin tener que recurrir a la necesidad del ejercicio de las facultades de punición estatal, el Derecho Civil se

presenta como una vía jurisdiccional adecuada para materializar este tipo de pretensiones.

Si bien, la libertad contractual permite la realización de diversos clausulados que pueden regular de forma muy individual y particular un acto jurídico, es de destacarse que dichas facultades encuentran su límite en el respeto de derechos a terceros, así como en los límites del Derecho mismo, que prevé diversos artículos que prohíben o limitan el ejercicio de un derecho subjetivo público de forma autónoma entre las partes, quedando supeditadas a los límites circunscritos por la ley, el interés social, y las buenas costumbres (artículo 8º del Código Civil para la Ciudad de México).

Aunado a lo anterior, es posible observar que, al momento de ejercer una acción de naturaleza civil, las personas interesadas en incentivar un proceso jurisdiccional deben diferenciar aspectos puramente sustantivos, de los aspectos procesales que regirán al procedimiento.

Este tema es de relevancia en el sentido de que los contratos civiles tienen una regulación especial para delimitar la autonomía de la voluntad, de tal modo que las partes se obligan “en los términos que quisieron obligarse” (regla para la interpretación de los contratos prevista en el artículo 1832 del Código Civil para la Ciudad de México); pero dicha potestad no es nunca absoluta a ningún gobernado, ni queda al libre arbitrio de las partes.

Es por ello que, a pesar de que se indique en algún documento (como el consentimiento informado o en el contrato de prestación de servicios emitido por parte de un galeno para la firma del paciente), que se renunciará por parte del paciente a la facultad de ejercer cualquier acción civil, administrativo o penal en su contra en caso de fallar injustificadamente en la búsqueda del restablecimiento de la salud, dicha cláusula es claramente nulificable en la medida en que se encuentren elementos para proceder conforme a las distintas normatividades, o por contravenir los límites mismos del Derecho.

Por citar un ejemplo, si, al momento de estar realizando una intervención con profesionistas que asientan este tipo de cláusulas en sus servicios, se observan aspectos que pueden actualizar el contenido de algún tipo penal en su actuación, ello no desvirtúa la posibilidad de poder proceder conforme a

Derecho en la vía y forma correspondientes en caso de tener noticia de los hechos, pues su contrato no es eximente de realización de investigaciones penales en su contra en caso de actualizar algún ilícito penal.

Del mismo modo, si se pretende hacer un estudio por daños y perjuicios en contra de un profesionista sobre hechos acontecidos cinco años atrás, el profesionista de la salud podrá hacer valer en su oportunidad el ejercicio de una excepción procesal, como lo es el de la prescripción, por no haberse erigido dicha demanda en tiempo y forma, por solo considerarse el término de 2 años para el ejercicio de este tipo de acciones (artículo 1161 fracción V del Código Civil para la Ciudad de México).

Por estas razones, analizar el fondo de la materia (ya sea la fijación de los elementos sustantivos del Derecho Civil, o de la valoración de la *Lex Artis Médica* en cuanto a su diagnóstico, tratamiento, y seguimiento), y diferenciarlo de aspectos procesales, también es relevante para el adecuado ejercicio de una defensa de intereses en disputa dentro de la materia médica, y que pueden trascender a aspectos de naturaleza penal.

Al haberse distinguido con claridad este punto, es posible continuar un estudio más profundo en el campo del Derecho Penal, pues es evidente que, cuando el Derecho Civil no puede responder por lo que se ha planteado como problemática, debe entrar a estudio la materia que aborda los aspectos más aberrantes en una sociedad, en aras de encontrar justicia para todos los involucrados, sin caer en las bajas pasiones que llevó en su momento la persecución personal o la etapa vengativa.

2.2.3 Derecho Penal

En el caso del Derecho Penal, la regulación de la actividad del profesional de la salud se constriñe de una forma más notoria al principio de exacta aplicación de la Ley Penal (contenido dentro del cuerpo del artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Por lo que solamente aquellas conductas que se estimen más aberrantes y que no pudieron ser resueltas a través de otra vía culminan con un proceso incoado de esta naturaleza.

Dentro del campo de conductas que podemos considerar como relevantes para el Derecho Penal, el estudio se restringe de forma significativa (en relación con el cúmulo de conductas que tendrían relevancia para otras ramas del Derecho) a aquellas conductas que han sido plasmadas por el legislador en un *tipo penal*, de acuerdo a los principios del Derecho Penal Moderno, humanizador y científico, que permite establecer una privación de derechos justa y legítima en el ejercicio del *ius punendi*.

Cabe recordar que, para que una conducta humana sea considerada delito en la actualidad, debe encontrarse previsto en un tipo penal específico, contener aparejada en la descripción típica la redacción de una pena concreta que se haya publicado en un momento previo a los hechos, promulgada y vigente conforme a las formalidades de toda norma jurídica válida, encuadrable de forma perfecta en la norma de prohibición y ser contraria a la materia de la prohibición, pasar por un estudio lógico de sus elementos constitutivos, y no encontrar algún elemento negativo de la existencia del delito que permita excluir la responsabilidad, así como su posterior consecuencia.

Para ejemplificar de mejor manera lo anterior, es posible hacer un señalamiento de los tipos penales específicos aplicables para la Ciudad de México en materia médica:

Dentro del catálogo de delitos susceptibles de ser estudiados por las autoridades en materia penal dentro de la Ciudad de México, se encuentran conductas que se estiman aberrantes que solo cierta parte de la población puede encuadrar.

Ya sea desde una perspectiva general, o porque el tipo específico exige la calidad específica del sujeto activo como parte de los profesionales de la salud, se pueden señalar los siguientes delitos previstos en el Código Penal para la Ciudad de México:

Homicidio (Artículo 123), Lesiones (Artículo 130), Ayuda o Inducción al Suicidio (Artículo 142), Aborto (Artículo 147), Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Esterilización Forzada (Artículos 149, 150, 151 Bis) Manipulación Genética (Artículo 154), Omisión de Auxilio (Artículo 156), Peligro de Contagio (Artículo 159), Discriminación (Artículo 206 fracción II), Tortura

(Artículo 206 Bis), Inhumación, Exhumación de Cadáveres (Artículo 207), Revelación de Secretos (Artículo 213), Ejercicio Ilegal y Abandono del Servicio Público (Artículo 259), Abuso de Autoridad (Artículo 262 fracción I), Negación del Servicio Público (Artículo 270), Omisión de Informes Médico-Forenses (Artículo 301 y 302), Responsabilidad Profesional y Técnica (Artículo 322), Usurpación de Profesión (Artículo 323), Abandono, Negación y Práctica Indebida del Servicio Médico (Artículos 324, 325, 326), Responsabilidad de Directivos, Encargados, Administradores de Centros de Salud (Artículo 327), Suministro de Medicinas Nocivas o Inapropiadas (Artículos 328, 329), Falsificación o Alteración y Uso Indebido de Documentos (Artículos 339, 340, 341, 342).

Estos delitos, se reitera, solo corresponden a los delitos susceptibles de ser encuadrados por un médico o profesional de la salud, ya sea como persona normal o como persona en funciones de su rol, sin mencionar la existencia de más delitos posibles de ser encuadrados en legislaciones conexas, como lo son los delitos previstos en la Ley General de Salud (en particular con las hipótesis de Narcomenudeo, Narcotráfico, y análogos).

Ahora bien, para realizar un análisis dogmático jurídico-penal completo respecto a la reprochabilidad del galeno en el campo penal, es necesario primeramente señalar que se debe realizar todo estudio dogmático obligado al que constriñe la *Teoría del Delito*, por lo que es imprescindible comentar los elementos constitutivos del delito para poder ahondar en estudios casuísticos.

Por esta razón, procederemos a exponer brevemente los apuntamientos más importantes de la teoría del delito para estar en aptitud de realizar una valoración integral jurídica de la actividad médica en el campo del Derecho Penal.

2.3 Elementos del delito controvertidos durante la acreditación de los tipos penales específicos (Teoría Ecléctica del Delito).

Para encontrarnos en aptitud de continuar el estudio de las consecuencias jurídico penales de la actividad médica (entendiéndose por ello a la de todo personal de la salud en el ejercicio de la praxis clínica), es

necesario establecer los fundamentos teóricos sobre los cuales se erigirá el presente estudio.

Dado que la dogmática jurídico-penal se cimenta principalmente sobre la Teoría General del Delito, es menester abarcar los puntos más relevantes sobre este tópico, para poder contar con los elementos necesarios para un estudio a conciencia de los demás aspectos propios de la culpabilidad en la actividad de la praxis clínica médica –objeto de estudio del Derecho Médico-. Por ello, procederemos, por metodología, a desglosar los apartados críticos más relevantes para un entendimiento básico del tema.

Una de las mayores evoluciones que ha tenido el campo del Derecho Penal desde sus primeros actos de aplicación hasta nuestros días se ciñe específicamente en la creación de razones que permitan establecer una pena adecuada al sujeto delincuente conforme a la conducta desplegada, de tal forma que todo lo que se realice en contra de las prohibiciones del Estado sea materia de punición, previo estudio de su especial situación, y de acuerdo a elementos generales que permitan inferir la necesidad de un reproche y de una aplicación de una pena o medida de seguridad concreta.

Esta conclusión, vigente hasta nuestros días, tuvo un desarrollo tortuoso que data desde los primeros destellos de razonabilidad con Cesar Bonesana (Marqués de Beccaria) hasta los teóricos más técnicos y recientes como Claus Roxin o Gunther Jakobs.

Cada etapa del Derecho Penal, de las escuelas penales, de los enfoques criminológicos y de la concepción filosófica de la voluntad como eje de estudio en el Derecho Penal han influido simbólicamente para lograr la concepción diversa y plural que se tiene actualmente sobre la *Teoría del Delito*.

Para conocer un poco mejor el objeto de estudio de la teoría del delito, tenemos que acercarnos a la definición clásica del delito en un sentido abierto, para después concebirlo como una cuestión dogmática más estricta. Por ello, debe destacarse que el delito tiene una acepción formalista y otra puramente material o real, de las cuales, la más usada con mayor frecuencia –por ser la única de relevancia dentro de las argumentaciones en el foro judicial- es la primera de ellas.

Por otro lado, para estudiar las definiciones formal y real o material del delito, se considera que la opinión de Giuseppe Maggiore es muy adecuada para comprender a priori la complejidad del ente jurídico denominado delito, por lo que, para mayor guía, se cita a continuación:

“Delito puede definirse en sentido formal (jurídico–dogmático) y en sentido real (ético–histórico). La primera acepción se llama delito toda acción legalmente punible; En el segundo significado, delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético jurídico, y por esto merece aquella grave sanción que es la pena: Es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido”²⁹.

De la anterior definición vemos que, en un sentido formal, el delito es aquello que juzgan las leyes (acción legalmente punible); mientras que el delito en su acepción real hace referencia directa a la concepción moral e histórica de la génesis del delito -a un nivel prácticamente filosófico-, y que incide de manera concatenada con las consecuencias que el mismo delito genera en la realidad de la sociedad en donde se comete.

La teoría del delito, por su parte, es concebida como parte de la llamada dogmática jurídico-penal, que, en palabras de Claus Roxin, se describe como: *“la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal”³⁰*: De esta definición, observamos que no solo involucra el estudio de las penas, ni de los tipos penales, ni cualquier otro tópico aislado, sino que establece un conocimiento integrativo que orienta, en términos generales, la opinión de todo jurista.

De lo anterior se desprende que, para la realización de un estudio que involucre un hecho delictivo, tendremos que ceñirnos a estas consideraciones para poder establecer válidamente un juicio de reproche a la luz del Derecho, puesto que su estudio esta constreñido a una serie de principios generales, que involucran una prelación lógica y una carga de armonización con el sistema

²⁹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General: El Derecho penal - El Delito*, Trad. Ortega José, Ed. Temis, Colombia, 1989, p. 251.

³⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal - Parte General (Tomo I): Fundamentos. La Estructura de la Teoría General del Delito*, Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel et al., 2ª Reimpresión, Ed. Civitas, España, 1997. p. 192.

jurídico general, que hacen necesaria la demostración de la relación sustentada entre lo que indica la norma, y lo que acontece en el mundo fáctico para aplicar una consecuencia de forma legítima.

Por ello, ahondaremos en los elementos del delito, de acuerdo con la Teoría Ecléctica del Delito propuesta por Ramírez Rojas³¹, misma que cuenta con los elementos positivos denominados: *Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, y Responsabilidad Jurídico-Penal*; y como presupuestos de esta última, a la *Imputabilidad* y la *Actuación de otra manera*. Mientras que se considera a la *Punibilidad* como la consecuencia del delito.

2.3.1 Conducta

Siendo la conducta el punto de partida para el estudio de la voluntad humana materializada (lo que es útil en materias que indagan las razones últimas del ser, como lo es la Filosofía), así como elemento sustancial para el Derecho Penal (por ser este el objeto de estudio del delito), es posible observar su importancia y trascendencia para la teoría del delito.

El análisis de la conducta en el Derecho Penal es determinante para la comprensión completa del cambio de situación jurídica que atraviesa el sujeto activo en el momento en que aparece el delito, y es el momento inicial para que las consecuencias jurídicas sean previsibles, combatidas por la sociedad y sean asumidas por el o los responsables de su participación (cualquiera que fuere).

Por eso, en vista de que la conducta tiene una vinculación implícita con la responsabilidad, es que se estima prudente considerar el aspecto filosófico de la conducta como el eje rector en la materia penal, puesto que de ahí se dará la pauta para saber si un hecho con apariencia de delito debe ser analizado a fondo por la autoridad investigadora, o si, por el contrario, debe excluir su estudio por considerarse ocioso de acuerdo a los principios del Derecho Penal moderno.

³¹ Se estima, a juicio de este investigador, que los elementos provistos en la teoría que se hace referencia cuenta con elementos sólidos para establecer un parámetro general de actuación conforme a la Teoría General del Delito, de acuerdo a su evolución histórica, fines legítimos y métodos de aplicación del poder punitivo (*ius punendi*). Al respecto, Cfr. Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *óp. cit.*, pp. 42 – 195.

Para no entrar en disertaciones filosóficas en torno a la conducta y sus implicaciones³², para efectos jurídicos se puede destacar que, en la dogmática jurídico-penal, se acepta de manera general que existen acciones y omisiones que son materia de reproche: la *conducta* se divide en *acción* y *omisión*.

A su vez, la omisión puede ser considerada, dependiendo de la corriente dogmática que se estudie, en omisión propiamente dicha (omisión simple), y la omisión por comisión³³: y con ellas, sus múltiples variantes.

Algunos consideraron que las acciones son los movimientos corpóreos voluntarios que modifican la realidad³⁴ (idea que fue seguida de forma hegemónica por el criterio imperante hasta mediados del siglo XX, en el que los neocausalistas como Jiménez de Asúa³⁵ comenzaron a deconstruir estas posturas a partir de la crítica fundada); por su parte, otros dogmáticos le dotaron de un sentido y voluntad propias, que, encaminadas a una finalidad, hacen posible la visualización del objetivo específico de esa acción.

³² Existen disertaciones en torno a la voluntad humana que tienen una carga filosófica detrás: muchas de ellas requieren comprender aspectos básicos de la antropología filosófica para poder entender el contexto sobre el cual se erigen, y visualizar la meta de la teleología en su cuestionamiento. Se llega a hablar de problemas intrínsecos sobre moralidad, axiología, ontología, metafísica y estética para determinar una razón última del estudio de la voluntad. Sobre este tema Cfr. Hospers, John, *La Conducta Humana*, Trad. Cerón, Julio, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1979, Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, *óp. cit.*, pp. 36 – 46, y Ramírez Rojas, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito*, *óp. cit.*, 29 - 39 y 144 – 150.

³³ Esta postura es asumida por la mayor parte de los dogmáticos clásicos en la teoría del delito: incluso, se cristaliza en palabras de Fernando Castellanos Tena, quién, en sus *Lineamientos*, ya advertía estas dos formas de aparición de la omisión. Véase Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 56ª Ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2012 p. 165 Más teóricos han bautizado con diverso nombre estos temas, incluyendo la subclasificación de los delitos de omisión propios e impropios. Véase Jescheck, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Trad. Manzanares Samaniego, José Luis, 4ª Ed., editorial Comares, Granada, España, 1993, p. 547 – 555.

³⁴ Esta línea fue marcada por Franz Von Liszt, en la cual estimaba que por el simple movimiento corporal voluntario hace que la realidad se modifique, y con ello planteaba un factor a considerar como causa para la producción del delito: esta opinión fue seguida por la mayoría de los causalistas (teoría de la causa y efecto, imperante en el positivismo científico), por lo que se asumió como el criterio hegemónico de la época. Véase Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, *óp. cit.*, p. 292.

³⁵ Jiménez de Asúa realizó un planteamiento diverso al del eje clásico de la Teoría del Delito, al señalar que la finalidad de la acción importaba, sin que se alejara del todo del postulado planteado por el eje Liszt-Beling-Radbruch en lo tocante a la culpabilidad. Es de destacarse la siguiente cita: “*Con sagacidad de filósofo, Max Ernesto Mayer ha descrito los elementos éticos y psicológicos que Mezger llamó, acaso con más exactitud, intelectuales y emocionales. Mayer y Soler creen que deben ser tratados en la teoría general de la culpabilidad. Pero, a nuestro juicio, esto es un vicio de sistema, a no ser que se aprecien como posibilidad de conciencia, según dice ahora Hans Welzel. Esos elementos no podrán darse en la culpa que es una especie de la culpabilidad sino solamente en el dolo. Por eso no debe tratarse en una doctrina genérica de lo que sólo sólo es propio de una especie del género*”. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis,

Actualmente, podemos indicar que la conducta es “*la acción u omisión penalmente relevante, conducida por una teleología particular*”³⁶, en virtud de que tienen una finalidad específica y que se desarrollan de acuerdo a un contexto social determinados, lo que le imprime su trascendencia en la realidad.

2.3.2 Tipicidad

La tipicidad, como elemento del delito, tiene una finalidad y objeto de existencia determinantes tanto para el sistema jurídico-penal, como para el sujeto a quien va destinada la norma penal: A través del tipo penal, el sistema jurídico propone las conductas más aberrantes para una sociedad y las pone de manifiesto públicamente en una ley para los fines de prevenir, de manera general, a todos aquellos que pudieran incurrir en las hipótesis típicas, sabiendo perfectamente las consecuencias que acarrea el cometer la conducta que en su texto se asienta (hipótesis típica).

Por ello, la tipicidad, para su estudio, será propuesta a través de la definición de Ramírez, misma que se cita para mayor explicación:

*“aquella característica [elemento] del delito consistente en el encuadramiento perfecto de la conducta desplegada con la hipótesis descrita por el legislador en una norma penal vigente (tipo penal)”*³⁷.

De su definición se advierte precisamente como partes constitutivas del elemento del delito los requisitos implícitos siguientes:

a) El encuadramiento perfecto de la conducta del sujeto activo en alguno de los tipos penales que se encuentre vigente al momento de los hechos, derivado de un ejercicio de confrontación entre ambas;

b) El presupuesto de existencia de tipo penales, en los cuales se determinarán, a manera de catálogo en una ley general vigente, y formulados con toda precisión y claridad, las conductas más aberrantes para la sociedad, así como su respectiva consecuencia jurídica: para ello, se debe respetar

Lecciones de Derecho Penal, Colección Clásicos del Derecho, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, D.F., 1995, p. 238.

³⁶ Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta...*, *óp. cit.*, p. 145.

³⁷ *Ibidem.*, p. 161.

estrictamente lo plasmado por el legislador y debe tener como requisito estar publicado previo al hecho; y

c) Que la conducta desplegada traiga una pena aparejada prevista por el legislador para el caso de incurrir en dicha conducta, como forma de prevención general positiva, a manera de amenaza –coloquialmente hablando– para el ciudadano.

Todos estos procesos involucran una parte importante en la creación de un delito para el Estado moderno, por ser los requisitos mínimos con los que todo ciudadano debe contar para defenderse, y brindar con ello una seguridad jurídica con respecto a la investigación de delitos, derivado de las experiencias y anotaciones que en su momento brindara Bonesana (Beccaria).

Primeramente, conviene diferenciar claramente entre la tipicidad (elemento del delito) y un tipo penal (norma jurídica), en razón de que el segundo da origen al primero en el estudio dogmático. Si se aduce que la tipicidad es el *encuadramiento de la conducta en la hipótesis normativa penal*, se debe especificar que, previamente, contamos con la existencia de una norma penal que pueda fungir como parámetro para el estudio: Dicha norma ha recibido el nombre de *tipo penal*.

Su nombre deriva de los estudios realizados por Ernst Von Beling, en cuya obra denominada *Teoría del Delito-Tipo*, estableció los primeros fundamentos sobre este elemento del delito, considerando que solo aquellas conductas que se encontraran previstas dentro del catálogo público de las conductas más aberrantes de la sociedad, serían susceptibles de recibir castigo público³⁸.

Por ello, genera la idea de un catálogo de delitos (a manera de fotografías) que pudiera establecer, con toda claridad, las conductas que son materia de castigo público, y que fue llamando tipo, por ser el tipo de homicidio, el tipo de secuestro, etc., refiriéndose al tipo como una descripción general y abstracta de una conducta que puede acontecer en la sociedad, en contraposición con lo atípico para el jurista.

³⁸ Cfr. Beling, Ernst Von, *Doctrina del Delito-Tipo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 3.

Para la construcción de tipos penales debe considerarse la estructura que en su oportunidad brindara González Mariscal respecto a los elementos del tipo penal, mismos que sirvo citar a continuación:

$$\text{“Tipo} = [NB (A1+A2+A3+A4+A5) (P1+P2) M] [(J1+J2) (I1+I2) R (E+G+S+F)] \\ [(W1+W2) V] X1$$

Donde:

- *NB es el deber jurídico penal con respecto al bien jurídico;*
- *A es cada uno de los elementos del sujeto activo (voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica, pluralidad específica);*
- *P representa los elementos del sujeto pasivo (calidad específica, pluralidad específica);*
- *M es el objeto material;*
- *J involucra la voluntad (dolosa y/o culposa);*
- *I es la actividad o inactividad;*
- *R representa el resultado material;*
- *E, G, S, F son las modalidades de comisión del hecho (medios comisivos, referencia temporal, referencia espacial, referencia de ocasión);*
- *W es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (tanto como consumación como tentativa de la conducta);*
- *V expresa la violación del deber jurídico penal;*
- *X corresponde a cualquier otra variable que pudiera contemplarse dentro de la construcción del tipo”³⁹.*

De ellos es observable la lista mínima de elementos con los cuales un tipo penal debe identificarse (dependiendo de las conductas que se pretendan catalogar como delito), que incluyen el verbo rector que orienta el cuidado del deber jurídico frente a la norma (la conducta prohibitiva y materia de la prohibición), la calidad específica de los sujetos activos y pasivos, el objeto material (sobre el cual recae la conducta), modalidades de la comisión, así como la lesión o puesta al bien jurídico tutelado, entre otros factores.

Dicha consideración teórica hace posible la orientación para la construcción adecuada de un tipo penal, en aras de castigar correctamente

aquellas conductas que generan un daño a la sociedad, fundando en una hipótesis normativa aquello que no debe de realizarse; y que, en caso de realizarse, prevea una consecuencia jurídica aparejada a la actualización de dicha hipótesis sancionada.

De ahí que, al desplegar una conducta relevante para el Derecho Penal, por estar actualizando una hipótesis normativa que se considera castigada por la sociedad, se puede advertir ya la aparición de un posible delito, mismo que aún debe ser comprobado con otros factores y filtros (como lo es el juicio normativo entre lo desplegado por el agente y la armonización del sistema jurídico en su conjunto; o la posterior valoración del juicio de reproche que se erigirá al mismo sujeto activo con respecto a su actuar –antijuridicidad y responsabilidad jurídico-penal, respectivamente en el estudio prelativo de elementos del delito-).

Al considerarse integrada la tipicidad en el momento en que se verifica el encuadramiento perfecto de la conducta en la hipótesis descrita, debemos estudiar el juicio de valoración normativa que nos dará la pauta para saber si la conducta desplegada se encuentra o no al amparo de alguna disposición diversa del orden jurídico, lo que le dotaría de licitud jurídica, y que impediría el estudio del delito en lo sucesivo: la antijuridicidad.

2.3.3 Antijuridicidad

La antijuridicidad, como elemento del delito, consiste en el juicio normativo de confrontación entre las normas penales prohibitivas y la conducta desplegada, y en cuyo resultado final se observa que, partiendo de la realización de una actuación contraria la norma, no exista alguna causa que permita establecer la licitud del hecho (en un ejercicio de armonización con el sistema jurídico en general); razón por la que debe realizarse a posteriori un juicio de reproche contra el autor por la conducta desplegada.

La antijuridicidad, como elemento del delito, podemos definirlo en los términos en que los ha planteado Ramírez, a saber:

³⁹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 6ª Edición, Ed. Trillas, México, 2014, p. 30.

“la actualización de una conducta contraria al sistema jurídico vigente, y cuya actuación no encuentra amparo en alguna causa de licitud”⁴⁰.

De dicha definición, podemos apreciar con claridad que, para su actualización, se requiere en primera instancia, actuar en contra del sistema jurídico, pero dicha actuación no debe entenderse en un sentido abierto, sino en el contexto penal, en virtud de un estudio de una conducta penalmente relevante (por estarse realizando un exámen prelativo en torno a los elementos del delito). Ello, hace necesario señalar que exista una conducta contraria a la norma penal, y que dicha conducta no tiene justificación ni licitud por virtud de otra norma diversa dentro del sistema jurídico.

Así, si posterior a la verificación del llamado *juicio de normas, juicio normativo, o valoración normativa*, no aparece alguna razón válida por la cual se debía actuar contrario a la norma, subsiste la pretensión del castigo, pues se actúa en contra de una norma prohibitiva que señala expresamente la restricción a esa conducta, y no media alguna razón para considerar lícito ese actuar; por lo tanto, debe continuarse con el estudio integral del delito.

Su debate estuvo mucho tiempo ceñido a aspectos vinculados con la tipicidad⁴¹; sin embargo, cuando se cayó en cuenta de que existe un juicio de normas en el que entraban a discusión las regulaciones legales en todo el sistema jurídico en torno a la conducta delictiva⁴², y en la medida en que se avanzó en el modo de estudiar la culpabilidad, se vislumbro la necesidad del

⁴⁰ Ramírez,Rojas, Daniel, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito*, óp. cit., p. 155.

⁴¹ Al respecto, véase el señalamiento de Ramírez al precisar: “...el hecho de considerar de forma simbiótica a la tipicidad con la antijuridicidad terminó por ofuscar su interpretación en torno al dolo, lo que desembocó en que, finalmente... terminará por adoptar la estructura clásica de la culpabilidad, en donde el dolo es valorado en este elemento del delito, y no como sugirió Hans Welzel en su momento, como parte integrante del tipo penal, para la descripción precisa de la hipótesis normativa exigida para la actualización del delito...”, de donde se advierte que la problemática del dolo fue el principal eje entre las posturas clásicas y neoclásicas de teorías del delito para diferenciar el estudio de culpabilidad del estudio de tipicidad, y con ello, advertir entre el juicio de reproche, y el juicio de normas propiamente dicho (este último, origen mismo de la antijuridicidad). Cfr. *Ibidem.*, p. 80.

⁴² De hecho, es notable la demostración de las argumentaciones de Hans Welzel para poder enmarcar la importancia del estudio de la antijuridicidad: “*El injusto (acción antijurídica) era considerado como algo que pertenece al mundo exterior como parte del injusto objetivo, no como un juicio desvalorativo objetivo (general). Si la antijuridicidad es entendida como el proceso causal externo, el injusto debía concebirse como la lesión o puesta en peligro al bien jurídico... el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, redefinió la separación clara entre lo externo-interno, lo que generó una grieta dominante de la época*”, de donde se aprecia que se volvió necesario el estudio del elemento objetivo no solo como valoración del

estudio de las llamadas causas de justificación (ahora, conocidas como causa de licitud, pues su principal finalidad es demostrar la permisión en el caso particular de la realización de una conducta con apariencia de delito, al amparo de una norma específica que le confiere ese derecho).

Posterior a la comprensión de las causas de justificación (contenidas dentro del sistema de normas que otorgan facultades específicas para la realización de ciertos actos que, en principio, tienen apariencia de delito), se entendió que, para el estudio de un delito, se debía realizar un examen valorativo a nivel jurídico.

Este examen normativo se realiza para verificar si el actuar con apariencia de delito se encontraba precedido por una consideración en el apartado normativo que confirmaría si existe una actuación antijurídica en el caso específico (contraria al orden jurídico); o si, por el contrario, se advierten posibles causas que generen la licitud de la conducta a nivel general.

De ahí que la existencia de las llamadas causas de licitud sean claves para poder establecer si se debe continuar con el estudio del hecho con apariencia de delito o no, pues existen situaciones que originalmente podrían representar un delito, pero que cuentan con algún permiso especial o una obligación específica que le constriñe a la realización de la conducta materia de la prohibición, mismos que pueden llegar a determinar la ausencia de la necesidad del estudio. Por lo que considerarlo como un elemento del delito que debe ser sometido a valoración resulta, además de idóneo, obligado.

Uno de los ejemplos con los que se podría explicar de mejor manera una causa de licitud se ciñe al ejemplo del choque de un vehículo ajeno al conductor por parte del sujeto activo –que, en condiciones normales, consistiría daño en propiedad ajena-, autorizado o con el consentimiento del titular del vehículo para dañarlo, lo que redundaría en un consentimiento del titular del bien jurídico tutelado (anula su persecución, pues es consentido o aceptado por el mismo titular del bien); o el caso del militar que, en aras de cumplir su labor, realiza alguna conducta que en sí misma es delictiva (homicidio) en función de su deber (cumplimiento de un deber).

hecho en sí mismo, ni solo como una valoración anímico-subjetiva, sino también con el sistema objetivo general (la ley). Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Aleman*, pp. 72 – 73.

Las principales causas de licitud que actualmente se conocen (y que originaron el apartado relativo a la antijuridicidad en la doctrina) pueden encontrarse como las siguientes: a) Cumplimiento de un deber, b) consentimiento del titular del bien jurídico, c) legítima defensa, d) salvaguarda de un bien jurídico, etc. (varían dependiendo del contexto y corriente del autor que se elija). Cada una de ellas tiene características particulares que les define y circunscribe como tales.

Una vez estudiadas las causas de licitud que se reconocen en la doctrina, se puede observar como se ha realizado ya un estudio de prelación lógica antes de examinar directamente el elemento del delito en el que se inspira el título de la tesis, la *culpabilidad*. Por ello, y continuando con la línea de estudio, se procederá a tocar el tema de la culpabilidad; sin embargo, es preciso hacer la acotación desde este momento que la culpabilidad es reconocida como parte de la *Responsabilidad jurídico-penal* en la Teoría Ecléctica del Delito⁴³: razón por la que se abarcará de esta manera.

2.3.4 Responsabilidad jurídico-penal

La responsabilidad jurídico penal (mejor conocido como culpabilidad en otras teorías del delito existentes –causalismo, finalismo, legalista del delito-), consiste en el efectivo juicio de reproche respecto a la conducta desplegada en contra de su autor.

Ello creará una vinculación entre el resultado y su autor, generando consecuencias negativas en la realidad, y que son atribuibles al causante por no mediar alguna explicación razonable para su conducta, y existir formas y modos de actuación distintos, mismos que son exigibles al autor en la especial situación del momento de la conducta de los hechos penalmente relevantes.

Naturalmente, trae aparejada su consecuencia jurídica, en caso de comprobarse el efectivo reproche, que consistirá en la punibilidad, de la cual se abordará más adelante.

Claus Roxin estableció el cambio de vocablo para el término anteriormente conocido como *culpabilidad*, remplazandolo de forma efectiva por algo a lo que este investigador se adhirió en anteriores trabajos (por

considerarse más acertado⁴⁴), y que consiste en el planteamiento del término de *responsabilidad jurídico-penal*, por ser el término que resulta idóneo y más preciso para contemplar, de forma correcta, el ligado de la actuación ilícita con su autor, por ser éste quién debe responder por las consecuencias generadas por la conducta desplegada de actos que se estiman contrarios a la norma penal.

La integración de la Responsabilidad Jurídico-Penal, aborda entre sus componentes -a la luz de lo que expuso originalmente Roxin en su obra-, de los elementos siguientes: a) Culpabilidad (en estricto sentido); b) Valoración en torno a la exigibilidad de otra conducta; y c) Necesidad Preventiva⁴⁵.

Sin embargo, por ser la exigibilidad de otra conducta un elemento negativo a valorar dentro de la culpabilidad en la esfera de la dogmática penal comúnmente aceptada, se subsumirá para efectos de este trabajo como parte de la misma.

Por otra parte, es menester señalar que, dentro de la culpabilidad, se estima como un presupuesto de la misma a la *imputabilidad*: es de explorado derecho que existen en la doctrina diversas posturas que señalan a la imputabilidad como la capacidad jurídica de reproche del injusto. Sin embargo, el cómo determinar dicha característica es lo que ha generado diversos criterios en torno a este presupuesto (que también has sido considerado como un elemento del delito, elemento de la culpabilidad, presupuesto procesal, etcétera).

En esta investigación, se estimara a la imputabilidad como una característica valorativa del estado psicosocial de adquisición del sujeto cognoscente para actuar conforme a sus propias determinaciones, así como para comprender los mandamientos que preceptúa la norma y su finalidad, para que, con ello, y al momento de confrontar ambas, se pueda establecer si se puede realizar el juicio de reproche, o no⁴⁶.

⁴³ Véase, *Íbidem.*, pp. 157 – 168.

⁴⁴ Las razones han sido debidamente expuestas en Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito*, *óp. cit.*, pp. 117 – 118, 157-158.

⁴⁵ Al respecto Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General...*, *óp. cit.*, 791 – 793.

⁴⁶ De este tema, es necesario destacar el punto relativo a la *Asequibilidad Normativa*, en el cual la capacidad subjetiva y normativa de razonar por parte del sujeto imputado resulta

Por otra parte, el término de responsabilidad resulta idóneo en tanto que, desde el vocablo de donde emana de forma primigenia romana en la filología, *respondere* hace referencia a la actuación de hacerse cargo de los actos, y, con ello, de sus consecuencias; por lo que al buscar un responsable en el proceso penal, se entiende fácilmente que lo que se busca no es con quién te quejas, sino quién asume lo que sucedió y debe de responder por ello.

Esto se practica a veces a manera de rendición de cuentas, a veces como exigencia de una respuesta suficiente y necesaria para la sociedad de lo que sucedió, a veces como un derecho a la verdad y un objetivo de reparación integral del daño en favor de las víctimas (*que se castigue al culpable...*); pero siempre como ese juicio de valoración por la vinculación entre la conducta desplegada y su autor.

Y dado que la imputación objetiva busca la focalización de una persona apta para realizarse un juicio de reproche específico por los agravios cometidos contra la sociedad de forma objetiva, con fundamentos lógicos y con elementos epistemológicos suficientes y necesarios para fincar una responsabilidad penal, es el punto de partida para establecer una conexión entre los hechos y las personas posibles de haber desplegado la conducta, convirtiéndose con ello en un proceso cognitivo obligado para el inicio y la culminación de cualquier procedimiento penal, por estar involucrado en el proceso de la culpabilidad, y con ello, en la responsabilidad penal.

La culpabilidad, como juicio de reproche, cuenta con una valoración en su esfera interna y en su esfera externa del sujeto activo; por lo que, para poder enfatizar su estudio, se valorarán como procesos a priori y a posteriori al momento de los hechos, pues de ellos se puede desprender en cualquier teoría del delito el llamado *iter criminis*⁴⁷, dada la naturaleza conflictuada entre lo que

determinante para saber el grado de aprehensión y comprensión del hecho por parte del enjuiciado, y con ello hacer notar de manera efectivamente, conforme al estándar de la norma, la capacidad que tiene para comprender el reproche en su contra. Véase *Ibid.*, pp. 807 - 808.

⁴⁷ Para comprender de mejor manera el *Iter Criminis* (camino o vida del delito), baste observar el contenido provisto por Castellanos Tena, quién, en su intento de hacerlo un tema digerible, señala 6 fases concretas para la identificación del momento en el que se encuentra el sujeto activo previo a actualizar el delito: 1) Ideación, 2) Deliberación, 3) Resolución, 4) Manifestación, 5) Preparación, y 6) Ejecución. Dichas fases se subdividen a su vez entre la esfera del pensamiento (los primeros 3), y los actos efectivamente materializados (los últimos). Los segundos pueden ser ya materia del reproche al externarse en la realidad. Al respecto, véase Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos...*, (64ª Ed., 2008) *óp. cit.*, pp. 283 – 287.

se construye con representación dentro de la mente del sujeto activo, y lo que efectivamente acontece en la realidad.

2.3.4.1 Culpabilidad

La culpabilidad, como elemento de la responsabilidad jurídico-penal, tiene a su cargo el estudio de la valoración del reproche personal que se realiza al autor de un hecho estimado como ilícito típico y antijurídico, mismo que parte desde un criterio de apreciación del juez sobre las capacidades y aptitudes personales del sujeto activo con respecto de la conducta desplegada, así como los perjuicios a la sociedad que deben ser castigados en la debida proporción de acuerdo a los daños, para finalmente erigir el reproche.

Todos estos puntos son fácilmente observables a la luz de la legislación local, en cuyo artículo 72 del Código Penal para la Ciudad de México se establecen los criterios sobre los cuales el juzgador, en su investidura de representante de la sociedad en el frente del poder judicial, como ente facultado para ello, y como una obligación social, moral y jurídica, erige como antecedentes para fincar una sentencia, y determina un grado de culpabilidad en función de sus actos y su circunstancia específica⁴⁸.

Continuando con la estricta dogmática, la Teoría del Delito asigna, como algunos de los aspectos requeridos para establecer un reproche, una serie de presupuestos que permiten dilucidar las condiciones internas y externas del sujeto activo dentro de su actuar típico antijurídico.

Ello involucra, de forma necesaria y a manera de presupuesto (algo que se tiene por dado antes de comenzar un proceso), su plena capacidad: a este

⁴⁸ En dicho artículo, se señalan distintas circunstancias que el Juez debe observar de forma obligatoria para establecer una sentencia condenatoria adecuadamente fundada y motivada, entre de las que destacan: *I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla; II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres...*; entre otras circunstancias integradoras del contexto de la comisión del delito. Véase Artículo 72, Código Penal para la Ciudad de México, ISEF, Ciudad de México, 2021.

presupuesto se le denomina Imputabilidad, y consiste en apreciar la *capacidad cognitiva* y de *asequibilidad normativa* que tiene⁴⁹.

Se puede decir que la asequibilidad normativa está en función directa de la comprensión de la exigencia de la norma, para poder asumir que la persona puede comportarse según lo establecido por ella. En otras palabras, *“el autor parte de la idea de que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, y se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él”*⁵⁰.

Por lo que, en el momento en el que, comprendiendo la norma y pudiéndose comportar conforme a sus preceptos, incurre de forma clara en una falta a ella, se convierte en objeto de reproche, pues se estima que conoce el sentido de la norma, y con ello, no sólo rehúsa su contenido, sino que actúa contra él a conciencia.

Otro presupuesto es el agote del principio de prelación, mismo que exige estudiar al delito como un ente típico (previsto en la norma penal, y encuadrado perfectamente el actuar en la hipótesis típica) y antijurídico (actuación que infringe la norma penal y no encuentra justificación en su actuación).

Aunado a ello, la culpabilidad ha tenido distintas facetas a través de la historia que son susceptibles de ser estudiadas: en líneas precedentes señalamos que el juicio de reproche involucra un reproche interno y uno externo, en los cuales suceden distintos procesos para la materialización de la conducta delictiva prohibida por la norma penal.

Esta dualidad en el estudio del mismo hecho fáctico ha hecho que se generasen debates en torno al dolo y la culpa, mismos que en su momento

⁴⁹ Muñoz Conde hace manifiesto esta situación al señalar en su obra que: *“Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario, conforme al Derecho Penal actualmente vigente, que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una posición en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo... no puede ser motivado por la norma, o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele a su autor, y, por tanto, este tampoco podrá ser sancionado con una pena”*. Véase Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal – Parte General*, 8ª Ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2010, p. 357.

⁵⁰ Ramírez Rojas, *Propuesta...*, *óp. cit.*, p. 127. Cfr. Roxin, Claus, *óp. cit.*, p. 808.

fueron encasillados en la parte interna de la culpabilidad en las teorías causalistas y neocausalistas (Von Liszt y Beling en los primeros, Jimenez de Asúa y Mezger en los segundos); y que, con el finalismo fueron dirigidos a la construcción del tipo penal como elementos subjetivos y normativos del tipo penal (Welzel)⁵¹.

2.3.4.2 Actuación en lugar de ello

En este tópico, una de las cosas que Roxin deja claro cuando se realiza un reproche de la conducta, es que la mayor parte de las concepciones de la culpabilidad tienden a buscar razones de la reprochabilidad en una actuación mejor de la que se tuvo en el momento de los hechos: la figura doctrinal de actuar en lugar de ello⁵².

Esta figura consiste en pensar que la actuación de la persona que se constituyó como sujeto activo tenía una oportunidad para actuar conforme a la norma le indicaba, y con ello, vindicar su actuar hacia un fin legítimo; o, en el peor de los casos, buscar una actuación que se encontrara acorde con alguna otra exigencia del sistema normativo para poder justificar su conducta.

⁵¹ Cada uno de los autores mencionados tuvo su particularidad al momento de abordar la culpabilidad en sus obras: por ejemplo, Liszt está convencido que el dolo y la culpa son meramente aspectos internos que se deben valorar en la fase del reproche, esto es, en la culpabilidad, ideas a las que se sumaron Beling y Mezger; posteriormente, con las ideas del finalismo permeando, Jiménez de Asúa hace un reconocimiento de la importancia del estudio de la finalidad de la conducta, pero sin alejarse del criterio brindado. Por otra parte, cuando Welzel maneja la idea de los elementos del tipo que deben estar perfectamente circunscritos, se enfoca en señalar que los aspectos volitivos en la realización de la conducta atienden a cuestiones de modalidad de la comisión, que deben estar prescritos dentro de la norma penal para su reproche, no en este (*Principio básico.- La acción es configuración consciente de la realidad. El dolo exige, la conciencia del hecho en todas aquellas circunstancias del hecho que pertenezcan al tipo objetivo. No exige el conocimiento de todas las condiciones objetivas de punibilidad*). Cfr. Liszt, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003; Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal y la doctrina del Delito Tipo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003; Mezger, Edmund, *Derecho Penal – Parte General: Libro de Estudio*, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, México, 1985; Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990; y Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11ª Ed., Trad. Bustos Ramírez, Juan, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1993. pp. 86 – 88.

⁵² Eso se desprende del análisis que realiza a las corrientes psicologista, normativo y finalista de la culpabilidad, en donde, siguiendo las consideraciones de Reinhard Frank, James Goldschmith, Berthold Freudenthal, Wilhelm Gallas, concluye que todas están enfocadas a explicar la figura del actuar de otra forma. Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, *óp. cit.*, pp. 794 – 798.

La actuación en lugar de ello ha sido duramente atacada por tener como eje de la culpabilidad el reproche de que el sujeto activo pudo actuar diferente, sin que en la sustancia, se modifique mucho el debate.

Ya sea a través de la comprensión de la conducta reprochada (o la falta de la comprensión de la misma), o de encontrar razones por las cuales se considera que era inevitable actuar de ese modo, el debate se sigue limitando a aspectos puramente sustanciales de una mejor actuación conforme a Derecho y conforme a lo esperado por un ciudadano común en contra del sujeto activo, lo que genera que haya claramente un reproche por no hacerlo, y que se ha descrito como el principal objetivo de la culpabilidad, sea como un aspecto formal o como el elemento material que se somete a reproche.

2.3.4.3 Necesidad preventiva

Uno de los aspectos más innovadores de Claus Roxin respecto a la teoría del delito y que tiene trascendencia práctica en la toma de decisión en los casos judiciales –en particular para la materia del Derecho Médico-, es la implementación de la llamada necesidad preventiva como una forma de aplicación controlada de una consecuencia jurídica de acuerdo a diversos parámetros sociales que determinan el justo reproche.

Este elemento de la responsabilidad jurídico-penal del sujeto es relevante para el Derecho Médico en tanto que la calidad específica del sujeto activo en delitos relacionados con la materia medica exigen, para su configuración y actualización, la calidad de profesionalista de la salud.

Aunque tiene distintas ópticas para ser abordado este tópico (por mediar entre los límites de un elemento de la responsabilidad y como parte formal de un modo de aplicación de la punibilidad, y que puede llegar a ser interpretado como una cuestión procesal que tiene una mejor tutela con instituciones análogas a las medidas cautelares, que se manejan actualmente por el Código Nacional de Procedimientos Penales), es preciso mencionar que tiene origen en las ideas relacionadas con la Política Criminal, y los alcances de esta para la aplicación de los criterios positivos y negativos para general el respeto a la norma en la sociedad.

La necesidad preventiva es incluida como un factor a considerar del sujeto activo en el estudio de delitos, a fin de que el juez se encuentre capacitado para comprender, desde la visión jurídica, la real necesidad que existe para que el responsable tenga que encontrarse sujeto a una prevención específica en su contra, y replantear la necesidad del merecimiento de la pena⁵³.

En palabras de Ramírez Rojas, se puede decir lo siguiente sobre el tema, para su mejor comprensión:

“Este concepto entiende a la culpabilidad como una atribución preventivo general donde “solo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad”, y cuyo fin es la prevención general, entendiéndola como el ejercicio de la fidelidad del Derecho, y cuya teleología será encaminada a la búsqueda de la “estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva”: “Sólo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación”, señala respecto a la consecuencia jurídica”⁵⁴.

De lo anteriormente transcrito observamos que la idea general de poder establecer a la necesidad preventiva como un aspecto a valorar dentro de la teoría del delito, atiende exclusivamente al hecho de que la finalidad de la culpabilidad –y su legítima consecuencia, la pena- se encuentre acorde a una finalidad semejante a la que tutela el Derecho; y que, en caso de que el problema pueda ser solucionado por vía diversa a las medidas que se establecen con la pena, se debe optar por solucionar de ese modo, llegando a considerar incluso la exculpación.

Al ser los médicos un grupo particular para el estudio de delitos bajo esta concepción, es de decirse que los fines de la pena tienen un propósito muy especializado, que consiste en hacer notar al autor la reprochabilidad de su actuar, generar conciencia del error, y con ello prover un castigo para servir de ejemplo a los demás, mientras que se individualiza una pena para el sujeto activo.

⁵³ Cfr. *Ibidem.*, pp. 805 – 807.

⁵⁴ Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta...*, *óp. cit.*, pp. 125 – 126.

Sin embargo, no todos los sujetos activos ameritan un trato igualitario: al imponerse una pena de prisión, se busca que la finalidad de la pena sea justamente una medida de prevención para evitar que se repita un incidente de esta naturaleza, mientras que se trabaja en su reinserción.

El grupo de los médicos y de los profesionales de la salud pueden tener una connotación distinta en el mismo momento en que su actividad es más requerida en el exterior que en el interior de un reclusorio; además, como hemos anticipado, su formación tiende a hacer un poco más sensibles a los profesionales de la materia sobre las problemáticas sociales; por lo que las dinámicas de prevención especial de la Política Criminal no son precisamente necesarios con ellos en todos los casos.

Por cuestiones de esta naturaleza, podría especificarse que la punibilidad quedaría en un estado casuístico con el gremio de los profesionales de la salud (en concordancia de las ideas de Roxin), lo que en la práctica, sería algo difícil de implementar; pero que no debe dejarse de lado para hacer notar la falta de necesidad de castigo en algunos casos relacionados con los médicos (en tanto que es factible resolver de forma diferente que con vías penales cada uno de los casos).

2.3.5 Punibilidad

Algunos dogmáticos señalan que dicho concepto no es un elemento del delito, por ser la efectiva consecuencia de actuar contra la norma; criterio a la que este investigador se adhiere.

Ello es así a causa de que, si bien es cierto, todo hecho antijurídico y responsable del que se puede hablar trae aparejada su sanción penal, ella no es efectiva hasta en tanto se aplique en el mundo jurídico para que se puedan apreciar los cambios en el mundo fáctico.

Dado que esta situación no acontece sino hasta la etapa de la ejecución de la pena (es decir, posterior a la emisión de una sentencia condenatoria que prive de forma efectiva de los derechos al reo), su decreto se considera más propiamente una consecuencia que un elemento en sí mismo del delito.

Al respecto, debemos diferenciar entre la punibilidad, pena y punición, pues estos tres vocablos son susceptibles de ser utilizados como sinónimos, siendo que cada uno enmarca una finalidad específica en la doctrina.

Para guiarnos al respecto, se citará a Ramírez en su definición sobre punibilidad:

“La punibilidad será considerada en esta propuesta a partir de una construcción propia como “la aplicación de la pena al autor del hecho penalmente relevante”. Para estos efectos, se entenderá que la pena es la efectiva privación de los bienes y derechos jurídicamente tutelados”⁵⁵.

De la anterior transcripción, podemos señalar y concluir lo siguiente:

- a) Punibilidad.- Consecuencia jurídica de la comisión de un delito, misma que se concreta en el momento de la aplicación de la pena.
- b) Pena.- Es la sanción prevista por el legislador, por incurrir en el encuadramiento perfecto en la hipótesis descriptiva como prohibición para el ciudadano común.

Dicho elemento, es un elemento de la construcción del tipo penal, y que permanece inactivo entre el ciudadano común hasta en tanto alguien recae en ese encuadramiento típico, con un estudio antijurídico y que es reprochable por virtud de su especial circunstancia. En términos coloquiales, consiste en la ‘amenaza’ por parte del Estado para evitar que se realice una conducta que lastime a la sociedad.

- c) Punición.- Es el acto de la efectiva aplicación de la pena, donde se realiza la efectiva privación de bienes y derechos a los que todo ciudadano tiene acceso a causa de una actuación contraria a Derecho que ha generado una forma especial de prevención en la sociedad con respecto al sujeto en el cual recae.

Se puede señalar que dicha punición busca, entre otras cosas, el convencimiento del reproche de la actuación en el sujeto en comento, y

⁵⁵ Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta...*, *óp. cit.*, p. 169. Dicha definición es obtenida de los enunciados de la Penología, tomando como punto de partida la acción social, siendo la legítima consecuencia la aplicación de la pena. Véase *Ibid.*, pp. 10, 45, 134; A su vez, Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 5ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2009.

su posterior trabajo individual y colectivo para procurar la justicia retributiva, o en su caso, restaurativa a la sociedad.

Al respecto, existen distintos tópicos sobre la Teoría de la Pena que pueden ser útiles, que van de la mano con los principios de prevención general y específica –en sus aspectos positivos y negativos- de la Política Criminal, y de la Criminal Política; empero que, por no ser materia de la presente investigación, se dejan enunciados como fundamento primigenio de las razones por las cuales se ha establecido de esta manera el esquema de este aspecto jurídico-penal.

2.3.6. Elementos negativos del delito

Cada uno de los elementos arriba expuestos tiene su elemento correlativo como aspecto negativo como una forma de evitar la continuación en la necesidad del estudio de un hecho con apariencia de delito.

Si alguno de estos elementos negativos del delito aparece en la ecuación, inmediatamente se advierte, provoca que se deje de estudiar el hecho por la falta de actualización típica, antijurídica y responsable, por lo que deja de ser punible en cualquier momento de acuerdo a los principios de prelación lógica y de unidad del ente delictivo, a saber:

- a) Ausencia de conducta (la conducta atribuida no existe, en los términos de una imputación);
- b) Atipicidad (la conducta no encuadra perfectamente en la descripción de la hipótesis prevista por el legislador –tipo penal-);
- c) Causas de licitud (la conducta se realiza al amparo de una norma integrante del sistema jurídico, que le dota de legitimidad para realizarla);
- d) Ausencia de responsabilidad jurídico-penal (el reproche realizado no puede concretarse en virtud de que la conducta desplegada resulta ser una conducta esperada o realizada en circunstancias límite –inexigibilidad de otra conducta-, o no pueda reprocharse al sujeto por no contar con capacidad para ello –imputabilidad, asequibilidad normativa-);

Cada uno de ellos tiene una característica en particular de la cual no se ahondará por no ser materia de esta investigación el establecer un tratado de

Teoría del Delito; sin embargo, algunos de ellos pueden ser apreciados en su aplicación práctica en el contenido del capítulo cuarto, respecto a la aplicación de la Teoría del Delito como modo de argumentación jurídica en la práctica forense en casos judiciales.

Habiendo abordado de forma somera los elementos de la Teoría del Delito, y repasado que fue el contexto sobre el cual se desarrolla y se regula la actividad del profesionalista de la salud, nos encontramos en aptitud de estudiar, formalmente, las reflexiones en torno a la culpabilidad en específico dentro del campo del Derecho Médico.

Capítulo 3

La Culpabilidad dentro del Derecho Médico

Una vez abordado el marco regulatorio que tiene la materia médica en diversos aspectos a nivel general, incluyendo sus orígenes históricos, la multiplicidad de visiones y criterios jurídicos para su apreciación, y los aspectos generales de toda imputación en materia penal, es menester continuar el estudio hacia uno de los temas centrales de esta investigación: la culpabilidad.

Para poder establecer la importancia de este concepto en la materia médica, es preciso primeramente encausar su concepto de forma correcta, pues de forma inicial se puede advertir la tradición de englobar a la Culpabilidad en la idea general de elemento del delito dentro de la Teoría del Delito; no es viable considerarlo así desde la perspectiva de Claus Roxín, por lo que se comenzará con replantear ese concepto.

Más adelante, se hará un estudio interdisciplinario para vislumbrar los alcances de la materia médica en el Derecho Penal, considerando una interrelación de sus conceptos para erigir una imputación en contra de un profesional de la salud, así como para definir de forma más precisa los aspectos clave en la valoración de la Responsabilidad Jurídico Penal de un profesionista vinculado a un proceso penal.

Se finalizará haciendo hincapié en los puntos más relevantes que deben tomarse en cuenta a un profesional de la salud al momento de hacer un reproche en contra de su persona, así como propuestas para abordar temas médicos desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal.

3.1 Antecedentes teóricos de la culpabilidad

Como objeto de estudio principal del presente capítulo, tenemos que contextualizar a la culpabilidad como ente jurídico, institución dogmática y complementarlo, a través de analizar su lugar dentro de la doctrina jurídico-penal, para que nos permita acercarnos debidamente a la complejidad que abarca el estudio de este tema.

Comencemos por abordar que la culpabilidad, como aspecto jurídico, se le ha señalado de forma general que corresponde a uno de los elementos del delito dentro de la Teoría del Delito (mencionado con anterioridad en el capítulo que precede). Sin embargo, también advertimos con antelación la necesidad de dejar de considerar a la culpabilidad como elemento, para ser englobado como sub elemento de la *Responsabilidad Jurídico Penal*, por ser ésta última la que resulta relevante para la vinculación de los hechos con su autor y su respectiva valoración de condiciones para materializarlo a manera de juicio de reproche.

Se hace la aclaración de que, conforme se avanzó históricamente con la construcción de las teorías de delito, se tuvo una concepción completamente diferente de la culpabilidad, con diferentes características sustanciales; así que la evolución de la misma no escapa al estudio paralelo de la evolución de las corrientes de la teoría del delito, para mayor referencia de su localización dentro del espacio tiempo, así como de su lugar dentro de la dogmática jurídico-penal de cada época.

Dentro de los diversos análisis que versan en torno de la culpabilidad, se deben señalar de trascendencia los estudios jurídicos de Claus Roxin⁵⁶ en su obra, pues en ellos, se observa claramente una evolución sistemática sobre la culpabilidad:

Explica brevemente la evolución del concepto de culpabilidad, misma que parte desde el concepto psicológico al concepto normativo, mencionando que solo pudo desarrollarse una categoría autónoma de culpabilidad desde el momento en el que se había impuesto en la dogmática la separación entre injusto y culpabilidad.

La distinción atribuible a Roxin comienza con el análisis a la idea dominante en el sistema clásico⁵⁷, misma que señalaba que todos los elementos objetivos debían ubicarse en el *injusto penal*, mientras que los elementos subjetivos debían ser ubicados en la *culpabilidad*. Esto desarrolló el concepto psicológico de la culpabilidad, en donde se concebía a ésta como la relación subjetiva del sujeto con el resultado –en especial, en el aspecto de la

⁵⁶ Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Trad. Luzan Peña, Diego, et. al., Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 791 – 808.

comisión dolosa o culposa como eje dentro de la culpabilidad para entender el reproche completo al sujeto-⁵⁸.

Esto, más adelante, tuvo un impacto mayor de diferenciación con las posturas de Schwarz-Dreher, quienes, citados y expuestos por Hans Welzel⁵⁹, analizan el dolo del homicidio en el médico, que, en una operación de riesgo, cuenta con la muerte del paciente, aunque si bien no deseada, sí que resulta posible. El concepto de dolo –advirtieron- tiene varios grados: está tratando de salvar una vida, pese a que cuenta con un escenario fatal, por lo que, concluye el autor:

- a) Salvar una vida es su meta (dolo en primer grado).
- b) Puede presentarse la muerte o alguna otra consecuencia concomitante (como la pérdida de un órgano). Por ello, es una consecuencia posible en segundo grado (esto es, segura, posible o probable), aun cuando fueran indeseables. Otro ejemplo de ello consiste en el alpinista que confía en que podrá evitar la caída por su destreza: no actúa con la voluntad de producir un resultado, aun cuando este fuera deseable.
- c) La ley, al mencionar el actuar doloso, comprende el directo como el eventual⁶⁰.

De donde se advierte con facilidad la posibilidad de analizar el estudio del dolo en distintos grados. Si bien, en los puntos originales que Welzel señaló como posibles ya incluye la hipótesis de que la ley presupone que el dolo se encuentre ya predeterminado dentro del tipo penal, la realidad es que involucra también una serie de estudios casuísticos para determinar en qué casos es posible advertir la clarificación de la voluntad inmersa en el dolo.

Con posterioridad se fueron integrando diversas teorías que perfeccionaron este tópico en relación con otras variedades del dolo, hasta llegar a las concepciones actuales (y más complejas) del dolo, aceptándose la

⁵⁷ También llamado Eje *Lizst-Beling-Radbruch*, por ser ellos los pioneros en describir la estructura de la Teoría del Delito.

⁵⁸ Ramírez Rojas, *Propuesta...*, *óp. cit.*, p. 119

⁵⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 85.

⁶⁰ *Ibíd.*

postura general de la existencia del dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual y el dolo indeterminado⁶¹;

Dichas posturas no se abordarán por no ser parte del estudio de fondo de esta investigación, pues, para la valoración de la culpabilidad, se rechaza por completo el esquema de la teoría causalista del delito (contexto necesario para realizar dicho estudio), y se deja situado al dolo en un lugar especial dentro de la creación del tipo penal, y no dentro de la valoración del reproche personal.

Bastará para nosotros señalar, con esta idea, que la conducta del médico tiene aspectos polifacéticos, propios de su labor de salvar vidas, que lo coloca en un estadio completamente diferente al de cualquier sujeto activo, y que debe ser analizado en consecuencia bajo diversas ópticas en aras de observar todos los elementos de su actuar de forma correcta.

Siguiendo este orden de ideas, la concepción psicológica de la culpabilidad, en un primer momento, constituyó un escalafón clave para la comprensión de la culpabilidad general como ente jurídico en la década final del siglo XIX; Sin embargo, la dogmática tendría una evolución más vertiginosa en el desarrollo del siglo XX.

Con el finalismo penal propuesto y desarrollado por Welzel, y el cambio de paradigma en el pensamiento jurídico –mismo que involucró una deconstrucción del denominado Eje Liszt-Beling-Radbruch-, se advirtieron en la práctica distintos aspectos que hacían incompatibles la existencia de diversas teorías del delito de manera simultánea (de tal forma que se fue generando un movimiento denominado neocausalismo como corriente del delito); por lo que distintos criterios causalistas fueron eventualmente superados, a raíz de la exposición de las ideas novedosas que propusiera en la década de los años 1940 por el autor de referencia.

Con la adopción de la teoría finalista del delito, se debía realizar el análisis de la culpabilidad a partir de otros criterios, puesto que, al proponer su teoría, Welzel señaló nuevos criterios de imputación, de valoración objetiva y subjetiva de los elementos del tipo penal, e incluyó diversos elementos

⁶¹ Castellanos Tena, *Lineamientos...*, *óp. cit.*, pp. 239 – 241.

normativos que materializaron de forma más notoria el estudio de la antijuridicidad en la doctrina penal moderna.

Hay que considerar además que, para cuando se publica esta obra, la doctrina del delito-tipo de Beling ya era estudio obligado para todo penalista de la época, razón por la cual se cimentó correctamente el estudio de una tipicidad de forma más compleja y completa, fungiendo como base de toda imputación la hipótesis normativa prohibitiva y materia de la prohibición.

En estas condiciones, para cuando se estudia la culpabilidad en el finalismo penal, se tiene por cierto el antecedente de que existió un estudio de prelación lógica entre los elementos del delito que preceden, antes de llegar efectivamente al juicio de reproche. El modo en que se realiza ese estudio es la materia de debate entre los dogmáticos de mediados del siglo XX y hasta la última parte de ese siglo, puesto que es a finales de la década de 1980 que aparecen en la escena jurídico penal los autores Claus Roxin y Gunther Jakobs para proponer el sistema funcionalista.

Siguiendo esta línea de ideas, se observa claramente en el desarrollo de las reflexiones en torno a la culpabilidad que ya no solo influía el *aspecto psicológico* para la comprensión adecuada del reproche, sino que se debía atender a la *finalidad de la acción* para comprender el contexto completo de la conducta con el resultado: ello dio como resultado la interpretación teleológica de la conducta, para poder entablar el juicio de reproche acorde con esta finalidad última del sujeto durante su intervención, y reprochar en concordancia.

Pero este avance no fue el único; una vez que se obtuvo un criterio diferente de la imputación del juicio de reproche, se advirtió la inminente necesidad de que el sujeto cognoscente pudiera estar en aptitud de comprensión del hecho a través de su contexto normativo, para generar convicción en torno a la ilicitud de su hecho: aparece entonces la necesidad del estudio de la llamada *asequibilidad normativa*, como facultad del sujeto reprochado para comprender la ilicitud de su actuar, y con ello, contar con la disposición del sujeto reprochado para generar la convicción de su error, y con ello aceptar las consecuencias de su acto.

Más adelante, a finales de la década de los 80's, y ya con este antecedente reforzado y estudiado a complejidad, las ideas de los funcionalistas comenzaron a permear bajo el criterio rector del *garante del deber jurídico* como punto fundamental, como parteaguas de todo el contexto de la imputación y en un entorno de comunicación social y división del trabajo, se tiene que esa responsabilidad (por tener origen en ideas de Sociología provistas por Niklas Luhmann), y, por lo tanto, el reproche a su actuar, derivarán también del cargo completo que su *rol social* le constriñe.

Sin embargo, debe señalarse que no solo se encuentra la concepción de la culpabilidad como ente jurídico; sino que también existe en sus distintas modalidades como aspectos biológicos, psicológico-psiquiátricos y hasta filosóficos, que hacen variar notoriamente esta concepción meramente jurídica.

Por ejemplo, a la luz de la neurociencia, es bien sabido que existen áreas o regiones cerebrales que influyen de forma determinante en los pensamientos conscientes, la proyección de planes a distancia, la racionalidad de los pensamientos, así como las habilidades lógicas y destrezas que pueden llevar a alguien a conceptualizar completamente distinto la realidad con respecto de aquellas personas que no cuentan con variaciones o afectaciones en dichas zonas⁶².

El afectar alguna de estas zonas en su funcionamiento regular puede dar lugar a una afectación del comportamiento, misma que puede ser objeto de estudio de una conducta posiblemente delictiva. De ahí que, para poder valorar la integridad del sujeto al realizar el juicio de reproche, recomendablemente se

⁶² Existen estudios, aún desde la década de 1970, donde ya se aprecia con claridad la señalización de zonas del cerebro específicas que tienden a controlar cierto tipo de conductas conscientes e inconscientes; tal es el caso de las áreas de Wernicke y de Broca que permiten señalar con mayor facilidad las regiones del cerebro que controlan aspectos básicos de la conducta humana como lo son el habla, la psicomotricidad y otras cualidades específicas que permiten establecer su correlación funcional. Actualmente, se han desarrollado investigaciones con mayor profundidad, llegando a tener un diagrama de *Semiología Ictal* según la localización cerebral. Al respecto, véase Chusid, Joseph, *Neuroanatomía Correlativa y Neurología Funcional*, 3ª Ed., Trad. Anguiano L., Guillermo, Editorial El Manual Moderno, S.A., de C.V., México, D.F., 1974, pp. 236 – 231, y Figura 4-5, contenida en Micheli, Federico, y Fernández Pardal, Manuel M., *Neurología*, 3ª Ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 2019, p. 131.

debe saber si existe alguna afectación neuronal o psíquica que le impida tener un exámen de conciencia completo⁶³.

Otro de los puntos clave para comprender un juicio de reproche alejado de lo jurídico se halla en los elementos psicológicos o psiquiátricos que puedan dar lugar a no alcanzar a comprender correctamente el reproche de los actos, en virtud de que la construcción mental de la persona activa de un delito puede estar en completa disparidad con la construcción colectiva de lo que se tiene en el panorama general.

Dentro de los campos de la psicología y de la psiquiatría, con mayor atención en el segundo en específico, se observan cuestiones delicadas que la sintomatología propia de cada enfermedad ofrece a cada caso en concreto: por lo que, para poder estar en aptitud de declararse válidamente en ese sentido, se debe ceñir a la literatura especializada que la *lex artis* sugiera o rijan para su detección.

En el caso de las materias abordadas en este apartado, señalaremos que existe el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (conocido como DSM-V, por sus siglas en inglés –*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*-, en su 5ª versión o edición, la última versión actualizada de dicho Manual), en el cual se observan una serie de rasgos característicos de cada enfermedad mental, así como la sugerencia de tratamiento, por ser una sintomatología recurrente en personas con afectaciones de esta naturaleza.

En su contenido, se observa con detenimiento cada una de las enfermedades que son consideradas como tal por ese manual, y que pueden tener una justificación -con grado clínico- de las alteraciones del comportamiento que pueden dar lugar a una incapacidad mental.

Teniendo presente que la capacidad es uno de los presupuestos de la *Responsabilidad Jurídico Penal* de la persona reprochada (pues no es posible reprochar la responsabilidad a alguien que no comprende su actuar), es viable

⁶³ Puede observarse como ejemplo la *Crisis Focal con Conciencia Alterada*, misma que, por ser una derivación epiléptica conocida por tener una alteración de la conciencia y una interrupción de la actividad motora por un lapso variable, puede representar un riesgo para la sociedad por su capacidad de producción de conductas antisociales en esos intervalos. Al respecto, véase *Íbidem.*, pp. 133-134.

considerar que una situación de esta naturaleza pueda encuadrar en una de las causas anteriormente llamadas causas de inculpabilidad.

Conforme a la *Teoría Ecléctica del Delito*, deben considerarse a estas como *Causas de Exclusión de la Responsabilidad Jurídico-Penal*⁶⁴, y en este tópico en particular, en la consistente en la *inimputabilidad* (por la falta de comprensión del agente activo dentro de su actuar mismo), lo que lo hace distante de la comprensión de los hechos, y a su vez, del reproche de la responsabilidad respectiva con respecto al deber de la norma (teoría de la asequebilidad normativa)⁶⁵.

En este sentido, al no contar con elementos suficientes y objetivos para entender la creación y proyección mental del sujeto dentro de su psique, se puede advertir que el sujeto reprochado no cuenta con las condiciones para comprender precisamente ese reproche, por lo que la culpabilidad en sí sería difícil de atribuir, sabiendo que ni siquiera se encuentra en condiciones para entender el plano en el que se encuentra.

A diferencia de los otros aspectos de valoración de la culpabilidad, estas problemáticas pueden encuadrarse en figuras procesales y sustantivas para su saneamiento, como lo es el caso, en particular con respecto a este punto, sobre la inimputabilidad –recordando que la imputabilidad es un presupuesto para poder erigir una imputación y un juicio de reproche válidamente-, o las adecuaciones para los procedimientos a personas inimputables.

Como última forma de ver repensada a la culpabilidad en este punto, fuera del enfoque jurídico, estriba precisamente en la Filosofía, en virtud de que, a través de sus meditaciones sobre las razones últimas de la esencia de las cosas, se pueden encontrar explicaciones de interés para comprender con otro enfoque los motivos por los cuales las cosas se encuentran precisamente en el estado en que se encuentran.

Muestra simbólica de ello es la obra de Michael Foucault, en cuyo texto denominado *Vigilar y Castigar*⁶⁶, prevé una serie de reflexiones sobre las

⁶⁴ Ramírez Rojas, Daniel, *Propuesta...*, *óp. cit.*, pp. 157 – 162.

⁶⁵ *Ibidem.*, pp. 126 – 127.

⁶⁶ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión*, Trad. Garzón del Camino, Aurelio, Editorial Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 67 – 96.

razones por las cuales los sectores más vulnerables de una sociedad resultan ser precisamente los más castigados, atribuyendo con ello un estudio no solo de carácter filosófico, sino también de carácter interdisciplinario (jurídico, criminológico, sociológico y demás) en el cual se pregunta los motivos por los cuales un determinado patrón de conducta es sancionado. En pocas palabras, plantea la pregunta ¿quién determina el reproche, y por qué?

Reflexiones como estas hacen preguntarse por qué algunas personas han sido castigadas a través del tiempo, en función de su sectorización, de su clasificación económica, de su forma de pensar, y otras que atenten contra las ideas imperantes del Estado en el que se encuentre esa persona, haciéndonos preguntar si las personas que son reprochadas, en realidad deberían de serlo.

Agotado brevemente este tema, estamos en posibilidad de contrastarlos con el Derecho Médico, por lo que se ahondará con terminología básica precisa poder entender en algunos casos los cuadros sintomáticos de los pacientes, y con ello dar una interpretación respecto a los actos de naturaleza médica que están sujetos a estudio con el Derecho Médico.

3.2 Conceptos médicos básicos para el Derecho Penal

Para ahondar nuestro estudio en torno a la culpabilidad dentro del Derecho Médico, requerimos, entre otras cosas, acercarnos al objeto de estudio del Derecho Médico en sí mismo –como lo es la Medicina y sus ramas– para contextualizar mejor su función y labor.

Advertimos de forma inicial que uno de los aspectos más relevantes por los cuales es importante la valoración de la culpabilidad dentro del Derecho Médico es poder realizar un estudio correcto de los hechos posiblemente constitutivos de delito a la luz de la interdisciplinariedad a la que nos obliga la remisión directa de los elementos normativos integrantes de los tipos penales en los que se vincula la responsabilidad de los profesionales de la salud.

Este estudio, se destaca, debe realizarse sin que se desvirtúen aspectos relevantes de la teleología de la acción a causa de la terminología específica que involucra el estudio de un área diversa al Derecho.

Por ello, para poder estar en aptitud de realizar este ejercicio sin tergiversar los hechos a la luz de la terminología específica de las ramas de la

salud, comenzaremos por señalar algunos postulados básicos para entender el ejercicio de la Medicina.

Para comenzar, se debe señalar que la Medicina, desde sus bases, se encuentra plagada de terminología específica que caracteriza su estudio y su ejercicio. Dentro de toda esta localización especial de términos, toma relevancia significativa la terminología orientada a la clínica médica, es decir, de una serie de conceptualizaciones básicas que permiten diferenciar, a grandes rasgos, aspectos finos de la materia médica, de otros que son complementarios.

Dado que no es la misma etiología ni sintomatología las contenidas en los diversos procesos de salud-enfermedad con características similares, es necesario ir descartando los elementos médicos básicos que permitan una correcta semiología clínica, al menos en un escalafón básico, en aras de comprender aquellos términos sutiles de la *Lex Artis Médica*.

Comencemos por señalar que, para la realización del ejercicio médico, se requiere específicamente la consulta -en calidad de paciente- con el profesional de la salud; éste, valorará, a la luz de la *semiología clínica*, los distintos aspectos que puedan resultar de relevancia para el análisis del caso sobre la posible patología que pueda presentar el paciente.

Dentro del campo de variables que deben tomarse en cuenta para la correcta valoración del personal de salud, involucran conceptos propios del arte médico que deben ser estudiados a profundidad en un análisis de casos como al que se acude cuando se va a una consulta.

La etiología señala que existen diversos orígenes de la enfermedad: por ello, debe realizarse un estudio minucioso que relaciona directamente el historial médico con el interrogatorio o entrevista de valoración de los antecedentes médico quirúrgicos completos del tratado. Esta técnica, conocida entre los especialistas del tema como *anamnesis*⁶⁷, consiste en una serie de prácticas que ayudan a realizar un correcto interrogatorio sobre las razones por las cuales el paciente acude a consulta y la metodología a utilizar en la práctica clínica.

Además, se requieren una serie de conocimientos específicos para el tratamiento de alguna afección particular: todos y cada uno de ellos, pueden ser interpretados diferente, según se observen de forma aislada, o en conjunto, con un contexto completo o incompleto. Por ello, se hará mención de las nociones mínimas que un jurista debe tomar en cuenta si es que pretende entender la praxis clínica del médico y del personal de la salud en general.

Entender la labor del médico es una cuestión muy delicada, pues abordar todos y cada uno de los retos del profesional de la salud implica comprender tecnicismos que se han ido generando a lo largo de generaciones, lo que involucra también comprender el sentido profundo de una institución que se estudia.

De forma analógica, y a manera de mejor comprensión para el jurista, se debe observar el estudio que realiza un profesional del Derecho sobre la evolución de una determinada institución jurídica antes de poder señalar, en el contenido de determinados criterios interpretativos, que es un tema “de explorado derecho”: No es la misma regulación la prevista para el término del dolo penal frente a la del dolo civil; ni tampoco estos fueron abordados del mismo modo en los tiempos del Derecho Romano que en los tiempos actuales, tan sólo por citar un ejemplo.

Del mismo modo, para comprender parte del arte del galeno, debemos realizar un estudio exegético de aquellos términos que utilizan en su profesión para una mejor comprensión de su contexto.

Es por ello que, adentrándonos en el arte del galeno y los profesionistas cercanos a él, es posible dilucidar una serie de complicaciones que tiene su práctica profesional (desde la reflexión de sus cimientos teóricos) y, con ello, poder entender un poco de la actividad que realizan a diario en su práctica clínica.

El ciclo de Krebs, el Ciclo de Cori, el manejo de aspectos relativos a genética básica, los elementos de una lesión y su interacción con las cascadas de citocinas –solo por citar ejemplos variados- son aspectos fundamentales para el correcto desempeño del profesional de la salud, por mencionar los más

⁶⁷ Ball, Jane W., Dainis, Joyce E., Flynn, John A., et. al., *Guía Seidel de Exploración Física*, 9ª

básicos y relevantes (pues de ellos todavía se desprenden conocimientos más técnicos).

Y todos los debe de analizar de forma interrelacionada y sistemática para poder visualizar el problema a tratar, realizar su diagnóstico fundado y motivado, realizar actos tendientes al control y tratamiento de la enfermedad, y en su caso realizar todos los actos terapéuticos necesarios para ayudar al paciente que ante él acuden.

Para muestra de ello se señalará una cita del manejo inicial de una persona politraumatizada, con el fin de comprender un poco del verdadero trasfondo del arte médico:

“...Debemos conocer los cambios metabólicos; durante la hemorragia se pierden elementos formes y hemoglobina además de oxígeno, por lo que se limita la producción de energía gracias al ciclo de Krebs, la necesidad de energía se incrementa y se activa un ciclo alterno no dependiente de oxígeno, el ciclo de Cori, teniendo como producto final ácido láctico, acidificando la sangre, siendo reversible si se logra restaurar la perfusión aeróbica. De no hacerlo, la acidemia evolucionará a acidosis lo que implica daño celular y que la mortalidad se eleve; ante la pérdida de volumen, existen mecanismos compensatorios que tienen como objetivo primordial mantener el gasto cardíaco y presión arterial, lograr que haya liberación hormonal que, en síntesis, provocan vasoconstricción, lo cual da flujo, sacrificando la perfusión. Es decir, la circulación es isquémica; la falta de producción de ATP y consecuentemente de energía lleva a pérdida hemática. La exposición de la víctima al medio ambiente, la administración de soluciones al medio ambiente que para casos de trauma son consideradas frías, propician la aparición de hipotermia, la cual provoca inactivación de la coagulación, el retardo en el control de la hemorragia y ocasiona consumo de plaquetas y fibrinógeno, por lo que las células enferman gravemente, apareciendo la Triada Mortal, acidosis, coagulopatía e hipotermia...”⁶⁸.

Ed., Editorial Elsevier, Madrid, España, 2019, pp. 1 – 9.

⁶⁸ Tapia Jurado, Jesús (coord.), *Terapéutica en Cirugía General*, Mc Graw Hill y Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2020, p. 49.

Esta cita es de bastante utilidad para explicar, a manera de extracto, todo lo que involucra el quehacer médico, pues ayuda a explicar que, para la toma de decisiones en materia médica, cada factor cuenta para un correcto diagnóstico, tratamiento y rehabilitación del paciente.

En el caso de presentarse un paciente politraumatizado que se atiende en la sala de urgencias, factores como estos son determinantes para poder hacer algo por la vida del paciente; no obstante, existen tantos riesgos y complicaciones durante su tratamiento que es muy difícil pronosticar una rehabilitación completa dado el grado de complejidad y de vulnerabilidad del paciente tratado para obtener esa rehabilitación.

Siguiendo esta línea de ideas, se debe explicar, en términos más precisos, un poco de lo que se expuso en el párrafo en cita anteriormente transcrito. Con esta especial referencia a la dinámica de las lesiones, es posible observar el contenido de lo que señala el Manual denominado *Harrison: Principios de Cirugía*, en cuya dinámica de lesiones explica de forma más detallada cómo es que intervienen las cascadas de citocinas para la creación de microentornos, y poder favorecer reacciones que ayuden a controlar los niveles fisiológicos del paciente.

Algunas de estas formas de intervención consisten son reactivar o desactivar la coagulación, el favorecimiento de la inflamación o desinflamación en un órgano o zona, favorecer las condiciones para mantener la presión alta o baja, dar señalizaciones inmunológicas para combatir una infección, inducir la vasoconstricción o vasodilatación, inhibir una serie de reacciones, etc.). Para muestra de ello, obsérvese la siguiente cita:

“Los pacientes con lesiones o infecciones tienen respuestas hemodinámicas, metabólicas e inmunológicas que están bajo el control parcial de las citocinas endógenas. A diferencia de los mediadores hormonales clásicos, como las catecolaminas y los glucocorticoides, que se producen en tejidos especializados y ejercen su influencia principal por vías endócrinas, las citocinas son sintetizadas por diversos tipos celulares en el sitio de lesión y por células inmunológicas sistémicas. La actividad principal de las citosinas es local mediante interacción intercelular (paracrina).

Las citocinas son pequeños polipéptidos o glucoproteínas que inducen su efecto en concentraciones muy bajas...

Las citocinas ejercen su influencia por medio de la unión con receptores celulares específicos y la activación de vías de información intracelular que conducen a la modulación de la transcripción genética. A través de este mecanismo las citocinas influyen en la producción, diferenciación, proliferación y supervivencia de las células inmunitarias. Estos mediadores también regulan la producción y actividad de otras citocinas que potencian (pro inflamatorias) o atenúan (anti inflamatorias) la respuesta inflamatoria...

Las citocinas son moléculas efectoras que dirigen la respuesta inflamatoria a las infecciones (bacterianas, virales y micóticas) y a la lesión; asimismo, son promotoras activas de la cicatrización de las heridas. Estas respuestas se manifiestan por fiebre, leucocitosis y alteraciones en la frecuencia respiratoria y cardíaca⁶⁹.

De la anterior cita se observa como uno de los procesos más básicos de defensa del cuerpo, como lo es la difusión de proteínas interactivas en el cuerpo humano para favorecer determinadas reacciones –como la de cicatrización y la respuesta inmunológica-, requiere un criterio amplio para interpretar correctamente el conocimiento médico.

Este punto es un primer escalafón para comprender la complejidad del arte médico, pues desde el tecnicismo por el cual se debe entender lo que es una citosina involucra muchos antecedentes teóricos interrelacionados, explicando que es una proteína (elementos químicos con determinados enlaces, con una estructura propia –lineal, cíclica-, características físicas y químicas y que impactan de manera distinta en el organismo), y que su actividad se encuentra dependiente de la presencia de ciertos factores (que estimularán, a su vez, una respuesta en el organismo, como lo es una respuesta pro inflamatoria o anti inflamatoria, por decir algo).

Cosas tan básicas como el proceso a través del cual los humanos obtenemos la energía suficiente para poder realizar las actividades más sencillas como mover un brazo, poder genera un movimiento cardíaco para el

bombeo de sangre o enviar y recibir estimulaciones nerviosas tienen cabida a partir de este proceso complejo de racionalización de subprocesos internos que son propios del galeno y del personal de salud:

Por lo que si se pretende realizar una imputación objetiva (tanto civil, administrativa o penal) contra el por su ejercicio profesional, se debe competir con las mismas armas que el galeno, y entender a cabalidad el contexto completo para no atribuir por culpa de pasiones responsabilidades injustas que pongan en riesgo al ejercicio de las profesiones de la salud.

Otro ejemplo básico que puede explicarnos muy bien la actividad del galeno y del personal de salud circundante a esta actividad involucra específicamente la de los efectos de toxicidad, y sus correlativos estudios, como lo es la administración de dosis de medicamentos realizados de forma adecuada para evitar alguna contraindicación.

Comencemos por señalar que una intoxicación o envenenamiento se puede definir en los siguientes términos:

“El envenenamiento consiste en el daño a los tejidos por un agente químico, y bajo esa definición casi cualquier agente puede actuar como veneno si se administra en cantidad suficiente. La mayor parte de los compuestos terapéuticos tiene cierto efecto deletéreo si se usan en exceso en una dosis prescrita. El margen entre efecto terapéutico y toxicidad puede ser tan reducido con algunos medicamentos que ... se descontinúan porque su cociente “riesgo-beneficio” es muy pobre”⁷⁰.

De la definición se advierte que la toxicidad o envenenamiento consiste en dañar tejidos con agentes químicos, y eso lo puede hacer prácticamente casi cualquier sustancia; por lo que lo diferencial en su concepción es la cantidad de la administración.

Se parte desde la idea de que todo agente químico cabe en este supuesto, por lo tanto, lo que debe importar en realidad es la cantidad y la forma en que esta cantidad actúa dentro del organismo, pues no se debe

⁶⁹ Schwartz, Seymour I, Shires, Tom, et. Al., *Manual - Schwartz: Principios de Cirugía*, 7ª Ed., Mc Graw Hill Interamericana Editores, México, D.F., México, 2004, pp. 19 – 23.

⁷⁰ Knight, Bernard, *Medicina Forense de Simpson*, Trad. Franco Rangel, Concepción, 10ª Ed., Editorial El Manual Moderno, México, D.F., México, 1994, p. 301.

perder de vista que todas y cada una de las vías metabólicas (incluyendo la glucólisis, la neoglicosilación, el ciclo de Krebs o ciclo del ácido cítrico, el ciclo de Cori, la fosforilación oxidativa, el procesamiento de los lípidos, la formación y replicación de proteínas, la formación y replicación del ADN y ARN), y fisiológicas (vías endocrinas, el eje porta-hipofisario, el eje renina-angiotensina-aldosterona, neurofisiología central y periférica -que abarca el funcionamiento de los sentidos, de las funciones autónomas y el control consciente de las acciones a nivel de corteza cerebral-, el sistema circulatorio – incluyendo la vasoconstricción y vasodilatación-, los procesos respiratorios - incluyendo el equilibrio ácido-base en el medio a través de las reacciones P_{CO2}-, etc.) están directamente relacionadas para su interacción y desarrollo de consecuencias.

Tal como se vio con las citosinas descritas arriba, una reacción desemboca en otra: la falta de una proteína, de una sustancia comunicate, transportadora, señalizadora, etc. en la comunicación para la generación de reacciones químicas a nivel orgánico pueden afectar el mantenimiento del equilibrio osmótico a nivel celular, y homeostático, a nivel funcional: por ello, todo está interrelacionado.

Definitivamente, no es posible dar el mismo tratamiento a este tipo de casos de urgencias que a los médicos de cirugía estética, donde, por regla general, cambia el criterio para valoración a la inversa, y debe atenderse a la *responsabilidad conforme a resultados*⁷¹, y no conforme a *medios*, pues, en ese caso específico, si bien no es dable considerar que se pueda garantizar una operación completamente satisfactoria, se debe atender a la cuestión de que una persona sana se coloca en sus manos para poder obtener una mejoría notoria en su apariencia y funcionalidad.

En suma, si no se comprende el por qué una enfermedad se encuentra presente de acuerdo a la racionalización del método científico y la perspectiva general del proceso de salud-enfermedad, entonces no se cuenta con el elemento básico para poder realizar una imputación en cualquier materia: ello consiste en la explicación del nexo causal.

Por ello, al querer buscar responsables por el simple hecho de ejercer una práctica profesional, no solo actuaría irresponsablemente la maquinaria judicial en el sistema jurídico (a capricho del sujeto envuelto en pasiones), sino que también se atenta contra una de las disciplinas más nobles que ha brindado el conocimiento humano en pro de sí misma, como lo es el sistema de salud.

Por este fin, esta investigación estima prudente señalar algunos de los elementos más básicos para comprender la actividad del personal de la salud, a través de algunos conceptos básicos sugeridos para que guíen al jurista que deba inspeccionar la labor del médico para su vinculación jurídica:

a) Por materias:

Anatomía: Es una “*ciencia que tiene por objeto el estudio de la estructura del cuerpo humano*”⁷². La Anatomía General se ocupa de los líquidos y los sólidos considerándolos desde el punto de vista de órganos similares; La Anatomía Descriptiva, por el contrario, estudia cada órgano en específico⁷³.

Su conocimiento es útil a causa de que es la base del conocimiento médico, al ser un estudio paso a paso de todas y cada una de las estructuras del cuerpo humano; dicho conocimiento constituye un escalafón previo a otras disciplinas más complejas, como lo es la Cirugía General, o la Anatomopatología.

Histología: Es la rama de la Medicina que aborda “*el estudio científico de las estructuras microscópicas de los tejidos y los órganos del cuerpo*”⁷⁴. Esta descripción nos indica que su finalidad busca analizar los tejidos y órganos desde niveles microscópicos que puedan dar claridad sobre la función de diversas actividades del organismo desde el modo en que se constituyen.

Es evidente que la sangre, por citar un ejemplo, debe recorrer arterias y venas que permitan la correcta irrigación del frotis sanguíneo a todo el cuerpo; sin embargo, dicho transporte se vuelve más técnico en la medida que sus

⁷¹ García Bojorquez, Manuel, y Castillo Calvin, José Miguel, *Manual Práctico de Responsabilidad de la Profesión Médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Editorial Comares, Granada, España, 2011, p. 141

⁷² Fort, Joseph August, *Compendio de Anatomía Descriptiva*, Trad. De Soroa y Pineda, Antonio, 14ª Ed., Ediciones Gustavo Gili S.A. de C.V., México, D.F., 1994, p. 1.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Pawlina, Wojciech, Ross. *Histología (Texto y Atlas): Correlación con Biología Molecular y Celular*, 8ª Ed., Editorial Wolters Kluwer, Barcelona, España, 2020, p. 1.

ramificaciones se hacen más pequeñas, y no tienen medios usuales de transportación (dado el tamaño).

Entender que las arterias se dividen en arteriolas, capilares y que tienen fenestraciones o aperturas para el paso de estructuras grandes, medianas y pequeñas⁷⁵ permiten saber que existe una correlación clínica entre el conocimiento que esta rama maneja y la praxis clínica.

Además de lo anterior, es esta rama de la Medicina la que advierte, de forma analítica, los patrones de referencia para el cuerpo humano de los tipos de tejidos y sus estructuras: de tal modo que, si se presenta algún examen clínico que presente anomalías en su contenido, es visible de ser cotejado a la luz de esta rama del conocimiento, para poder saber, con mayor precisión, los cambios que suceden a nivel molecular y que permitan dar luz sobre la situación del paciente.

Microbiología y Biología Celular (Citología): La importancia de la biología molecular radica en la interacción de las diversas formas de vida a nivel microscópico y su relación directa con las células (y en particular, con las células humanas).

La Microbiología estudia los reinos de microbios que existen, sus efectos y repercusiones en los organismos vivos, así como su evolución y sus formas de desarrollo⁷⁶. Entre los distintos reinos de microbios que existen se encuentran 1) *Virus*, 2) *Bacterias*, 3) *Hongos*, 4) *Parásitos*, mismos que a su vez tienen múltiples subclasificaciones (como las bacterias grampositivas o gramnegativas, que deben su nombre a la reacción que se genera con la tinción de Gram para identificarlas, y que comparten diversas características similares)⁷⁷.

Esta rama es importante por el conocimiento que conlleva el efecto de la presencia de microbios en diversas reacciones del cuerpo humano, pues algunos tipos de microbios son lesivos hasta el grado de la muerte, y su presencia puede generar una sepsis, una reacción adversa, una inhibición en

⁷⁵ *Íbidem.*, pp. 447 – 453.

⁷⁶ Cfr. Murray, Patrick R., *Microbiología Médica Básica*, Editorial Elsevier, Barcelona, España, 2018, p. 1.

⁷⁷ *Íbidem.*

una cadena de un ciclo celular o bioquímico, o complicación en la calidad de vida.

Asimismo, es vital el conocimiento de la célula humana en virtud de que, a través de su serie de procesos durante el ciclo celular, es que el organismo encuentra formas de permanecer con vida, desde su replicación (ya sea por mitosis o meiosis, dependiendo del tipo de célula), mantenimiento y conservación, hasta la apoptosis o muerte celular programada, para evitar caos genético, y conservar las funciones fisiológicas y físicas de las estructuras.

Bioquímica: Es la *“ciencia relacionada con las moléculas presentes en los organismos vivos, las reacciones químicas individuales y sus enzimas catalíticas, y la expresión y regulación de cada proceso metabólico”*⁷⁸. Se convirtió en la forma de lenguaje básico para las cuestiones relativas con los seres vivos.

Su conocimiento es determinante a causa de que en su estudio se encuentra el análisis de diversos procesos biológicos de relevancia que dan lugar a la explicación de múltiples fenómenos naturales en el cuerpo humano.

Es de destacarse la descripción de los diversos procesos en la interacción de los elementos y compuestos químicos que tiene el ser vivo en su composición, y que dan origen a la aparición de los ciclos biológicos que permiten mantener la vida en los organismos, como el ciclo de Krebs, las vías de las pentosas fosfato, la glucólisis, gluconeogénesis, el metabolismo de ácidos grasos, y otros análogos.

Genética: Dependiendo de la rama que se estudie, dependerá su definición; sin embargo, en términos generales se puede indicar que es *“la ciencia que se ocupa del estudio de la variación y herencia de los organismos vivos”*⁷⁹.

De la anterior definición se observa que dicha disciplina consiste en el estudio de la variación y herencia del humano, y de otros seres vivos, pero

⁷⁸ Rodwell, Victor, Bender, David, et. Al., *Harper: Bioquímica Ilustrada*, 31ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, Ciudad de México, México, 2018, p. 4.

⁷⁹ Oliva Virgili, Rafael, Ballesta, Francisca, et. Al., *Genética Médica*, Ediciones Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2003, p. 21.

enfatisando que dichas variaciones se confrontan conforme a su material genético.

Se estima prudente señalar que, en el contexto médico, se puede decir que la Genética Médica consiste en el “*estudio de la variación génica humana de significado médico*”⁸⁰. Por lo que puede abarcar cuestiones asistenciales o de estudio teórico para comprender alguna enfermedad o evolución.

Se debe mencionar tantos aspectos sobre esta rama: desde la forma en cómo se estructura el ADN así como el resto de aspectos funcionales sobre su replicación, reparación, irregularidades en su estructura y consecuencias.

De este tema en particular se puede entender mucho mejor uno de los fenómenos de salud más importantes para la Medicina moderna, como lo es el cáncer.

b) Por temas selectos:

1) Apoptosis: Es el proceso de “muerte celular programada”⁸¹.

Este proceso es necesario en todos los organismos vivos a causa de que regula la creación de nuevas células una vez que las células dañadas o envejecidas dan señal de ello, para evitar que se repliquen códigos genéticos erróneos dentro de la célula, y con ello se generen deformaciones en el modo de reproducción de la célula y de la transmisión de su material genético.

Debe diferenciarse la apoptosis de algún otro tipo de muerte celular, puesto que, a diferencia de la primera, los otros tipos de muerte celular suelen ser caóticas, generan reacciones inflamatorias (que más tarde se traducirán en dolor), y dejan residuos que pueden afectar a las células vecinas, crear sepsis, o cualquier otra variante derivada de la forma tan violenta en cómo muere la célula⁸².

Se caracterizan por emitir altas concentraciones de sustancias conocidas como *Citocromo C* y otras como *SMAC/DIABLO* para la señalización

⁸⁰ *Íbidem.*, p. 22.

⁸¹ Pawlina, Wojciech, *Ross: Histología, óp. cit.*, p. 61.

⁸² *Íbidem.*, p. 99.

de macrófagos que permitan identificar la célula a destruir, aprovechando su contenido los lisosomas⁸³.

- 2) Complejo de unión ligando-receptor: Este tema es de relevancia en virtud de que diversas estructuras químicas en el organismo tienen aparejado este modelo para su funcionamiento.

Este tema, mejor conocido en la literatura como *Procesos de Señalización Celular*⁸⁴, es complejo de comprender, pues se tiene que observar el tipo de señalización que se debe trabajar, pues cada organismo tiene su propio método de reconocimiento de las sustancias que deben señalizarse.

Desde simples adhesiones de un elemento a la sustancia (fosforilación de la molécula) hasta un complejo reconocimiento por una proteína transmembrana que cuente con señalizadores especiales, este mecanismo consiste en el pilar de la microbiología para comprender la dinámica en cómo la célula subsiste; sin embargo, su extensión no se limita únicamente a reacciones de señalización.

Este mecanismo es determinante en la inmunidad, pues el complejo de ligando-receptor se ve referenciado al explicar los modelos de la molécula de Inmunoglobulina G, mismos que se conocen como mecanismo de bisagra que solo pueden unirse a determinado tipo de estructuras que encuadren con el extremo *Fab* de la llave⁸⁵.

Así como este ejemplo, existen muchos ejemplos en donde se emplea el mecanismo de ligando-receptor, por lo que se convierte en una figura a referenciar en cualquier mecanismo de señalización o de interacción tanto en bioquímica como en cualquier otra rama.

- 3) Enzimas y cinética enzimática: La cinética enzimática se caracteriza por ser una serie de procesos que favorecen o retardan la generación de determinadas reacciones químicas dentro del organismo.

Estas reacciones suceden entre sustancias conocidas como enzimas, mismas que interactúan en diversos órganos, así como en diversas

⁸³ *Íbidem.*, pp. 99 – 100.

⁸⁴ *Íbidem.*, pp. 35 – 36.

⁸⁵ Cfr. Barrett, Kim, Barman, Susan, et. al., *Ganong: Fisiología Médica*, 23ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, México, D.F., 2010, p. 73.

secreciones y estructuras (productos) del organismo para generar reacción, y con ello, crear una situación específica química que genere un microambiente dentro del organismo⁸⁶.

Sobre este tema, es de destacar la presencia de inhibidores competitivos, no competitivos y acompetitivos, pues el sitio de acción –sitio alostérico-, puede estar siendo ocupado y peleado o no por diversos sustratos que encuadran en la estructura del sitio.

Estos tópicos son de relevancia clínica en la medida en que la farmacología debe realizar estudios de diversos tipos para garantizar el adecuado suministro y excreción de los fármacos, como lo son: la creación de la estructura del fármaco para interactuar en las células diana y generar las reacciones químicas deseadas, la compatibilidad de los sustratos (sustancias activas) que puedan ser utilizados en distintos ambientes diana (destino final del fármaco), los excipientes que deben ser usados para el correcto transporte de la sustancia activa -sin que se pierda en el camino por reacciones intermedias que suceden dentro del organismo-, así como para la determinación de las dosis indicadas, y la vía precisa para ello, por citar solo algunos ejemplos.

- 4) Equilibrio osmótico: Dicha actividad fisiológica se da por cuestiones físicas a nivel celular. Consiste en la estabilización entre los niveles internos y externos de líquido intracelular en la célula, y su equilibrio en sus densidades internas y externas⁸⁷.

Dado que la membrana celular es una membrana lipídica de doble capa y con colesterol en sus extremos intermedios, lo que le da características de semipermeabilidad y de movilidad, para permitir o negar, a través de señalización celular, de rutas directas al interior (como la difusión simple o facilitada a través de vacuolas), o a través del paso de estructuras determinadas en algún complejo membranoso que encuadre en ello, el paso de contenido externo al interior de la célula⁸⁸.

⁸⁶ Al respecto, véase el tema *Cinética Enzimática*, contenida en Rodwell, Victor, et. Al., *Harper, Bioquímica Ilustrada... óp. cit.*, pp. 68 – 90.

⁸⁷ Barrett, Kim E., Barman, Susan, et. Al., *Ganong. Fisiología Médica, óp. cit.*, p. 5.

⁸⁸ Pawlina, Wojciech, Ross. *Histología...*, óp. cit., pp. 31 – 41.

Dicho tópico es relevante para la clínica médica en virtud de que con ella se logra realizar un análisis completo en cuadros graves de deshidratación, así como también aportar ideas y ayuda en torno a los niveles citológicos del organismo: uno de los ejemplos para lo cual puede ser útil este tipo de valoraciones estriba en los casos en que las células puedan tener mucho lípido (grasas) en su interior, lo que puede generar problemas diversos en distintos niveles (hormonales, por ejemplo, pues al contener demasiada grasa, no se regula correctamente la señalización que genera saciedad, generándose con ello un círculo vicioso; o también con la generación incrementada de estradiol – hormonas femeninas- que pueden modificar los niveles normales del organismo en hombres)⁸⁹.

- 5) Equilibrio ácido-base: Consiste en el mantenimiento de las condiciones básicas del medio interno en el cuerpo humano con respecto a la acidez.

La acidez puede ser definido como la capacidad del elemento Hidrógeno en desintegrarse e irse acoplado en elementos o compuestos, de tal manera que brinda el radical –H en las estructuras químicas, y que propicia la realización de reacciones exotérmicas corrosivas y de desgaste; razón por la cual, en la doctrina de los químicos es conocido como ácidos (ejemplo HCL, ácido clorhídrico). Su graduación se encuentra valorada por el pH.

- 6) Inmunidad: Este tema es bastante complejo, por comprender una serie de conocimientos demasiado profundos para abarcar en una definición. Podemos señalar que es la capacidad del cuerpo humano para poder reaccionar frente a patógenos que intervienen en el organismo, y que son capaces de destruir, remodelar o adecuar la respuesta de las defensas –tanto innatas como adquiridas- para combatir a los agentes patógenos (sustancias u organismos que hacen daño a las células).

- 7) Interacción farmacológica: es un término propio de la Farmacología. Está relacionado de forma directa con la farmacodinámica y la farmacocinética, y está relacionado en proporción directa al aumento, modificación, o pérdida de efectividad o alteración de los efectos

⁸⁹ Cfr. Rodwell, Victor, Bender, David, et. Al., *Harper, Bioquímica Ilustrada...*, óp. cit., pp. 245 – 247.

esperados de los fármacos, mismos que pueden crear efectos adversos nocivos y hasta fatales en las personas tratadas⁹⁰.

De donde se aprecia el contexto general que los juristas deben tener presente a la hora de estudiar la *Lex Artis Médica* como es debido, previo a realizar cualquier tipo de imputación.

Solo habiendo comprendido algo de todo el mar de conocimiento que existe en la Medicina, se puede encontrar en aptitud de realizar una imputación, pues se habrá comprendido el contexto mínimo sobre el cual se erige su labor.

No se desconoce que, para efectos de ofrecer temarios generales, los contenidos de la materia de la Medicina Forense, rama de la Medicina que existe para mediar todas las interacciones entre la disciplina jurídica y los tecnicismos médicos, se cuenta con los siguientes temas de relevancia en el estudio de la interdisciplinariedad entre ambos mundos:

- a) *Aspectos médicos de la muerte;*
- b) *Cambios después de la muerte;*
- c) *Identificación de la persona viva o muerta (incluyendo identificación odontológica, genética, o de edad y condiciones generales del inspeccionado y su identidad);*
- d) *Genética forense (incluyendo inspección de cabellos, piel y faneras);*
- e) *Investigación de manchas (incluyendo las de sangre, orina, esperma, calostro, unto sebáceo, líquido amniótico, material fecal, etc.)*
- f) *Examen de las heridas;*
- g) *Lesiones (incluyendo las lesiones en general, lesiones regionales, lesiones por armas de fuego y explosivos, lesiones por medios de transporte, lesiones por calor, frío o electricidad, etc., así como los efectos de las lesiones);*
- h) *Asesinato, suicidio o accidente;*
- i) *Asfixia, inmersión y ahogamiento,*

⁹⁰ Goodman, Louis, y Gilman, Alfred, *Bases Farmacológicas de la Terapéutica*, Trad. Espinoza Zarza, Roberto, 5ª Ed., Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C. V., México, D.F., México, 1978, pp. 31-35.

- j) Muerte por causas naturales;
- k) Embarazo y aborto;
- l) Muerte y lesiones en la infancia (incluyendo infanticidio)
- m) Delitos sexuales;
- n) Aspectos de las enfermedades mentales
- ñ) envenenamiento y tipos de venenos
- o) Alcohol, drogas y otras adicciones
- p) Cuestiones de bioética;
- q) Documentos médico-legales
- r) Praxis médica⁹¹.

De donde se muestra un listado de tópicos que se encuentran íntimamente relacionado con las disciplinas que nos atañen, es decir, Medicina y Derecho, y que se encuentran mejor reguladas en las ciencias forenses; mismas que, por regla general, también requieren comunicación externa con otras disciplinas, como lo es la balística forense, la documentoscopia, química forense, pericial en materia de tránsito de vehículos, etc. Y la lista sigue.

Pese a lo anterior, no se estima correcto guiarnos estrictamente con este criterio de estudio, puesto que muchos de los aspectos más finos de la Medicina solo pueden ser vistos desde el origen de ese conocimiento, es decir, a lo que pertenece a la *Lex Artis Médica*; además, pudiendo interpretar desde sus orígenes las interacciones básicas, se puede arribar con mayor facilidad a la comprensión de cada uno de esos conocimientos generales precisados.

Para ejemplo de lo anterior, es posible comprender que el proceso de asfixia o de anoxemia celular (dependiendo de la literatura que se escoja) en los procesos de envenenamiento por cianuro –llamadas también cianidas o cianógenos-⁹² radica justo en procesos de inhibición del complejo ATP-asa que radica a nivel mitocondrial en las células.

⁹¹ Knight, Bernard, *Medicina Forense de Simpson...*, óp. cit., pp. 29 – 327, en relación con Martínez Murillo, Salvador, y Saldivar, Luis, *Medicina Legal*, 19ª Ed., Editorial Méndez Editores, México, D.F, México, 2016, pp. 45 – 385, 443 – 470.

⁹² Knight, Bernard, *Medicina Forense de Simpson...*, óp. cit., pp. 353-354.

Lo anterior sucede al ingresar al organismo elementos que funcionan como elementos intoxicantes o venenos –para efectos del ejemplo, cianuro-, las sustancias procesadas se convierten en inhibidores competitivos que pelean por el lugar de acoplamiento (sitio alostérico) del complejo donde funciona la Adenosin Difosfato (ADP), impidiendo con ello la generación de Adenosin Trifosfato (ATP), porque impide el acoplamiento del Adenosin Monofosfato cíclico (AMPc) al ADP⁹³, y con ello, la generación de energía necesaria para el organismo, e impidiendo la cadena de *fosforilación oxidativa*⁹⁴ de donde se obtiene una parte importante de los recursos vitales del organismo.

Esto es de relevancia forense (en particular para el Derecho Penal) al momento de determinar una responsabilidad por mala praxis clínica, o para un homicidio doloso, en cuyas modalidades cambia de forma significativa una hipótesis con respecto a otra, en la medida que una deviene de errores en la praxis, mientras que en la otra se materializan diversos momentos del denominado *iter criminis* para la realización de la conducta delictiva, incluyendo la *ejecución* del acto.

Por lo que el estudio de las conceptualizaciones teóricas generales de la Medicina se estima prudente para abordar problemas médico-legales a la hora de analizar la culpabilidad en el Derecho Médico, pues es solo a la luz de su rama que se entiende el panorama completo.

Con estos elementos brindados, es posible ir integrando, de manera general, hipótesis concretas de los casos médicos a la luz del criterio jurídico, pues estas conceptualizaciones, a criterio de este investigador, resultan suficientes para poder comprender, de forma indiciaria y apriorística, la terminología a la que nos enfrentamos al momento de valorar un acto médico.

Teniendo esto presente, y sabiendo que existen diversas materias para poder intervenir en la sanción del acto médico mal realizado a la luz de la materia jurídica (incluyendo la intervención de otras ramas y disciplinas como lo es el Derecho Civil o el Derecho Administrativo, o incluso la Bioética en las discusiones del Comité de Bioética de cada adscripción hospitalaria), se tiene

⁹³ Rodwell, Victor, Bender, David, et. Al., *Harper: Bioquímica Ilustrada...*, óp. cit., pp. 118, 123.

⁹⁴ *Ibidem.*, pp. 118 – 126.

un panorama mucho más amplio de los temas que tienen que estudiarse en una controversia que involucre a personal de las profesiones de la salud.

Y una vez analizado el estudio de prelación lógica de los elementos del delito en caso de que la conducta del personal de salud resulte de lo más aberrante en el Derecho, se está en posibilidad de continuar la valoración hacia un aspecto más puro, en cuanto a la culpabilidad concierne.

Solamente habiendo valorado lo anterior, y estando en un caso de verdadera necesidad de intervención de la acción penal, se debe establecer de forma primigenia que debe analizarse con precisión el tipo penal a aplicar, y realizar el estudio de prelación lógica de los elementos del delito para poder abordar frontalmente el problema de la imputación a delitos de médicos y el personal de salud.

Se destaca que es común que quieran atribuir a los médicos los delitos más graves por sus errores, como lo son los delitos de homicidio y de lesiones por su actuar, cuando, como ya se ha establecido, su actividad y finalidad no les permite proceder en estricto sentido por ese camino; situación que debe servir como punto de referencia en la selección del tipo penal a encuadrar.

Una vez agotados dichos requisitos, e incentivada la maquinaria procesal para llegar a un juicio penal, se pueden dilucidar los aspectos finos de la culpabilidad aplicada en el estudio de los delitos cometidos por médicos.

3.3 Estudio de la culpabilidad en delitos del ejercicio médico

En este punto, se abordará una reflexión específica en torno a la culpabilidad como elemento de la Responsabilidad Jurídico-Penal, pues viendo la perspectiva filosófica, se logra apreciar de mejor manera la razón de ser de la actividad médica, y la búsqueda de un criterio armónico que equilibre tanto la pretensión punitiva estatal como las finalidades y razones últimas de los profesionales de la salud.

El ejercicio médico se encuentra plagado de distintos aspectos de valoración subjetiva disfrazados a la luz de lo que establece la doctrina médica, y que pueden ser interpretados de manera diversa, dependiendo de las circunstancias específicas del caso.

Al saber que la Medicina es un campo de estudio naturalmente casuístico, se puede notar con sencillez la complejidad del llamado “*arte de la medicina*”, pues, así como en el Derecho, si bien se encuentran algunas bases que dan las directrices generales sobre como abarcar el estudio de casos, la realidad es que, en los casos aplicados, siempre se encontraran diferencias sustanciales propias del caso al resolver sobre un mismo tipo de problemas.

Sin embargo, este *arte* no es únicamente una decisión a discrecionalidad del profesionalista que ejerce la actividad, sino que siempre debe encontrarse fundado y motivado el sentido y alcance de las determinaciones que toma con respecto al diagnóstico y tratamiento que se le da un paciente. No obstante, esta fundamentación y motivación es completamente distinta a la que se ejerce en el campo jurídico.

La culpabilidad, como elemento del delito, había tenido un lugar especial en la doctrina jurídico-penal como un parteaguas para establecer el juicio de reproche dirigido al autor de una conducta reprochable, por vulnerar alguno de los bienes jurídicos tutelados más importantes de la sociedad (previsto en un tipo penal); sin embargo, en el caso de los médicos, este juicio de reproche adquiere otras calidades, matices y fronteras, puesto que debe operar en su favor un principio de buena voluntad en su ejercicio por parte del profesionalista.

Primeramente, debe entenderse que todos y cada uno de los actos en el ejercicio médico deben gozar, ya no por cuestiones de Derechos Humanos que gozan los intervinientes, sino por simple humanidad, de una presunción no solo de buena fe, sino de confianza en el ejercicio pleno de sus facultades, de conformidad a las determinaciones de los roles sociales que circunscriben a este apartado de la sociedad, y el compromiso necesario para llegar a adquirir un lugar dentro del gremio, pues involucran muchas horas de estudio y dedicación, perfeccionismo técnico y criterio racional a la luz del método científico.

Esto es así a causa de que la dedicación de los profesionalistas de la salud siempre tendrá como estándar mínimo el salvar las vidas a costa de lo que sea necesario. Esto se refleja fidedignamente con los postulados de

Hipócrates, en cuyo *Juramento*⁹⁵, se pueden advertir los innumerables esfuerzos por parte de los profesionistas para poder tener acceso a los conocimientos y a la práctica del arte de la Medicina.

Solo superado ese principio, y analizada una contrariedad en los elementos fácticos para su atropello, es posible iniciar una imputación en contra del profesionista que en estos casos opere, sin que se deba de perder de vista nunca este principio, en tanto que el ejercicio de las actividades propias de los profesionistas de la salud merece un respeto irrestricto por todo lo que contribuyen con la labor social y colectiva que realizan en cualquier lugar del mundo⁹⁶.

Ahora bien, la culpabilidad, vista desde la concepción clásica, establece la necesidad de generar una vinculación entre los elementos fácticos y jurídicos del hecho posiblemente constitutivo de delito que permitan establecer una ausencia de aplicación de la llamada *actuación de otra manera*, una de las excluyentes de responsabilidad más debatidas en todas las corrientes de la teoría del delito, puesto que esa posibilidad no está definida de forma objetiva.

El elemento teórico denominado *imposibilidad de actuar de otra manera*, como excluyente del delito, opera en el momento en el que se ha demostrado, fehacientemente y de acuerdo a los estándares sociales esperados dentro de un rol específico, que se ha procurado actuar de otra manera antes de delinquir para poder llegar a la conclusión de que finalmente no hubo otra alternativa de respuesta; y el modo en el que se desencadenan las cosas es una consecuencia natural de las condiciones y circunstancias propias del hecho posiblemente constitutivo de delito, de tal modo que, en igualdad de condiciones y bajo un criterio medianamente aceptado conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, cualquier ciudadano común se mostrara imposibilitado para actuar de otra manera.

Por ello, para el estudio preciso de la culpabilidad no solo nos debemos ceñir a los aspectos clásicos del Derecho Penal para su valoración y

⁹⁵ Martínez Murillo, Salvador, y Saldivar, Luis, *Medicina Legal, óp. cit.*, p. 20.

⁹⁶ No es de desconocerse el hecho de que, incluso entre los estudios de Schwartz-Dreher, uno de los primeros estudios que describió de forma más precisa las figuras del dolo visto desde el ejercicio de un acto médico como lo es una operación, se observa que los médicos gozaban de

conclusión: son los estudios acerca de la toma de decisiones del personal de salud a la luz de distintos factores lo que resulta determinante para la doctrina como lo sugerido para la valoración de los galenos entre iguales.

Algunos dentro de estos factores destacan por las condiciones originales del caso y lo que el sistema asume correcto para hacerle frente, tales como el estado inicial del paciente respecto a su antecedente clínico personal –valorado conforme a su *historia clínica*-, lo sugerido por la norma, por las Guías de Práctica Clínica y demás recomendaciones administrativas –NOM's, reglamentos-, las técnicas y procedimientos empleados para el tratamiento de una etiología en particular.

Otros factores importantes a considerar los constituyen los avances médicos que tienen injerencia en la toma de decisiones, las finalidades del médico tratante al decidir optar un tratamiento y finalmente, la valoración de una responsabilidad –individual o compartida o distribuida- de acuerdo a los roles específicos del personal de salud para la realización de una intervención.

Dado que todos estos factores pueden ser interpretados como puntos de contacto entre la ley y la *lex artis* médica, se abordará a continuación como pueden ser analizados.

3.3.1 Principales puntos de contacto entre la legislación y la doctrina que constituyen la materia médica

La legislación tiene como punto de partida aquello que establece la hipótesis normativa (norma) para poder estudiar conductas sujetas a consecuencias jurídicas en cualquier campo de la vida. Esto no varía en el campo del ejercicio clínico médico; por lo que, para adentrarnos en los puntos de conflicto que pueden presentarse en cada caso concreto, se deben afianzar los puntos específicos que están sujetos a identificarse de esta manera.

Para comenzar, podremos advertir que los puntos de conflicto, así como se analizan en el Derecho Internacional Privado⁹⁷, son aquellos puntos en los

este principio de presunción al señalar de forma inicial que toda intervención tiene la finalidad de salvar una vida. Véase *supra*.

⁹⁷ Es destacable la presencia de tópicos como el punto de contacto o la norma de conflicto en la doctrina del Derecho Internacional Privado, en tanto que estas instituciones nos dan una idea de la conceptualización a la buscamos acercarnos en esta investigación: la definición de punto de contacto consiste en “*una circunstancia fáctica o en un elemento jurídico que permite atribuir*

que la norma incide de forma directa entre dos o más legislaciones aplicables por virtud de facultades expresas en normas diversas (contenidas en distintas legislaciones), que convergen para poder ser aplicables en un momento dado de manera simultánea, por lo que son objeto de debate y dilucidación por parte de la autoridad que tenga jurisdicción para dirimir dichas controversias, y con ello seleccionar el derecho aplicable.

Por analogía a esta institución jurídica, podemos identificar como puntos de conflicto entre la legislación y la doctrina médica, a aquellos elementos normativos que exigen una remisión directa a la *Lex Artis Médica* para dilucidar los conflictos relacionados con el personal de la salud, lo que en sí mismo podría no parecer un problema.

Sin embargo, conforme se adentra al estudio casuístico, se debe tener presente que la integración de los tipos penales debe ser bajo los principios de Exacta Aplicación de la Ley Penal, y de Legalidad: por lo que se debe buscar el apartado preciso de la norma para terminar de integrar la hipótesis normativa y subsumir los hechos sujetos a estudio para el Derecho Penal.

Muchos de los aspectos más relevantes para ambas materias ya se encuentran previstas de forma esbozada dentro de los diversos dispositivos de la Ley General de Salud, puesto que su regulación abarca, de forma general, aspectos completos relativos a la prestación de los servicios de salud, describiendo desde su clasificación, los objetivos, las definiciones específicas, las medidas oficiales y las prohibiciones más relevantes que deben destacarse en el ejercicio de la práctica clínica médica.

Sin embargo, no es precisamente exacto el fundamento para poder hacer efectivo el cumplimiento de todas y cada una de las normatividades que involucra la Ley General de Salud y las disposiciones conexas (tales como las

a una categoría jurídica la aplicación de una concreta ley", de donde se desprende que basta ese punto de contacto o de conexión para vincular dos sistemas jurídicos diferentes (y posiblemente incompatibles entre sí) en cuanto su aplicación específica en un caso concreto; mientras que la norma de conflicto es "*una técnica de reglamentación indirecta...* [cuya finalidad] es designar la aplicabilidad del Derecho estatal localizando ahí el supuesto, por lo que la norma de conflicto se caracterizaría por nacionalizar las situaciones privadas internacionales" dándonos con ello orientación sobre el conflicto de normas, y señalar el campo de aplicación de la norma a la que pertenece el hecho fáctico, normatividad a la que debe circunscribirse su aplicación. Véase Fernández Rozas, José Carlos, y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 8ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, España, 2015, pp.124, 128, 137.

Normas Oficiales Mexicanas): razón por la cual no existe en la mayoría de los casos fundamento exacto para la aplicación, más allá de aspectos de “explorado derecho” que estén previstos en la literatura médica.

Fundamentar de manera exacta es difícil de lograr en el caso de las cuestiones prácticas de la clínica médica, puesto que muchos de estos conflictos solo son posibles de ser observados con fundamento en la mejor información disponible, llegando a generar criterios de la *Lex Artis Médica* únicamente con base en evidencias, lo que hace que sus criterios no sean inamovibles, y que requieren expresamente una actualización constante para determinar lo que se considere como el mejor tratamiento en la terapéutica de un paciente.

Por eso, identificar los puntos de conflicto comunes entre ambos criterios integradores del tipo penal resulta un paso determinante para poder integrar correctamente los hechos al tipo específico.

Podemos señalar que uno de los aspectos que tienen relación en ambos criterios (jurídico y médico) radica en la obligación que le constriñe la ley para el cumplimiento de los roles del personal de salud para actuar. Esto es en sí mismo un elemento normativo del tipo penal para poder acreditar una conducta específica en contra de los médicos.

Lo anterior es así a causa de que, según los lineamientos de operación de las instituciones de salud públicas y privadas (y en particular con lo que se establece en la Ley General de Salud), toda institución nosocomial debe tener ciertos parámetros óptimos para su operatividad y metodología para su funcionamiento⁹⁸; y la actividad del personal de salud -sea independiente o como parte de una institución-, también se encuentran tutelados en aspectos de carácter civil o administrativo, pero siempre tutelados por el resto del sistema jurídico mexicano.

Esto no solo se relaciona con el ámbito médico, sino que viene implícito con el desarrollo de la actividad del profesional de la salud, pues en este tipo

⁹⁸ Ejemplo de lo anterior se puede observar con el cúmulo de obligaciones que se prevén en la Ley General de Salud a cargo de los médicos con pacientes en estado terminal (Título Octavo Bis, Capítulo III, artículos 166-Bis-13 al 166-Bis-21), o las obligaciones que los investigadores tienen cuando se realizan actividades de investigación en materia de salud (Título Quinto, Capítulo Único, Artículos 98 al 103).

de detalles es donde se aprecia la preparación técnica y la previsión para brindar un desarrollo del servicio profesional de calidad, así como la facilidad y eficiencia de los operadores para llevar a cabo sus labores.

El no contar con infraestructura en el centro hospitalario para realizar algún aspecto relevante en un procedimiento médico, de acuerdo a las Normas Oficiales Mexicanas aplicables para ello, conlleva a una incapacidad de actuación en caso de emergencia y/o urgencia médico quirúrgico de acuerdo a los estándares protocolarios (sin mencionar la imposición de una sanción por parte de las autoridades auditoras): razón por la cual se encuentra tutelado en ambos extremos de las profesiones.

Incumplir estos lineamientos es motivo suficiente para una revaloración de la actuación del personal de salud a cargo, puesto que el incumplimiento en sí trae aparejado intrínsecamente un posible riesgo sanitario que haría inviable la práctica de diversas diligencias médicas.

Otro punto de contacto importante estriba justamente en la ley aplicable al *arte médico*: se adelantó en el capítulo precedente que existían una serie de mecanismos jurídicos que regulan la actuación del galeno y profesionistas circundantes a esta profesión: sin embargo, aquí se profundiza en torno a ello a causa de que los elementos normativos regularmente nos remiten a leyes diversas para terminar de completar el tipo penal –sin correr algún riesgo por la falta al principio de taxatividad-, llegando al extremo de tutelarse conforme a la *Lex Artis Médica*.

En este caso, la *lex artis* también trabaja con los profesionistas de la salud al señalar el estándar mínimo de calidad a través de las Guías de Práctica Clínica (vinculantes para todos los trabajadores de las instituciones públicas y privadas), el campo experimental e investigativo en el campo de la clínica médica (al señalar el marco teórico, el muestreo, seguimiento de casos y demás variables que constituyen el marco de la investigación o experimento, mismo que debe estar apegado a protocolos internacionales), así como de la literatura que permita el desarrollo de nuevas técnicas o redefiniciones del avance científico.

La eventual contradicción entre lo señalado en las *Guías de Práctica Clínica* y las técnicas utilizadas por el galeno en la realización de una operación en el caso fáctico, siempre y cuando se encuentren lo suficientemente fundadas éstas, no necesariamente conlleva a un juicio de reproche por su actuación divergente a la norma, puesto que el campo de la Medicina se mueve mucho más rápido que el del Derecho.

Por lo que regular y practicar un acto médico de forma diversa a lo preceptuado por el estándar normativo es posible –incluido si hay reproche implícito incoado en juicio- siempre y cuando conlleve un notorio avance en la praxis clínica, o una innegable practicidad que permita actuar diferente a lo estipulado, pues el avance científico debe ser preponderado en cada nuevo momento en que se confronte su validación, sin que en el camino se pierda la humanidad con el que se debe tratar a todo paciente.

Estos aspectos son los que también van a regir la *lex artis* a manera de norma para la materia médica, puesto que se convierten en normas individualizadas para los sujetos que encuadren en alguno de los roles que constituyen el profesional de la salud, por ser una actividad inherente a su cargo.

3.3.2 Conceptualizaciones teóricas necesarias en el estudio de la culpabilidad en materia médica

La voluntad de los galenos está supeditada a diversas consideraciones con respecto al tratamiento que da al paciente, y la finalidad es un eje fundamental sobre el cual se interpretará el actuar del personal de la salud con respecto a las obligaciones del trato médico-paciente.

La culpabilidad, como ya advertimos en párrafos previos, no solo puede tener una connotación psicológica, y quedarse únicamente con el aspecto normativo es negar una parte importante de la realidad; si bien, el juicio de reproche se debe de erigir con base en ellos, no son todos los aspectos que entran en juego para su exacta valoración a la luz de las acciones que el médico realizó para establecer un diagnóstico, señalar un tratamiento, y dar acciones de vigilancia y rehabilitación (cuando ello es posible).

Por ser este ente tan complejo, y relacionarlo con otra rama del conocimiento que implícitamente es igual de incomprendido para aquellos legos en la materia, es necesario establecer cuáles son estas aristas que constituyen el todo en la interpretación de la especial situación del galeno -y en general, de los profesionales de la salud-.

Por ello, deben establecerse todos los puntos de contacto que se establecen entre la materia de la *Lex Artis Médica* y el estudio de una culpabilidad completa, puesto que su estudio no se debe limitar de ninguna manera a la acreditación del tipo penal, y con ello subsumir una conducta a la hipótesis normativa establecida que señaló el legislador; sino que, se tiene que valorar íntegramente el contexto del personal de salud para actuar como lo hizo, y con ello poder delimitar la verdadera intención del posible sujeto activo de un delito en materia médica.

La culpabilidad, más allá de lo jurídico, debe entenderse, conforme con sus fundamentos últimos, como una razón suficiente e imperante como para hacer necesario el ejercicio del derecho de castigar por parte del Estado (*ius punendi*) hacia alguien.

Retomemos el hecho de que la actividad médica tiene, en principio, un fin noble en sí mismo, para poder comprender esta situación. La rama del conocimiento que se ha enfocado en mayor medida a abordar correctamente estos puntos finos de contacto entre la pelea de bienes jurídicos tutelados y su ponderación quizás sea justamente la Bioética, pues, como disciplina filosófica, provee casos para estudio en situaciones que, para la realidad, puedan ser poco probables o sin sentido de su estudio, pero que no por ello se encuentran eximidos de presentarse en la práctica.

Anteriormente, ya Beauchamp y Childress fundaron los principios rectores de la Bioética Médica moderna, como lo son los principios de 1) *No maleficencia*, 2) *Beneficencia*, 3) *Autonomía*, y 4) *Justicia* como parteaguas para la generalización de criterios útiles en la toma de decisiones médicas que

incurren en el debate ético (Filosofía)⁹⁹: sin embargo, existen decisiones que replantean el umbral clásico de lo propuesto por ellos.

En ese sentido, es incluso orientador todas las posibles preguntas que se puedan hacer en torno a la voluntad y sus límites y alcances jurídicos, o de un replanteamiento de los principios bioéticos, como los de *doble efecto* o de *cooperación del mal*¹⁰⁰ en aras de una razón práctica y con miras a los mayores beneficios en momentos críticos en la clínica médica, por lo que tópicos de esta naturaleza son relevantes para comprender de mejor manera la actividad médica en las circunstancias límite.

Sobre esa línea, teniendo como punto de partida al estudio de la culpabilidad, tenemos como el juicio de reproche como valoración normativa, pero que esta valoración tiene implícita una *carga moral* que representa la tutela a los bienes jurídicos más importantes protegidos por una sociedad: por lo que todos y cada uno de los puntos que se puedan atravesar en su cuidado resultan de importancia en su abordaje.

Una interpretación errónea de los hechos puede desencadenar consecuencias que no puedan tener reparación en el estado de salud y calidad de vida del paciente tratado, sobre todo en esta materia en la que depende en sí mismo de una serie de circunstancias completamente ajenas al profesional de la salud de inicio –tales como las circunstancias personales del paciente-, y que coexisten como factores sobre los cuales el galeno y su grupo de apoyo deben de dar un diagnóstico, tratamiento y rehabilitación completos hasta la obtención de la recuperación de la salud (cuando ello sea posible).

Por ello, la culpabilidad sirve como referencia implícita para entender específicamente aquellos casos en qué la actuación del personal de salud si tenga efectivamente un reproche penal, entendiéndose a éste como aquel que

⁹⁹ Sea de utilidad el contenido del siguiente artículo, mismo que señala una crítica en torno a la funcionalidad de dicha postura: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-92732010000100006#:~:text=Beauchamp%20y%20Childress%20distinguen%20cuatro,los%20principios%20de%20la%20bio%C3%A9tica. Consultado el 01 de Octubre de 2022, a las 16:14 horas.

¹⁰⁰ Sobre este concepto, debe decirse la naturaleza de la actividad médica bajo esos criterios y principios bioéticos, pues dan una idea de lo complicado de la toma de decisiones en el campo clínico en los momentos de emergencia clínica. Al respecto, véase García Fernández, Dora, y Tarasco Michel, Martha (coords.) *Bioética: Un Acercamiento Médico y Jurídico*, Tomo IV, Ed. Porrúa, México, D.F., 2011, *Colección de Derecho y Bioética*, p. 95 – 107.

lesiona bienes jurídicos tutelados a la luz de la última razón del Derecho para actuar.

Desde que se tiene consciencia de la necesidad de una operación, se deben tener predispuestos todos los escenarios posibles para cada uno de los integrantes del acto médico, y eso involucra que los alcances del ejercicio profesional se encuentran limitados y supeditados a técnicas y operaciones cuya falibilidad, aun siendo realizado con escrutinio máximo, técnico y preciso, sigue siendo alta.

Dado que el médico busca, en esencia, proteger el bien jurídico de la salud dentro de su actividad, y dado que, deontológicamente, lo último que tiene como finalidad –de acuerdo al Juramento de Hipócrates- es el hacer un daño, se debe ponderar que los resultados negativos obtenidos en la realización de la praxis clínica o de un procedimiento quirúrgico no siempre deban tener una consecuencia negativa, puesto que ello deriva de una serie de argumentos diversos que no precisamente encuadran en las explicaciones clásicas de la responsabilidad civil o la argumentación jurídica.

Es preciso acotar que, en este aspecto, y para efectos de esta investigación se descartan de forma apriorística los métodos de imputación que correspondan a ideas del periodo clásico de la teoría del delito, por no ser de las explicaciones más razonables para resolver una controversia de carácter penal: por ello, se dejan de lado inmediatamente las teorías de la *causación adecuada*, la de la *probabilidad*, y la de la *causa más eficaz* –por señalar algunos-, por no ser criterios que deban ajustarse siquiera a la teoría del delito moderna.

El profesional de la salud, en la mayor parte de los casos, se encuentra en una posición complicada, pues está tratando de combatir los errores y descuidos personales del paciente, o afecciones inherentes a su persona por condiciones genéticas, como resultado de decisiones propias o como un resultado de un evento fortuito; pero en la mayor parte de los casos, sin tener una carga directa con el médico, sino únicamente en cuanto comienza con la vigilancia y seguimiento.

Sin embargo, en la materia médica no existe una concurrencia de culpas (como si sucede en el Derecho Civil en lo general); lo que hace que el estudio de cada una de las variables para la obtención del resultado acontecido en la realidad tenga que realizarse exhaustivamente para evitar caer en una confusión de esta naturaleza.

Términos como la *hiatrogenia*, la *imprudencia*, la *impericia* y la *ineptitud* son algunos de los que toman especial relevancia a lo largo de la valoración de la culpabilidad del acto médico –entendidos entre ellos, a todo el personal de salud-; por lo que no solo son criterios rectores para la valoración de la responsabilidad dentro del Derecho Civil, sino que también fungen como sub criterios para la determinación de la responsabilidad jurídico penal a la luz del criterio del funcionalismo basado en la distribución de los roles sociales que se establecen a nivel nosocomial, a la luz de esta investigación.

Por ello, a efecto de determinar los aspectos más importantes dentro de la valoración de la culpabilidad dentro del Derecho Médico, se deben tomar en cuenta (a propuesta de este investigador):

- a) La teleología (finalidad) de la acción;
- b) Las funciones del rol del ciudadano en la sociedad en la que se encuentra realizándose esa función;
- c) La distribución del rol específico a nivel nosocomial de cada uno de los integrantes del acto médico;
- d) La intervención y el grado de intervención de cada uno de los participantes de la materialización del acto médico;
- e) El actuar recomendable para el caso en concreto aplicable a cualquier profesionista según la *Lex Artis Médica* (exigencia mínima esperada)

Se debe precisar el hecho de que, dentro de las consideraciones del Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) los criterios de determinación para la individualización de la pena incluyen una serie de características que deberían comprender en sí mismo los actos previos, en el momento y posteriores a los hechos que se estiman como penalmente relevantes, establecido dentro del artículo 72 de dicho ordenamiento.

Sin embargo, dentro del mismo artículo en cita, se constituye una hipótesis abierta que deja en relieve la posibilidad de interpretación extensiva a cuestiones que no se encuentren previstas ya por el citado numeral, lo que da la oportunidad de complementar, con base a los criterios en esta investigación planteados, una serie de características propias de los profesionales de la salud que deberán ser incluidos en cada análisis.

Una vez que se han abordado los puntos anteriores, se puede observar que se tienen aptitudes necesarias para realizar una valoración de casos con respecto a problemas de la materia médica; por lo que, para terminar de ejemplificar la valoración de la culpabilidad dentro del Derecho Médico, se continuará a estudiar un análisis de casos a la luz de la doctrina, la jurisprudencia y la *lex artis* médica para realizar un ejercicio de ponderación sobre las responsabilidades del profesionista de la salud y sobre el resto de factores sobre los cuales tiene que intervenir para su práctica profesional, y con ello dar un criterio razonado para dar un fallo en esta materia.

Capítulo 4

El estudio de la culpabilidad en materia médica en la Práctica Forense Jurídica

Una vez que se abordó el contenido del Derecho Médico y su correlación con la culpabilidad, nos encontramos en aptitud para poder verlo aplicado en el ámbito jurídico penal mexicano, pues de ello se observará la utilidad de esta investigación en el foro jurídico.

Para valorar dicha situación, se debe atender en primer lugar al modo en que el delito relacionado con la materia médica aparece, su forma de persecución en vías procesales, la importancia de la planeación estratégica –el ahora denominado *litigio estratégico*, con motivo de la entrada en vigor del Sistema Acusatorio en nuestro país-, particularmente en el foro penal (pues es en este campo donde se realiza un estudio a conciencia de la culpabilidad, como elemento del delito).

En el capítulo anterior se abordaron distintas perspectivas desde las cuales se atendió a una lógica prelativa entre las vías de análisis de los casos médicos, y se señaló la importancia de la culpabilidad desde una perspectiva valorativa libre del criterio punitivo imperante para cualquier persona sujeta a proceso.

Ahora corresponde un análisis casuístico conforme al foro judicial mexicano, teniendo como parteaguas lo que se establecen en los apartados y líneas procesales para poder iniciar la acción contra médicos por delitos cometidos en el ejercicio de su profesión.

Para abarcar dicho estudio en el foro jurídico nacional, se abordará un estudio conforme a lo que se señala por el Código Nacional de Procedimientos Penales –por ser esta la legislación procesal o adjetiva vigente en la Ciudad de México-, y en caso de ser requeridos, se abordarán aspectos dogmáticos necesarios para comprender por qué varios de los actos con los que proceden las autoridades investigadoras y judicializadoras pueden resultar perjudiciales a los profesionistas de la salud.

4.1 Estudio de delitos en materia médica en la práctica forense del Derecho Penal

En la práctica jurídica, se pueden realizar diversos análisis de conductas delictivas, atendiendo a su naturaleza, formas y medios de ejecución, calidades específicas de los sujetos –ya sea activo o pasivo-, las condiciones especiales de su ejecución, etcétera. Sin embargo, el estudio en delitos de naturaleza médica, tienen relevancia otros factores que se abordan de diferente modo al que regularmente se estila en la práctica penal.

Hemos señalado previamente la importancia del *Consentimiento Informado* como un documento médico legal que establece las bases sobre las cuales se entenderá la relación jurídica entre los profesionales de la salud y el paciente tratado, pues son las condiciones que se plasman las que motivan y legitiman la actuación de cualquier profesional de la salud en el cumplimiento de su encargo.

Ya en el capítulo primero señalamos que en cuestiones médicas, existen ciertas reglas y principios propios de los galenos que deben ser atendidos para poder establecer el contexto sobre el cual se podría llegar a establecer una imputación contra profesionales de la salud (importancia de la *Lex Artis* en materia Médica):

En el segundo capítulo se estableció que existían instancias previas que son susceptibles de agotarse previo al pronunciamiento del Derecho Penal en problemas relacionados con los profesionales de la salud, incluyendo por supuesto las instancias administrativas, como lo es la conciliación que se da en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), que, como su nombre lo indica, funge como mediador de las partes previo a demandar por vías ordinarias; y las instancias civiles o análogas, en cuyo proceso se ventilará el procedimiento civil para el ejercicio de las acciones civiles correspondientes para solicitar la Responsabilidad Civil y sus prestaciones accesorias, o en su caso de responsabilidad patrimonial del Estado ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (dependiendo del autor del acto médico sujeto a estudio, y su respectivo fuero o adscripción).

Con todo ello, es posible identificar que, previo a realizar una imputación en materia penal para el ejercicio de una acción penal en contra de un profesionista de la salud, es necesario en primer lugar, el agotar todas las instancias previas al Derecho Penal para poder conducir al galeno y profesional cercano a un procedimiento penal, en estricto respeto al *principio de ultima ratio* del que goza el Derecho Penal.

Ahora bien, en el caso de que resulte necesaria esa movilización en el sistema jurídico mexicano, se prevé que la acción penal solo se hará por el Ministerio Público¹⁰¹ (salvo aquellos casos donde el Código Nacional de Procedimientos Penales autorice el ejercicio de la acción penal por particulares): por lo que, para poder incentivar la maquinaria jurisdiccional, se debe realizar el debido proceso de denuncia de hechos que constriñe el artículo 212 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y con ello ir glosando todos los datos de prueba que puedan servir como soporte material para la imputación dentro de una carpeta de investigación.

De este apartado se decanta la importancia de realizar, desde el principio, la forma correcta de realizar imputación en contra de los médicos y profesionistas de la salud, pues en páginas precedentes hemos referido la necesidad de estudiar el contexto y las características técnicas de la *Lex Artis* antes de poder ir a la vía penal sobre los resultados que se buscan investigar.

Sin embargo, cuando se realiza este estudio en la realidad, el dolor de los familiares de los pacientes, así como el temperamento de los mismos pacientes afectados por los procedimientos y tratamientos, y otros factores que hacen precipitada la toma de decisiones en torno al discernimiento y dilucidación de las responsabilidades correspondientes -en caso de haberlas-, provocan que estos principios se vean vulnerados al calor de las emociones que transitan, de los intereses ocultos por parte de los afectados (la búsqueda de un beneficio económico, la intención de perjudicar al profesionista, la

¹⁰¹ Ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que, en lo sustancial, prevé: “Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. **El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público.** La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.” Al respecto, véase

emoción que genera la necesidad de venganza, etc), o de la simple determinación de alguno de los pacientes a aferrarse a una idea específica.

Por ello, cuando se realiza la imputación, y se acude a la autoridad ministerial para proceder en contra de los profesionales de la salud, regularmente ni siquiera se sabe con precisión qué es lo que van a denunciar, y corresponde entonces al Ministerio Público y sus auxiliares determinar la procedencia de los hechos narrados y, en su caso, la clasificación jurídica provisional de los hechos.

En este apartado, se tiene que señalar que existen diversos criterios de integración que atentan contra los diversos principios que se han enunciado a lo largo de la presente investigación, yendo a denunciar hechos por el delito de lesiones y hasta homicidios con actos y factores que pueden considerarse ajenos a la relación jurídica establecida entre el médico-paciente, y que constituyen la primera causa por la cual las responsabilidades a los médicos puede verse afectada a nivel procesal; por lo que la debida integración de la carpeta de investigación es un punto clave para el debido procesamiento de las conductas más reprochables en la sociedad.

En ese tenor, tiene que señalarse la discusión dogmática acerca de la procedencia de los tipos penales que serán materia de estudio en contra de los profesionales de la salud, pues, como ya advertimos en el capítulo segundo, son varios tipos penales los que son susceptibles de ser encuadrados los profesionistas de la salud en razón de sus actividades y sus roles concretos, llegando a incluir los delitos de falsedad de documentos médico legales, la omisión de realizarlos o adjuntarlos, los delitos contra la salud relacionados a los estupefacientes, la usurpación de la profesión, etcétera.

Para el caso en concreto, nos habíamos ceñido a las conductas específicas que prevé el artículo 326 del Código Penal para la Ciudad de México, por ser el tipo penal que mejor describe la actuación del médico, y con ello, ejemplificar cómo se puede regular en sentido amplio la labor del personal de salud.

No se ignora que, para este tipo penal en particular, requiere una calidad específica para poder encuadrar el delito -eso es, el grado de Médico Cirujano y Partero, o título análogo, dependiendo de la institución educativa registrada, conforme a la Ley General de Profesiones, reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, pensando que con ello se excluye al resto de elementos que integran a los profesionales de la salud (enfermeras, camilleros, optometristas, etc.); sin embargo, por ser el que mejor estudia la culpabilidad en contraste a la *Lex Artis* en contra de los profesionales de la salud, será el punto de partida para este estudio.

Bajo esa perspectiva, se señala que es común que el Ministerio Público, al momento de realizar la clasificación jurídica -tanto provisional como la definitiva- en casos que involucren a médicos y personal de la salud en general, regularmente la realiza pensando en las conductas más reprochables (lesiones, homicidio), olvidando con ello la metodología y el especial contexto sobre el cual se estudia al Derecho Médico, pues su finalidad última es consignar o judicializar, dependiendo el sistema procesal que corresponda conforme a los hechos.

En este punto, a criterio de este investigador, debe decirse que se vulneran diversos principios del Derecho Penal en el ejercicio de estas acciones penales, en tanto que, al buscar la punición por delitos como el de homicidio o lesiones sin que previamente se consideren los delitos en estricto sentido encuadrables a la comunidad médica y de los profesionales de la salud, estriba en un ejercicio indebido e injustificado del poder punitivo.

Si no se atraviesa primeramente por una verificación de los hechos que serán motivo de estudio por parte de la autoridad investigadora (y posteriormente, por el poder judicial) sobre el orden y la prelación de los elementos a evaluar en el Derecho Médico, dicha valoración se convierte en parcial, y constituye en si mismo una cacería de brujas en contra de los presuntos responsables de un evento desafortunado, pero de los que no necesariamente tiene injerencia el galeno o el personal de la salud circundante al evento.

Esto es así a causa de que, retomando el tipo penal señalado en el artículo 326 del Código Penal local referido, la tercera de sus fracciones

(fracción III) literalmente expresa que será motivo de reproche para el galeno cualquier intervención realizada sin la autorización del paciente, que se traduce en el *consentimiento informado*, por lo que este artículo funge como un filtro de las conductas que deben ser efectivamente castigadas frente a las que no deben serlo.

Por lo que, para la elaboración del consentimiento informado para una intervención quirúrgica (citando el problema más común del personal de salud al enfrentarse a un problema legal), se debe tener previamente un expediente clínico del paciente que constriña al personal de salud a justificar las razones por las cuales se estima, a su criterio, la necesidad de una intervención o procedimiento, fundando y motivando sus determinaciones acorde a la *Lex Artis*, y con ello generando convicción sobre su necesidad, pertinencia, idoneidad y viabilidad, asumiendo riesgos recíprocos entre el médico-paciente, y estableciendo las bases de la relación jurídica del acto médico.

De ahí que realizar un estudio de la conducta más aberrante sin llegar a considerar primero el tipo penal específico para los delitos cometidos en el ejercicio de la profesión de la salud, es en sí mismo un atropello a los principios de prelación lógica al estudio del delito, principio de mínima intervención del Derecho Penal y hasta del principio de Exacta Aplicación de la Ley Penal.

Esta situación empeora al considerar que, al hacer un estudio de la clasificación jurídica del delito, el Ministerio Público se escuda en el principio de subsunción para considerar a estos tipos penales como “*agravantes*”, llegando a indagar ambas conductas (la más lesiva y el tipo específico orientado a los profesionistas de la salud, por ejemplo homicidio y práctica de una intervención quirúrgica sin el consentimiento informado) sin hacer una debida ponderación del principio de prelación lógica y de un estudio conforme a la *Lex Artis Médica*.

En este caso, el problema entre el principio de subsunción de conductas como lo es el homicidio, los delitos enfocados en el ejercicio de la profesión, y el resto de delitos que puedan ser considerados de forma conjunta en un concurso de delitos, estriba en un pilar fundamental que no debe ser ignorado en el contexto de los roles del médico.

Lo anterior es grave en virtud de que, a la luz de la dogmática, existen diversos procesos jurídicos que deben realizarse por el agente del Ministerio Público integrador previo a determinar una situación jurídica en concreto, pues de ello se aprecia, por ejemplo, que omiten circunstancias importantes como el concurso de delitos¹⁰². El concurso de delitos puede aparecer, en palabras de Castellanos Tena, “*porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas*”¹⁰³: razón por la que operan ciertas reglas jurídicas para evitar castigar innecesariamente al autor.

Si bien existe un principio de subsunción¹⁰⁴ sobre el cual se realizará una imputación, no se debe olvidar que dicho principio opera en la medida en que se realiza un concurso de delitos, ya sea ideal o real.

¹⁰² Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal – Parte General*, 51ª Edición, Ed. Porrúa, México D.F., 2012, pp. 307 – 310.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Acerca del Principio de Subsunción*, véase el contenido del criterio del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: CONCURSO APARENTE DE TIPOS. SU ESTUDIO ES PROPIO DE LA SENTENCIA Y NO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. El concurso de normas incompatibles entre sí, entraña tres aspectos: 1. La existencia de por lo menos dos disposiciones legales; 2. Que esas disposiciones sean coetáneamente aplicables al mismo hecho o materia; y 3. Que el aplicador de la ley deba escoger alguna de las disposiciones legales antes referidas para aplicarla, y sacrificar las demás, aunque también sean aplicables. Para dilucidar en qué momento dicho sujeto aplicador ha de encargarse de determinar si en el caso sometido a su potestad opera o no tal concurrencia normativa, hay que considerar la naturaleza jurídica del ámbito en el que debe hacerse el pronunciamiento respectivo. El procedimiento penal se compone por una pluralidad de etapas sucesivas cuya finalidad última es el encuentro de la verdad histórica, mediante la determinación del acreditamiento de los elementos del tipo y la correlativa responsabilidad del encausado. En el proceso se distinguen dos resoluciones de suma importancia que reflejan el principio de congruencia consagrado como garantía individual en el artículo 19 constitucional: El auto de formal prisión y la sentencia. La primera tiene como razón de ser el establecer el delito por el cual se ha de seguir la causa, mientras que la segunda posee como razón el determinar en definitiva la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor y, en su caso, la aplicación de la pena. La primera constituye una verdad relativa, pues desde el punto de vista probatorio sólo se alimenta de lo que al respecto haya arrojado la averiguación previa y, en su caso, de las probanzas desahogadas dentro del término constitucional, amén de que para su dictado basta con que se acredite el cuerpo del delito y se cuente con indicios en ocasión de la participación probable del consignado; en tanto que la segunda entraña una verdad histórica definitiva que se apoya en todas y cada una de las pruebas desahogadas a lo largo de la secuela procesal, al tiempo en que el análisis que de ellas ha de hacer el juzgador estará encaminado a determinar la plenitud probatoria de los elementos del tipo y de la responsabilidad penal. Ahora bien, cuando el ámbito en el que se impone precisar la operatividad del concurso aparente de normas estriba en un procedimiento penal, y dicha concurrencia incide en el acreditamiento de la existencia del delito (como acontece cuando se pretende la subsunción del delito de asalto en el diverso de robo con violencia), el juzgador válidamente no puede, por lógica jurídica, pronunciarse sobre el particular apoyado exclusivamente en una verdad relativa, como la ofrecida por un auto de formal prisión, donde se maneja la expresión “cuerpo del delito” y la diversa de “probable responsable”, sobre todo si se considera que mediante él se precisa la materia del proceso y se marca el punto de arranque para el encuentro de la verdad histórica; y aceptablemente sí puede, dicho juzgador, encargarse de establecer la operatividad en comento en base a esta última verdad, fincada ya en una plenitud probatoria, propia de la sentencia definitiva, en la que el empleo de las dos expresiones en cita se sustituyen con las diversas de “elementos del tipo” y “responsabilidad”, para dar un firme soporte a la resolución que, en su caso, habrá de producir un acto de privación en perjuicio del encausado. En suma, el momento procesal oportuno para que el juzgador se pronuncie, dentro de un procedimiento penal en torno al concurso aparente de tipos, es precisamente al dictar sentencia, porque ofrece la verdad histórica definitiva de los hechos sometidos a su potestad. Y es que si, como se ha dicho, el segundo aspecto indispensable para la configuración del concurso incompatible de leyes consiste en que las disposiciones concurrentes sean aplicables coetáneamente al mismo hecho o materia, debe convenirse en que cuando ese conflicto normativo se genera en un procedimiento judicial de índole penal, cuya sustanciación tiene como base fundamental la prueba de los hechos delictuosos, es requisito sine qua non, para determinar la aplicabilidad de las disposiciones convergentes, que los hechos concretos objeto de regulación de éstas, se encuentren plenamente probados y no simplemente presumidos. Lo anterior se corrobora al tomar en cuenta que la prohibición para recalificar un delito, obedece esencialmente en evitar que una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas normativas, sea sancionada pluralmente conforme al número de disposiciones legales que concurren. De manera que si es hasta la sentencia en que el juzgador ha de definir lo relativo a la imposición de la pena, es en tal resolución donde debe abordar el estudio del concurso incompatible de leyes. (Tesis: XXII.2o.8 P)

Procesar a los galenos por el homicidio y considerar al resto de cúmulo de factores como agravantes hace que se persiga injustamente la profesión del personal de la salud, tomando en cuenta que su actividad se encuentra sujeta a la posible realización de algunos hechos desafortunados de esta naturaleza, por ser propio de la labor del personal de la salud el combatir las afecciones y dolencias del paciente a la luz de sus conocimientos técnicos, por el bien de las personas que se encuentran bajo tratamiento en sus manos.

De ahí que cuando se comentó en el capítulo tercero sobre la necesidad de estudiar el contexto de galeno para la reinterpretación del posible dolo que puedan mostrar al momento de intervenir a los pacientes se mostró como un paso inevitable si es que se quería procesar a un médico, cuando en la realidad, se procesa la mayor parte de las veces sin realizar este estudio lógico y con esta directriz, lo cual conlleva a la criminalización de la actividad del personal de la salud, de uno u otro modo.

Situaciones anteriores se han hecho públicas y mediáticas en distintas clínicas en el territorio nacional a lo largo del tiempo: pero debe destacarse, recientemente, el caso del presunto homicidio del hermano del Fiscal General de la República, Alejandro Hertz Manero, siendo Federico Hertz Manero la víctima directa, y la presunta participación de Alejandra Cuevas Morán¹⁰⁵, enfermera de profesión y familiar política de aquel, situación que fue plasmada en una nota periodística del periódico The Washington Post, del que se cita en esta investigación, en lo que interesa, lo siguiente:

“...La acusó de no haber hecho cuanto estuvo a su alcance para salvarle la vida al difunto. “Por la edad de mi mamá, hizo lo mejor que pudo (para cuidar a Federico). Pero independientemente de todo, lo que (ella) hacía era lo que le decían los médicos que había puesto Alejandro (Gertz)”.

Además de denunciarla, el actual fiscal señaló como garantes accesorias de la vida de Federico a las hijas de Laura Morán: Alejandra y Laura Cuevas. Esa

¹⁰⁵ Al respecto, véase la siguiente nota en internet: <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/04/05/alejandra-cuevas-moran-entrevista-alejandro-gertz-manero-hermano-ricardo-raphael/> consultado el día 21 de Junio de 2022, a las 10:23 horas.

figura no se encuentra tipificada por la ley. No obstante, durante cuatro años insistió con que ellas tres eran responsables del deceso...”¹⁰⁶.

De donde se observa incluso que se realizó una imputación por parte del Fiscal a través de figuras jurídicas inexistentes, pero que redundan en cuestiones de la práctica clínica en el Derecho Médico. Al ser enfermera de profesión, Alejandra Cuevas prestó auxilio a una persona (Federico) que se encontraba muy mal de salud, cuyo esfuerzo se realizaba coordinado (a la luz de su testimonio) con los médicos asignados para su cuidado.

Esta demostración quedaría sub iudice de lo que se estableciera tanto en el expediente clínico como en el expediente judicial o causa penal; sin embargo, al existir ya un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la postura final que se debía asumir frente a Alejandra Cuevas, se estima innecesario un estudio exhaustivo del caso, pues, lo que se pretende demostrar, ya se ha evidenciado.

Dicha problemática ha trascendido de forma significativa en la medida en que se le han atribuido diversos actos de responsabilidad compartida por tener en su esfera de disposición conocimientos técnicos y específicos acerca de la *Lex Artis* en materia médica, y presuntamente ser omisa del cuidado de su familiar.

No obstante, claramente se aprecia que se trata de una manipulación por parte del Ministerio Público integrador que se puede advertir desde la falta de estudio de elementos dogmáticos necesarios para interpretar correctamente los hechos, así como por la influencia de la tormenta de pasiones entre las víctimas para reclamar a los que -se piensa- son los responsables del resultado. Con ello, se exhibe el peligro en que se pone a la sociedad en general con imputaciones de esta naturaleza, donde debe imperar el criterio objetivo del Derecho y la Medicina para que exista un pronunciamiento final.

Aunado a lo anterior, rara vez se procede en contra de los responsables que tienen mayor peso en toda imputación entre los subordinados, es decir, los directivos de clínicas y hospitales, quienes realmente tienen incidencia en la deficiencia en el servicio brindado: es en estas personas en quien radica la

¹⁰⁶ Ibidem.

mayor parte de las misiones por parte del Estado para obtener los insumos necesarios para poder brindar un servicio de calidad.

Muchas veces, los médicos y profesionistas de la salud tienen que desarrollar respuestas poco usuales a problemas de los que dependen la batalla entre la vida y la muerte: no es extraño entonces que sean médicos residentes y de pregrado quiénes tengan que ingeniárselas para desarrollar instrumentos quirúrgicos y ortopédicos con materiales de reciclaje, desarrollar técnicas alternativas a las recomendadas para poder cumplir con los fines terapéuticos, o incluso sobrevivir con el poco dinero que se les paga por concepto de pago del servicio social brindado (aplicable para los médicos internos de pregrado, MIP).

Es por esta razón que no debe desatenderse la responsabilidad de los directivos, pues es en ellos en quién recae la mayor parte de errores en el servicio, como lo es la falta de insumos (de todo tipo: básicos, de servicios públicos, quirúrgicos, farmacológicos, instrumentales, biomédicos, etcétera), la poca coordinación entre autoridades y particulares para brindar los servicios médicos, la falta de contratación de personal suficiente y capacitado para desarrollar las funciones, o el desvío de recursos públicos y privados de las instituciones de salud para fines personales, y otra serie de complicaciones en el modo de operar una institución de salud que culminará en una atención deficiente o en resultados inaceptables para el servicio de salud pública.

De ahí que, al señalar que la imputación es compartida, tiene todo el sentido de decirlo, pues no solo puede adjudicarse a los operarios (profesionales de la salud) la falla sistemática del servicio, sino que atiende a cuestiones más profundas donde están envueltas las altas esferas de dirección y control institucional.

Ahora bien, siguiendo líneas procesales a continuar, se deben obtener todos los datos de prueba que sustenten una imputación para poder acreditar alguno de los tipos penales a los que puede llegar a estar sujeto o actualizar cualquier profesionista de la salud, incluyendo para ello la proposición de actos de investigación por parte de los afectados (artículo 217 del Código Nacional de Procedimientos Penales), la solicitud a Policía de Investigación de la Fiscalía la realización de búsquedas y localizaciones, la práctica de entrevistas

y todo acto que no requiera control judicial que pueda servir para indagar los hechos (artículo 251 del citado Código), o incluso, solicitar ante Juez de Control la realización de diversos actos que coadyuven con esa labor, pero requieran autorización judicial (artículo 252 del mismo ordenamiento).

Para cuando se tengan todos los datos de prueba que puedan hacer parecer la presencia de un hecho delictivo y la posibilidad de que una persona relacionada con la investigación lo ha cometido, se debe judicializar la carpeta para que, con ello, se de legal intervención y conocimiento a un Juez de Control, se cite a las partes a una audiencia inicial (prevista en los artículos 307 a 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales), y con ello argumentar lo que en Derecho corresponda a cada una de las partes procesales.

Una vez vista la importancia del desarrollo de una investigación inicial adecuada para alejarla de las pasiones y conflictos personales de los involucrados, en aras de obtener una imputación adecuada de acuerdo a los criterios de objetividad, eficiencia, honradez, profesionalismo, legalidad, y apego al respeto de los derechos humanos por parte de la autoridad investigadora, es posible concluir que deben procurarse distintos puntos de conflicto antes de realizar una imputación, para poder consumarla y llevarla formalmente ante un Juez de Control.

Es preciso decir que el procedimiento penal no se agota con esta circunstancia, sino que solo se formaliza la investigación ante autoridad judicial, lo que da los preparativos formales para iniciar un juicio penal, propiamente hablando; de ahí que resulta obligado pronunciarnos también en torno a un tópico muy particular a nivel procesal, que marcará el antes y el después del proceso, por erigirse como un eje jurídico-penal fundamental para cualquier tipo de delito: la *teoría del caso*.

4.2 Criterios para la formulación de Teorías del Caso

Para comprender el verdadero alcance de la comprensión del Derecho Médico dentro de la práctica jurídico penal, y especialmente en los Tribunales en materia Penal, es imprescindible formular adecuadamente una teoría del caso que respalde el contexto fáctico y normativo sobre el cual se erige una imputación.

Primeramente, podemos advertir que la teoría del caso, siguiendo las argumentaciones del profesor Elías Polanco Braga, puede ser definida como:

“Es la estrategia a seguir y la visión que tiene cada parte en relación al hecho ilícito a justificar, con medios probatorios, cuya narración verbal expone cronológicamente ante el juzgador como tema de la Litis para que éste tome conocimiento del suceso”¹⁰⁷.

De donde se observa la necesidad de plantear por parte de los intervinientes, desde el principio, una estrategia y visión de los hechos penalmente relevantes que han de ser dilucidados en juicio, desde un frente en particular acorde a los intereses de la parte que representan para poder integrar una Litis, y con ello sentar las bases de los puntos torales de la controversia judicial.

Más adelante, el mismo profesor señala una definición más precisa en cuanto a aspectos sustantivos que involucran a este concepto:

Argumento que las partes hacen sobre los hechos penalmente relevantes, con las pruebas que los sustenten y los fundamentos jurídicos que lo apoyan, la que se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos; se considera en principio como una hipótesis que se convierte en teoría al concretizarla; los elementos que la integran deben contar con la claridad y sencillez de los hechos y de tal manera que resulte lógicamente aceptable por cualquier persona que cuente con conocimiento común promedio: también es la postura o versión del hecho criminal que las partes adoptan de acuerdo a los datos de prueba con que cuentan respecto del proceso, de la cual buscan demostrar su validez ante la autoridad jurisdiccional...¹⁰⁸

De la anterior definición complementaria, el profesor señala otra de las directrices sobre las cuales se debe entender la teoría del caso, que involucra claramente la perspectiva de las partes ante la autoridad judicial, y con ello, la defensa de los intereses, a la luz de la racionalidad epistemológica, que involucra diversos estadios o escalafones, según el grado de convicción

¹⁰⁷ Polanco Braga, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio - Juicio Oral*, 2ª Ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, p. 310.

¹⁰⁸ *Idem*.

personal de las partes en el proceso, y que constituirán, conforme avance el proceso en el estandarte de cada parte con respecto a los hechos.

¿Por qué es tan relevante la teoría del caso en el estudio de los delitos, y en particular, en los delitos cometidos en ejercicio de la profesión? La respuesta se torna más compleja a medida que se avanza en el proceso, pero se puede señalar de forma apriorística por que es la narrativa básica sobre la cual las partes van a postular su asunto para integrar una *Litis*, y para el caso de los médicos, porque de esa narrativa se fijarán las posturas de si el médico actuó correctamente o no conforme a la *Lex Artis* para la comisión y actualización del tipo penal que se le impute, o si en su caso operará a su favor alguna causa de exclusión del delito que impida su valoración como tal.

No debe omitirse ni pasarse por alto el hecho de que la Teoría del Caso que tengamos concebida y estudiada desde el principio dentro de la causa penal, carpeta judicial, causa de control/enjuiciamiento, expediente penal o cualquier otro nombre que reciba (dependiendo la nomenclatura que reciba en el recinto judicial donde se ventile dicho expediente -que, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, sitio de origen donde se centra esta investigación, obedece al segundo nombre-) es determinante para que se sepa, con detalle, que medios de prueba nos son útiles para la acreditación de la historia o postura que estamos defendiendo.

No es lo mismo el caso de una carpeta judicial donde el cuerpo colegiado de profesionistas de la salud estén vinculados a proceso por una falla en la detección de una infección en vías urinarias que provocó la muerte, que la carpeta judicial donde se encuentren vinculados a proceso por el fallecimiento de una persona a consecuencia de complicaciones en la realización de una operación de urgencia para tratar de curar una fistula colovesical, en cuyo caso el riesgo de complicación es diferente, y el grado de intervención es distinto:

Para acreditar dichas cuestiones, no solo se debe atender a las consideraciones técnicas del expediente clínico, sino también al contraste en lo que señala la doctrina y la dogmática para abordar este tipo de afectaciones a la salud, y los riesgos que se asumen en cada oportunidad para ello, así como el cúmulo de condiciones personales que constituyen la especial situación del

paciente. Por eso, la narrativa de los hechos resulta determinante para saber adoptar una postura acorde en la formulación de la Teoría del Caso.

Siguiendo el comentario de Ramírez Rojas, debe señalarse que la teoría del caso también debe seguir este criterio para su correcta formulación:

“Hay que destacar que, para poder argumentar correctamente una teoría del caso, es necesario tener plenamente cimentada la teoría del delito para no caer en la improvisación técnica, pues esa idea central está basada justamente en los elementos del delito. Por lo que, podemos concluir que el desconocimiento de la teoría del delito repercute directamente en lo que significa la defensa técnica adecuada”¹⁰⁹.

De lo anteriormente transcrito se observa la relación intrínseca entre la teoría del delito y la teoría del caso, puesto que no es posible concebir uno sin el otro, y todo lo que tenga relación directa a los hechos debe ser planteado a la luz de la dogmática jurídico-penal para poder apreciar alternativas interpretativas que permitan robustecer, o en su caso, refutar los hechos que son materia de la imputación.

Si se observa con atención, claramente se observará que dicho comentario no solo cuenta con sustento legal, sino que incluso obedece a una cuestión de lógica jurídica y hasta de sentido común:

Por citar un ejemplo, el cumplimiento de un deber por parte de un galeno se actualiza en el momento en que, encontrándose en una situación de urgencia con una persona moribunda en despoblado (el galeno iba transitando la carretera y se percata de la presencia de un sujeto que recibió impacto de bala, llamando a la policía para tener un primer respondiente, y tratando de brindar atención médica en razón de su ramo de conocimiento, se baja de su vehículo a auxiliarlo), realiza todo acto de ayuda que en sus manos está y en sus condiciones para poder evitar que fallezca, aun a pesar de que no lo haya logrado; lo que hace que se encuadre en una causa de exclusión de la responsabilidad penal (antijuridicidad – causas de licitud).

Por lo anterior, a pesar de que se practica un acto médico sin consentimiento informado y fuera de las instalaciones de un nosocomio, con

riesgos fundados de que no pueda sobrevivir y sin las condiciones mínimas para su práctica, ello no hace responsable al médico de la muerte del moribundo, dado el cúmulo de condiciones en las que se encuentra al paciente: máxime si ya se encontraba en aquellas condiciones antes de su intervención, y en cuyo caso, con su esfuerzo, solo buscaba preservar su vida en una circunstancia fortuita para el galeno.

Con la necropsia de ley, se podría averiguar lo que sucedió con el moribundo previo a la intervención del galeno, y determinar las causa de muerte con los conocimientos técnicos necesarios y la documentación idónea para ello. Sin embargo, el simple hecho de ayudar al moribundo no hace que el médico que auxilie en estas condiciones sea considerado como responsable, pues, de acuerdo al juramento hipocrático, y conforme a diversas disposiciones de la Ley General de Salud, el médico que se constituye como auxiliar en una circunstancia límite se encuentra excluido de ello en términos de la propia legislación, pues se reputa que el está actuando bajo el argumento del cumplimiento de un deber, una obligación intrínseca al rol que desempeña dentro de la sociedad.

Si se pretende imputar al médico que estaba ayudando a aquella persona, debe desprenderse de las investigaciones que el galeno tuvo el arma homicida (práctica de una prueba de Harrison para la determinación de presencia de pólvora en sus prendas de vestir), o que tuvo algún otro nexo causal que permita establecer, por lo menos indiciariamente, que el galeno tuvo participación en aquel homicidio. De lo contrario, se debe reputar, en principio general, que todo médico actúa de forma auxiliar para preservar la vida y nada más.

Lo útil de esta ejemplificación estriba en que, si se encuentran elementos para pensar en una negligencia por parte del galeno en el tratamiento del moribundo mientras se encontraba auxiliando, este contexto brinda ya los elementos para la argumentación de la teoría del caso, pues, a la luz del principio de prelación lógica de los elementos del delito, ya se obtiene una primera línea de imputación o de defensa que será materia de debate y de acreditación en juicio con los medios de prueba conducentes: pero que, en

¹⁰⁹ Ramírez Rojas Daniel Enrique, *óp. cit.*, p. 205

todos los casos, involucra un análisis conjunto entre teoría del caso (formulación de la verdad jurídica y postura procesal) y su vinculación directa con la doctrina jurídico-penal (teoría del delito).

Aunado a ello, no debe perderse de vista que ese antecedente directo es a su vez la guía para el modo en como se desahogará el desfile probatorio durante el juicio oral, pues la teoría del caso no solo da el fundamento para poder formular correctamente un alegato de apertura y uno de clausura, sino que sirve incluso como el parteaguas teórico sobre el cual se centrarán todas las preguntas en el interrogatorio y el contrainterrogatorio durante el examen a testigos, peritos y demás personal que sea de utilidad para dilucidar la verdad jurídica de los hechos.

Así, la Teoría del Caso es determinante a nivel procesal por ir acompañando, desde el principio, en cada pequeño paso en la secuela procesal, y hasta la culminación del juicio oral, a la imputación que se realiza, misma que se transformará en acusación –que se formalizará y se fijará como Litis al finalizar la etapa intermedia y con la emisión del Auto de Apertura a Juicio Oral-, y que está intrínsecamente vinculado con el tipo penal que se pretende acreditar.

Es un hecho que, si no se realiza un encuadramiento debido del tipo penal con los hechos por parte del Ministerio Público -aún desde la clasificación jurídica del hecho delictivo-, y si esa clasificación jurídica no se soporta adecuadamente con los datos y medios de prueba idóneos y pertinentes para acreditar lo que se necesita, no se podrá tener un resultado favorable en la persecución de delitos.

Una vez que se ha valorado la relevancia de la Teoría del Caso, y abarcado este tópico, se darán las directrices más relevantes que se deben de visualizar en una defensa jurídico-penal en materia de Derecho Médico, pues, a diferencia de otro tipo de delitos, donde la demostración de estos se encuentra compuesta de múltiples fases de investigación, en materia médica se constriñe a un par de datos de prueba fundamentales que hacen viable o no su persecución desde la Coordinación Territorial Desconcentrada de la Fiscalía (Ministerio Público), ya sea Federal o local.

4.3 Principales puntos de defensa jurídico-penal en materia médica

Así como se habló de la Teoría del Caso para proyectar una línea de investigación que permita imputar correctamente un delito de naturaleza profesional a la luz del Derecho Médico, también existen ciertos lineamientos para fincar adecuadamente una debida defensa que permita establecer la ausencia de la responsabilidad del profesional de la salud en actos que involucren al Derecho Médico.

La defensa de un médico, así como la de cualquier otro imputado, debe buscar desvirtuar, desacreditar o eliminar del acervo probatorio –por exclusión ilícita, ineficacia probatoria, inconducencia, impertinencia o alguna otra causa similar- los datos de prueba y medios de prueba que sustenten una imputación, así como combatir directamente a la misma por aspectos sustantivos previstos en el Código Penal de la Ciudad de México para ello –y sus artículos análogos en diversos fueros y legislaciones-.

No deja de combatirse, a través de cualquiera de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, previstos en las fracciones contenidas en el artículo 29 del Código Penal de la Ciudad de México, la imputación y posterior reproche bajo las líneas que se han abordado como parte de la teoría del delito y sus respectivas argumentaciones y disertaciones.

Tampoco se dejan de hacer efectivas figuras sustantivas y procesales – como la prescripción del delito, por ejemplo- para hacer válida una defensa frente a la autoridad integradora o judicial, y con ello garantizar los principios de legalidad, mínima intervención del Derecho Penal, y de proporcionalidad en aras de apoyar a un defenso perteneciente al área de los profesionales de la salud.

Sin embargo, en el caso de los médicos, dicha labor se lleva de forma más precisa y contundente en el dictamen pericial en materia médica que pueda ofrecerse para desvirtuar el contenido de los datos de prueba que revelen una actuación o conducta por parte del profesionista que sea presuntamente indebida y encuadrable en el tipo penal.

En ese sentido, el dictamen médico pericial que pueda servirse de ofrecer en este tipo de procesos toma un lugar determinante y preponderante

por constituirse como el elemento más fuerte para acreditar o desacreditar una actuación errónea conforme a la *Lex Artis* en materia médica.

Sin embargo, este punto no es la única línea defensiva para erigir una defensa penal a favor de los profesionales de la salud. Cuando se establece una defensa penal, todos los elementos que se tienen en la fase integrativa cuentan: por lo que poner atención en todos y cada uno de los elementos y detalles sirve para revalorar el contexto sobre el cual se construye la imputación.

Si bien, el artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su texto vigente que “*la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora...*”¹¹⁰, lo cierto también es que esta frase no es absoluta, y es labor de la defensa la realización de actos que sean de utilidad en la búsqueda de una defensa activa, propositiva, y que haga efectiva la garantía de igualdad procesal prevista en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que el espíritu procesal de este apartado normativo radica justamente en que las diversas partes procesales se encuentren en posibilidad de pelear, en igualdad de armas e igualdad de condiciones procesales todos los actos del proceso penal a favor de los intereses que representan.

Con independencia del cúmulo de obligaciones que se derivan del contenido del artículo 117 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se estima por parte de este investigador la necesidad de implementar, por parte de las defensas, técnicas de litigación que no solo se encuentren previstas en el marco normativo, sino que también debe desarrollarse una creatividad sobre las vías procesales y los aspectos sustantivos que coexisten de forma simultánea en cada etapa procesal, con el fin de obtener resultados tendientes a fincar la defensa en distintos frentes.

De ahí que establecer meramente como línea de defensa únicamente el dictamen pericial médico que combate las observaciones clínicas realizadas por los datos de la Fiscalía constituye un error gravísimo para la defensa que,

¹¹⁰ Artículo 20 Apartado A fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, inserto en *Agenda Penal CDMX*, Editorial ISEF, Ciudad de México, México, 2022, p. 12

confiada, puede llegar a desconocer hechos que van más allá de la técnica médica, constituyéndose erróneamente en una defensa pasiva que puede llegar a condenar a su representado.

El uso del litigio estratégico es una práctica muy útil en cualquier procedimiento, pues establece los razonamientos tanto sustantivos como procesales que permiten establecer una línea de defensa frente a múltiples embates por parte del contrario, y con ello, encontrarse proyectando una visión global de las alternativas del juicio hasta su conclusión.

Este enfoque es necesario en vista de que se pueden proyectar estrategias sobre qué hacer y qué no hacer en cada momento procesal, lo que involucra necesariamente una continua deconstrucción y reconstrucción de las estrategias procesales conforme se van realizando actos concretos por las partes, o por la autoridad.

Un defensor debe estar siempre atento a utilizar todo medio probatorio y todo acto procesal que pueda beneficiar a los intereses de la persona que representa, de tal suerte que las posturas del “hacer” y el “no hacer” en cada momento procesal por parte del abogado juegan un papel determinante en las actuaciones de las diversas causas que se manejen, llegando a establecer nexos complejos de situaciones que permiten obtener diligencias que generen un beneficio procesal a favor de su representado, incluso, en una conexidad entre juicios o entre instancias.

Estas técnicas no son privativas del ambiente penal, sino que corresponden en sí mismo a la esencia del litigio en el quehacer del abogado, lo que conlleva a una continua planeación de la estrategia conforme a lo que se va estableciendo en cada momento por las actuaciones, en contraste con lo que permite y castiga la Ley, en torno a las interpretaciones de la jurisprudencia y criterios orientadores, así como de circunstancias fácticas que pueden generar alternativas para la resolución de conflictos, o para incentivar la producción de actos procesales en pro del sujeto representado.

En el caso de los expedientes donde se encuentre involucrado algún profesionista de las ciencias de la salud, no difiere en absoluto su uso; sino que se perfecciona en aspectos más sutiles del campo médico: solicitar informes a

determinadas instituciones para verificar la conducta del galeno, cotejar documentación entre el expediente clínico y el expediente penal o carpeta de investigación para poder advertir las inconsistencias de la práctica, y, en consecuencia, solicitar los actos de investigación y medios probatorios que tiendan a clarificar esas circunstancias.

Con ello, se deben acumular actos de defensa de tal suerte que se vean favorecidas las conductas desplegadas por el defendido, y con ello, ir desvirtuando todo medio de prueba de cargo, presentar testigos que puedan hacer notoria la condición que presentaba el paciente previo a la intervención o tratamiento (logrando contrastar y completar las circunstancias asentadas en el expediente clínico), etc. Eso solo por mencionar algunos actos de defensa que permitan visualizar un cuadro mucho más favorable para el imputado.

Ahora bien, hay que presentarle especial énfasis al dictamen pericial médico que determine efectivamente una ausencia de vicios en la prestación de servicios profesionales por parte de los profesionales de la salud para la realización de actos médicos.

Para realizar correctamente esta labor, la defensa tiene que estar familiarizada con todos los aspectos técnicos que involucran el desarrollo de la operación o diligencia clínica a la luz de la *Lex Artis* en materia médica, pues es a partir de estos elementos que se puede centrar un verdadero debate respecto al fondo de los hechos.

El establecimiento de una defensa, de acuerdo a las técnicas de litigación y de litigio estratégico, debe fincarse sobre los datos de prueba que soportan una investigación penal: por lo que, para abordar dicha imputación, el defensor puede alegar aspectos sustantivos o procesales para combatirla.

Por eso, estas directrices dan un esbozo de las posibilidades en el margen de acción de una defensa activa, misma que, se reitera, no debe permanecer pasiva, sino confrontar cada uno de los medios de prueba, y desvirtuar, hasta el punto en el que sea posible, aquellos hechos que dan origen a la imputación.

Se reitera, además, que el uso de las prácticas que constituyen la denominada *Medicina Defensiva* deben quedar abolidas, pues muchas de ellas

traen implícita la ruptura del principio de buena fe de las partes en el proceso penal, y con ello, se desvirtúa con cada acto de aplicación la confianza en el sistema judicial.

Desarrolladas que fueron las directrices sobre las cuales la defensa debe erigir su postura a lo largo del procedimiento penal, es posible valorar, desde otro enfoque, algunos de los puntos de defensa legal que pueden ser clave a la hora de asumir un caso penal relacionado con el Derecho Médico como propio; por lo que, habiendo explorado este tópico, es posible ilustrarlo mejor con una exposición de caso.

4.4. Análisis de un caso particular de delitos cometidos por profesionistas de la salud

Analizado lo anterior, es posible dilucidar que, a nivel teórico, los delitos cometidos en ejercicio de la profesión por parte de profesionistas de la salud tienen una complejidad completamente distinta a los delitos usuales, por involucrar un estudio exegético de los actos que constituyen la finalidad del galeno en la probable responsabilidad por la comisión de un delito; por lo que es necesario señalar que, en la realidad, la comisión de estos delitos aparece de forma eventual, como algo no previsto o no planeado en la mayoría de los casos.

Muchos profesionistas de la salud, en el ejercicio de sus funciones, realizan actos propios de su actividad tomando en consideración todas las directrices que plantea el Derecho para la regulación de su actividad: sin embargo, como en toda actividad humana, siempre aparecerán hechos lamentables que hacen propio un estudio de las conductas más aberrantes para valorar en torno a la sanción y castigo que se deba realizar a los responsables del hecho.

Rara es la ocasión donde un profesional de la salud, con toda la intención de hacer daño, genere actos médicos que lastimen bienes jurídicos de los pacientes que tiene a su cargo; ello no exime la existencia de dichas personas dentro del campo de las ciencias de la salud. Muy diferente es cuando los profesionistas buscan el lucro a través de su actividad para poder realizar intervenciones innecesarias, brindar consejos poco útiles para justificar

su actuación o poner en riesgo la salud en la búsqueda del prestigio o del pago por sus “hallazgos”, en cuyos casos incrementa sustancialmente su presencia en números, refiriéndonos en términos monetarios.

Sin embargo, la mayor parte de las ocasiones en que se presenta algo lamentable por motivo del ejercicio de la actividad médica tiene relación directa con aspectos multifactoriales que no necesariamente inciden en la actuación del profesional de la salud a cargo del cuidado del paciente, por lo que estas controversias penales regularmente se presentan como omisiones o riesgos asumidos durante las intervenciones y tratamientos.

Esto es así a causa de que todos los elementos que afectan directamente en los bienes jurídicos que protegen los tipos penales que tienen como sujeto activo a los médicos tienen una interconexión y una correlación directa con el contexto, antecedentes personales y toma de decisiones de los pacientes que coadyuvan con la geración de un resultado.

Existe una salvedad en aquellos delitos que tutela el Estado para la salud pública, como lo son los tipos penales contenidos en la Ley General de Salud –narcomenudeo como uno de los mejores ejemplos-, en cuyo caso, no necesariamente incide en el campo del Derecho Médico, sino en la correcta aplicación de las normatividades en materia de salud general y del Derecho Sanitario –en ese caso específico, sobre la Farmacovigilancia-. De ahí que estos tipos penales no estén destinados a los profesionales de la salud, sino que abarca a toda la colectividad en abstracto para su tutela, a pesar de que est grupo también incida por la cercanía que tiene con aquellos puntos de contacto.

Por ello, para poder diferenciar con criterio técnico la valoración de los grados de intervención de un profesional de la salud responsable del cuidado de su paciente, es prudente abordar en estos términos una ejemplificación de casos que nos permitan dilucidar con más detalle algo que tiene múltiples aristas.

Dado que esta investigación no es un análisis casuístico de las diversas modalidades en los que se presentan las imputaciones penales en materia médica (por exceder los límites de la investigación al convertirlo en un estudio

de casos), no se abordará con el rigor de una investigación de expedientes, sino que únicamente se hará una explicación esbosada de un caso que se presenta a manera de noticia con información suficiente para presentar argumentaciones.

Aunado a lo anterior, los expedientes judiciales tienen la obligación de vigilar la seguridad de la confidencialidad y secrecía de los asuntos que se manejan en los Centros de Justicia Penal Federal o de las Unidades de Gestión Judicial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, por lo que, para poder acceder a los expedientes se requiere anuencia de las partes: situación que no fue posible por parte de este investigador.

Caso: Los 6 médicos del IMSS vinculados a proceso

En este caso, se observa que, de acuerdo con la nota periodística publicada en el portal La Jornada¹¹¹, se presentó denuncia por homicidio culposo a médicos especialistas de Mexicali.

“...Seis médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) fueron vinculados a proceso penal por homicidio culposo con agravante de responsabilidad profesional médica. El 26 de enero de 2020 María del Socorro Martínez falleció por negligencia y mala práctica médicas, luego de ser atendida en la clínica 16 y en el hospital regional 30 del IMSS en Mexicali, a donde la llevaron sus familiares a causa de una infección de vías urinarias mal diagnosticada. Los hijos de la afectada interpusieron denuncia y el Ministerio Público de la Fiscalía General de la República obtuvo del juez federal la vinculación a proceso de los galenos...”¹¹²

Dentro el contenido de la nota, se aprecia que la razón por la cual denuncian estriba en la valoración errónea en un paciente cuya problemática radicó en una enfermedad de vías urinarias mal diagnosticada, lo que dio pie a su fallecimiento.

Del mismo contenido, se puede advertir la posibilidad de indagar acerca de los elementos que son materia de valoración en el Derecho Médico, pues

¹¹¹ Al respecto, véase la nota <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/05/05/estados/bc-seis-medicos-del-imss-a-juicio-por-homicidio-culposo/>; Situación que se confirma con la nota <https://www.saludiaro.com/ojo-6-medicos-del-imss-son-culpados-de-homicidio-culposo/> Consultados el 02 de junio de 2022, a las 15:31 horas.

tenemos el punto de contacto con la *Lex Artis Médica*, la controversia en torno a la situación de una responsabilidad civil trasladada a una vía penal (por la pérdida de la vida de un paciente), aspectos relativos a la competencia, y una clasificación jurídica preliminar, elementos que nos dan mucho para analizar; sin embargo, quedan distintos puntos pendientes que serían materia de un debate jurídico en el foro judicial.

Algunos de esos puntos son de vital relevancia, pues denotarían mucho mejor el modo en el que deben de interpretarse los actos médicos, como lo son los datos con los que cuente el expediente clínico –antecedentes, diagnósticos asentados, los síntomas que se detectaron, los tratamientos otorgados, los medicamentos suministrados, las respuestas del organismo al tratamiento, observaciones profesionales-, así como las conductas y debida diligencia de los intervinientes, o la distribución de roles dentro del nosocomio para poder entablar un juicio de reproche; pero que permiten la interpretación abierta tanto para una postura acusadora como para una defensa.

Sabiendo que no podemos tener acceso a dicho expediente, es necesario integrar esta investigación a manera propositiva, de tal forma que podamos partir desde una base ejemplificativa respecto al uso de esta investigación, llegando a ser aplicable a cualquier caso que se proponga en frente.

En primer lugar, al tratarse de un aspecto médico, se debe abordar conforme a las directrices especiales del acto médico, y al ser éste el eje de estudio del Derecho Médico, es susceptible de ser estudiado al tenor de dichas interpretaciones médicas y jurídicas circundantes a este tipo de actos (han sido ya abordados a lo largo de la investigación).

Por otro lado, se debe asumir la postura de que ya se han agotado otras vías preliminares antes de denunciar al cuerpo colegiado de profesionistas de la salud (el no haberlo hecho involucraría un conflicto de pasiones entre los familiares que perdieron a un miembro de su familia frente a los operadores técnicos en la rama de la salud que participaron en su intervención o tratamiento).

¹¹² *Idem.*

Superando este tema, al ver que los profesionales de la salud pertenecen al Instituto Mexicano del Seguro Social (médicos con calidad de prestadores de servicio público), la competencia corresponde al fuero federal, por encontrarse en el ejercicio de la práctica médica de una institución que, en base a su coordinación nacional (recordemos, la materia de salud es una de las materias coordinadas de la Federación), funge como ente público federal, por actuar al amparo de una norma federal –*Ley del Seguro Social, Ley General de Salud y Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*; todas, expedidas por el Congreso de la Unión-.

Esta situación hace corresponder tanto la Responsabilidad Patrimonial del Estado (por devenir de una actuación irregular de un órgano del Estado), como para la investigación del delito en el fuero federal, quedando a cargo la investigación de la Fiscalía General de la República, ya sea en alguna de sus Fiscalías Especializadas o en sus Desconcentradas alrededor de la República. Dicha causa penal, al ser judicializada, es radicada en el Centro de Justicia Penal Federal de Baja California, en virtud de que los hechos ocurren en Mexicali, Baja California¹¹³.

Si en el caso específico, el médico se encontrara adscrito a otro centro de salud privado con ejercicio en la Ciudad de México, sería un delito clasificado bajo los tipos penales establecidos en el Código Penal para la Ciudad de México, y en consecuencia la apertura de la carpeta de investigación quedaría a cargo de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, mientras que su judicialización correspondería al conocimiento de un Juez de Control adscrito a alguna de las Unidades de Gestión Judicial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

No obstante a ello, al encontrarse vinculado por un punto de conflicto con la competencia federal (la práctica médica se realiza relacionada al servicio

¹¹³ Así como también de conformidad con el *Acuerdo General 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los Circuitos Judiciales en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por Materia de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito*, y de sus respectivas actualizaciones publicadas.

Véase https://apps.cjf.gob.mx/normativa/Recursos/2013-3-0-AC_V221.PDF, visto el 05 de Julio de 2022, a las 11:24 horas.

público federal), sigue una suerte diversa, dando como resultado la descripción que líneas arriba se enuncia.

Por otra parte, la clasificación jurídica preliminar que el Ministerio Público aporta para poder realizar la imputación la establece bajo la hipótesis normativa de *homicidio culposo con agravante* (de acuerdo con la nota), lo que nos da ya la oportunidad de valorar justamente el proceso lógico-jurídico sobre el cual se erige la imputación; ello nos dará la ejemplificación del modo en cómo se practican vicios en la formulación de la imputación, y robustece la mala praxis que se realiza en la valoración de cuestiones relacionadas con médicos.

Al realizar la imputación por el homicidio culposo con agravante, se tiene que realizar un estudio a conciencia sobre las razones por las cuales un delito conlleva a otro, sin afectar el principio de subsunción, ni tocar aspectos relativos al concurso de delitos que puedan generar conflicto.

Para poder clasificar este hecho delictivo como agravado, es necesario establecer que exista la posibilidad de que, para obtener el resultado (en el caso en estudio, el homicidio culposo), se haya llevado a cabo una práctica de una operación sin el consentimiento informado, se haya simulado su práctica, o que se haya realizado innecesariamente.

Sin embargo, como no se establecen los razonamientos por los cuales, tanto el Ministerio Público de la Federación, como el Juez de Control realizan tal clasificación final para la vinculación a proceso, se establecerá que fue en estos términos, poniendo, por ejemplo, el caso de que se haya practicado una operación innecesaria, por haberse guiado de un mal diagnóstico, a manera de concesión del resultado de las condiciones que establece la nota.

Si bien, se destaca, el hecho final perseguido es la pérdida de la vida a causa de una falta de una previsión de lo previsible (homicidio culposo), en estos casos es viable asumir que existe una correlativa agravante al haberse practicado un procedimiento diverso al que se necesitaba para poder tratar el diagnóstico que se estimaba actualizado, pues en aras de curar una afección distinta (determinada así por un mal diagnóstico, no se especifica cuál), se realiza un tratamiento alejado al que se necesitaba para combatir la infección en vías urinarias, misma que debe quedar demostrada con la necropsia de ley.

Siguiendo esta línea, aunque desconocemos los datos de prueba que sirvieron como base para la imputación, es menester señalar el conocimiento de que la imputación se debe soportar con un dictamen en materia médica, que se confirma con la práctica de la necropsia de Ley, para que, administrados en su interpretación, den luz indiciaria sobre la forma en que fallece la persona, y con ello se advierta la irregularidad en la actuación de los profesionistas de la salud que permitan hacer viable un reproche en contra de su intervención, para posteriormente hacer la judicialización respectiva.

Ahora bien, en torno a la *Lex Artis Médica*, debe destacarse que, con relación a la infección en las vías urinarias mal diagnosticada¹¹⁴, se debe estudiar primeramente el antecedente teórico sobre el cual se realiza una valoración de esta naturaleza.

La literatura médica que aborda los problemas relacionados con las vías urinarias señalan, entre otros puntos, algunos tópicos que son relevantes para el entendimiento de la fisiología del cuerpo humano, pues es esta la vía por la cual se excreta una parte importante de toxinas y patógenos para el organismo.

¹¹⁴ El enunciado anterior se realiza a manera de ejemplificación, y no constituye en modo alguno una conclusión relativa al caso en concreto, pues, por las fechas en que se publica la nota, se advierte que dicho proceso legal no ha concluido, y toda persona cuenta con la presunción de inocencia hasta que se le demuestre lo contrario por sentencia ejecutoriada. Al respecto, véase el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguiente:
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. LA TRANSGRESIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL PUEDE SURGIR DE CUALQUIER AUTORIDAD PÚBLICA. Hechos: En un seminario académico un servidor público dio su opinión sobre un asunto penal de relevancia nacional, del cual conoció en razón de su competencia. Motivo por el cual, la parte imputada solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal por considerar que dicha opinión transgredió su derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal. Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que ese derecho puede ser violado tanto por los Jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada, sin que en nada cambie esta situación el hecho de que el asunto se esté tramitando en cualquiera de las etapas del proceso penal (investigación, intermedia o juicio). Justificación: El derecho humano a la presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal, ha sido reconocido como el derecho fundamental a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza. Asimismo, y a diferencia de lo que sucede con la regla de juicio, la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia puede emanar de cualquier agente del Estado, especialmente de las autoridades policiales. Por ello, y siguiendo los criterios tanto nacionales como internacionales podemos señalar que no afecta la libertad de expresión de la autoridad señalada como responsable, pues no debe olvidarse que las autoridades públicas deben tener en cuenta sus responsabilidades y obligaciones como servidores públicos y actuar con moderación cuando expresen sus opiniones y puntos de vista en cualquier circunstancia en que, a los ojos de un observador razonable, puedan comprometer objetivamente su cargo, su independencia o imparcialidad. Sin que obste a lo anterior que se trate de hechos de corrupción, o de un asunto mediático debido a su amplia difusión a través de los diversos medios masivos de comunicación, pues todos los órganos del Estado tienen la obligación de no condenar informalmente a una persona o emitir juicio ante la sociedad, mientras no se acredite su responsabilidad penal, pues el hacerlo, ya sea sin mencionar el nombre, pero dando datos precisos que permiten saber de qué persona se trata, trae como consecuencia la violación del derecho fundamental de presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal. Lo anterior, con fundamento en los criterios, opiniones y sentencias emitidos tanto por el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, así como del Informe del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). (Tesis: I.9o.P.54 P (11a.)).

Al respecto, basta con precisar lo que es una infección en vías urinarias según la literatura especializada:

“...Cuando la virulencia bacteriana aumenta o los mecanismos de defensa del huésped disminuyen, entonces ocurre la inoculación de bacterias colonización e infección del tracto urinario... Las manifestaciones clínicas pueden variar desde una colonización bacteriana asintomática de la vejiga, a síntomas irritativos como frecuencia y urgencia asociados con una infección bacteriana; infecciones del tracto inferior vinculadas con fiebre, calosfríos y dolor en el flanco, y bacteriemias relacionadas con una severa morbilidad, incluyendo sepsis y muerte...¹¹⁵”.

De donde se observa que una infección en vías urinarias deriva de una colonización bacteriana, tanto que pueda estar radicada en el tracto inferior (uréteres) como hasta la zona más proximal (anatómicamente hablando) como lo es la misma vejiga. En todos los casos, dicha problemática se atribuye a la misma causa por diversos factores, como lo es la falta de defensas, o la incrementación en el número de bacterias (llegando a ser un tópico inclusive de resistencia bacteriana¹¹⁶).

De los factores que son susceptibles de resaltar para la obtención de un diagnóstico sobre un problema de esta naturaleza, la literatura médica sugiere, como pasos de diagnóstico, los siguientes:

“Las infecciones de tejido blando... se presentan con los cambios característicos de eritema, edema, aumento de temperatura local, datos de linfangitis superficial (piel de naranja), dolor a la palpación”¹¹⁷.

¹¹⁵ Gutiérrez Vázquez, Isaura Ramón, *Medicina de Urgencias: Principales problemas clínicos y su tratamiento basado en la evidencia*, 2ª Ed., Editorial Médica Panameicana, Ciudad de México, 2018, p. 715.

¹¹⁶ Sobre este tema, basta la definición que se provee en textos especializados para su contextualización: uno de ellos señala lo siguiente: “Los microorganismos ácido-alcohol resistentes [bacterias] resisten a muchos desinfectantes, sobreviven en condiciones ambientales relativamente duras y resisten a muchos antibióticos empleados para el tratamiento de otras infecciones bacterianas...”, dando con ello una idea de lo capaces que son de resistir las bacterias para sobrevivir, generando con ello resistencia. Véase Murray, Patrick, *Microbiología Médica Básica*, Trad. Delgado-Iribarren García-Campos, Alberto), Editorial Elsevier, Barcelona, España, 2018, p. 33.

¹¹⁷ Tapia Jurado, Jesús (coord.), *Terapéutica en Cirugía General*, Facultad de Medicina, Universidad Nacional Autónoma de México; Mc Graw-Hill (Editores), Ciudad de México, México, 2020, Colección Terapéutica, p. 3.

De lo que se observa que se necesita identificar el tipo de tejido del cual se pretende diagnosticar una posible infección, para que, con ello, se vayan descartando hipótesis de los procesos de salud-enfermedad, con base en las evidencias empíricas que arroje el cuadro de sintomatología que padece el paciente. Una vez hecho eso, se debe verificar que existen las condiciones para pensar que existe una infección, y en consecuencia, tratarla como tal.

Sin embargo, este tipo de diagnósticos tienen una ambigüedad en su exploración y descubrimiento; por lo que el proceso de Anamnesis¹¹⁸ durante la entrevista del médico con el paciente es determinante para no confundir un síntoma como parte de otra problemática, ya que hay enfermedades que comparten un síntoma, pero tienen una diferenciación evidente para los más diestros en la detección oportuna de enfermedades.

En este caso, es posible observar que los síntomas comunes a un cuadro de infección en vías urinarias comparte síntomas con otro tipo de enfermedades, donde también se acompaña un dolor en el flanco específico, pero quizás uno de los signos más característicos de un proceso de infección es el más común para otro tipo de síntomas: la fiebre (calosfíos).

De ahí que los estudios de gabinete ayuden en la labor de auxiliar con precisión todos los posibles escenarios y causas por las cuales se pueda estimar la presencia de una determinada enfermedad o no. La simple presencia de leucocitos (glóbulos blancos, actividad defensiva inmunitaria en el organismo) hace que todo esto tenga un sentido para acertar en un proceso infeccioso. La verificación de todos estos elementos dentro del expediente clínico hacen viable pensar específicamente si se está elaborando bien un diagnóstico, y, sobre todo, con qué bases y evidencias científicas.

Por lo que, desde este estadio procesal, lo determinante para poder establecer una imputación fundada y motivada estará íntimamente relacionada con los hechos y las pruebas que tiendan a demostrar la capacidad o incapacidad del cuerpo médico para poder detectar la enfermedad propuesta, y que, según los informes de la necropsia de ley, fueron los que causaron de

¹¹⁸ Ball, Jane W, Dains, Joyce E., et. al., *Guía SEIDEL de Exploración Física*, 9ª Ed., Editorial Elsevier, Barcelona, España, 2019, pp. 1-9.

forma directa como nexo causal la pérdida de la vida de la señora Martínez (sin conceder que haya sucedido en la realidad o no de este modo).

Asimismo, no debe olvidarse que, en la actividad médica, se requieren a distintos profesionistas de la salud interviniendo en distintos niveles, por lo que cada uno de los participantes puede tener o no una responsabilidad relativa en torno al hecho delictivo: incluso los propios directivos pueden ser materia de responsabilidad por fallas del servicio que estén relacionadas con la administración del centro nosocomial; razón por la cual se deberá hacer un estudio de la imputación objetiva de la mano del contenido del criterio del Derecho Penal, adhiriéndose este investigador al ceñido por Gunther Jakobs¹¹⁹.

Dentro de las responsabilidades compartidas, debe establecerse un rol específico de cada profesionista de la salud en función de su actividad y de su formación, pues es bien conocido en el campo nosocomial que cada especialista tiene su rango de acción, y cada profesionista de la salud tiene una capacidad diferente para responder a distintas problemáticas que concurren en el ámbito de la praxis clínica: por ello, la función del rol del ciudadano adquiere otra dimensión en la medida en que cada profesionista interviene.

Si el fallecimiento de la paciente ocurre dentro de la sala de operaciones o quirófano, todos los que se encuentran designados para llevar a cabo dicha intervención tienen una responsabilidad compartida, misma que se irá dilucidando conforme se cotejen las actuaciones de momento a momento de la intervención; pero que, en suma, hace que todos los intervinientes tengan una responsabilidad primigenea, hasta en tanto se dilucide dicha cuestión tanto en la investigación, como en el juicio.

Cada especialista tiene su actividad: de modo específico: las enfermeras, como personal de soporte, atienden las instrucciones del médico; mientras que los anestesiólogos (requeridos como antecedente obligatorio para designar sala de operaciones en una cirugía mayor), se encargan de vigilar las dosis necesarias de medicamentos opiáceos (morfina) para que la dosis no

¹¹⁹ Para profundizar sobre este tópico, véase el contenido del subtema “Sobre la imputación” contenida en Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito...*, óp.

resulte letal, pero que sea suficiente para que el paciente se encuentre en condiciones de no sufrir dolor por la intervención que va a tener. Por lo que atender a la función especial de cada uno de los profesionales de la salud se convierte en un paso obligado para determinar la imputación objetiva, en función de su rol dentro del nosocomio.

Por otra parte, si el fallecimiento estriba en falta de insumos necesarios para la realización de las actividades habituales y necesarias del centro hospitalario, o en aspectos relativos a la falta de algún otro elemento indispensable en la estructura de un hospital o centro de salud, la responsabilidad es reprochable directamente a la cabeza del la unidad de salud, pues es por las negligencias en las actividades que le competen que las actividades tendientes para salvar vidas se tornan complicadas hasta el punto de brindar un servicio deficiente o deplorable.

Aquí, toma relevancia el momento en el que se encuentre el error (de forma figurativa, la estructura de la cadena a la que es atribuible el error, y en qué medida), pues si el error de la praxis clínica se encuentra en un momento previo a la intervención, se puede determinar que el error estriba en el médico tratante (incluyendo su diagnóstico inexacto): si por el contrario, el error estriba en situaciones más avanzadas del proceso terapéutico, entonces derivara del punto del equipo que se vio involucrado en tal acto, como lo es el momento en que se olvida instrumental quirúrgico en la operación, o el anesthesiólogo que se excede en la dosis de fármacos.

Por lo que está claro que todo lo que suceda en el quirófano resulta innecesario: por ello, se actualiza claramente la agravante prevista en el artículo multiciado del Código Penal; no obstante, si el error concurre en un momento simultáneo a la operación, o incluso, después de esta, es posible observar la dilucidación de una responsabilidad a personal diverso que tiene intervención durante y después de la operación.

De ahí que la Teoría del Caso sea determinante para saber el rumbo del juicio, pues no sería lo mismo postular una historia donde se señale que el médico ha cumplido con todas las investigaciones necesarias para dar un

cit., pp. 148-150; así como Jakobs, Gunther, *Moderna Dogmática Penal (Estudios Compilados)*, Trad. Cancio Mejía, Manuel, et. al., Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, pp.10-18.

diagnóstico a la luz de la semiología clínica, y actuar en consecuencia para combatir su afección, que otra, muy diferente, donde se proponga que el grupo de profesionistas desplegaron una conducta para encubrir un error previo de uno de los intervinientes, y al ejercer actos que tendieran a cubrir aquel error, se dio un resultado peor que culminaría con la vida de la señora Martínez, en cuyo caso, las ópticas son completamente distintas, y el reproche también.

Por lo tanto, si no se demuestra en el juicio que dicho resultado aconteció por una actuación que no previo lo previsible, o previendolo, confió en que no acontecería ese resultado, se debe absolver al profesionista imputado, pues la finalidad de los médicos la mayoría de las veces será la de preservar la vida, y de no hacer daño, sino que buscan combatir una afección presente con sus actos.

Al haberse ejemplificado, de forma concreta, la aplicación y conveniencia de valorar de una forma más precisa y debida todos los actos médicos a la luz de lo que se ha establecido en esta investigación, es posible verificar que el Derecho Médico, como rama independiente del Derecho, y con un objeto de estudio muy particular, debe tener un tratamiento distinto bajo la óptica penal.

Este tratamiento obedece a las condiciones especiales sobre las cuales se realiza el acto médico, y tiende en lo general a proveer en torno a la forma en que se hace una valoración médica en el campo jurídico, tratando de avanzar a la luz de la *lex artis médica* para comprender la complejidad del acto, sin dejar de lado los puntos de contacto con la materia jurídica.

Al hablar del campo jurídico, se debe tener presente que se trata de una rama del conocimiento poliédrica, por lo cual, se debe dar un enfoque especial y diferenciado dependiendo la materia que se trate, de tal forma que al estudiar el acto médico conforme a cierta rama del Derecho, se tenga clara la precisión de la pretensión principal, según el procedimiento.

Cuando se realiza un estudio del acto médico en el campo del Derecho Penal, debe tener un estudio lógico prelativo en el cual existen distintas presunciones favorables para el médico y profesionales de la salud, conforme a un estándar garantista, y que hace que se valore con atención la finalidad del profesional de la salud en el acto médico, teniendo en cuenta las raíces

filosóficas del conocimiento y su aplicación, y verificando la finalidad y diligencia de sus actos.

Finalmente, al momento de valorar la culpabilidad (ahora correctamente conocida como responsabilidad jurídico-penal, de acuerdo a lo expuesto en la Teoría Ecléctica del Delito), es necesario comprender los extremos de la finalidad de la acción, y de los medios para poder establecer una interpretación global del resultado, en la que también se encuentren valorados todos los elementos fácticos del paciente, y la realidad el entorno en el que se actúa.

Conclusiones

Una vez puesta a prueba la hipótesis descrita en el Protocolo de la presente investigación (*¿Si el Derecho puede regular eficazmente la actividad médica sin desvirtuarse por tecnicismos médicos...?*), así como analizados los puntos que se desglosaron en la misma, es posible concluir lo siguiente:

PRIMERA.- El Derecho Sanitario y el Derecho Médico se diferencian de forma notable en su actividad, pues mientras que el primero se dedica a actividades de regulación, control y vigilancia del riesgo sanitario, el segundo se encarga de las interacciones médico-paciente y sus alcances.

SEGUNDA.- La medicina defensiva es una práctica común en el gremio de los profesionales de la salud para poder realizar un desvirtuamiento de las imputaciones (administrativas, civiles o penales) en razón de la interpretación de tecnicismos médicos que solo entre el gremio se entienden.

TERCERA.- La *Lex Artis Médica* consiste en la llamada *ley del arte*, o el sistema de reglas y principios a los cuales los profesionistas de la salud deben avocarse para comprobar el leal desempeño de cualquier profesionista desde los ojos de sus iguales, mismo que pueda permitir una valoración completa de las circunstancias del evento para poder determinar lo que se esperaría que haría un profesionista igual en situaciones iguales.

CUARTA.- La evolución del Derecho Médico avanzó a la par del Derecho Penal, junto con sus implicaciones en la regulación de la actividad médica, usos y costumbres de cada sociedad y las mejores prácticas clínicas al momento de cada periodo histórico.

QUINTA.- Eventualmente, se logró vislumbrar la posibilidad de erigir una pretensión en contra de un médico por su falta de leal desempeño por errores propios de la técnica, que desembocó en la pretensión formal de una demanda en materia civil para responder por daños y perjuicios.

SEXTA.- Derivado de la diferenciación de pretensiones entre la materia civil y la materia penal, se observó que se debía estudiar a la materia médica bajo ambas ópticas en distintos momentos, y con distintas finalidades.

SÉPTIMA.- La regulación más importante en la actualidad de la actividad médica se encuentra en las disposiciones de carácter administrativo, que incluyen a las Normas Oficiales Mexicanas, las Guías de Práctica Clínica, la legislación y las mejores prácticas clínicas basadas en evidencia de la doctrina médica, mismas que las convierten en fuente del Derecho Médico.

OCTAVA.- El consentimiento informado es pieza clave en el acto médico (sujetos, objeto y consentimiento), pues, además de constituir el punto de inicio para la realización de un acto médico previamente informado (por constituirse como referencia directa para determinar los límites y alcances del mismo), determina la naturaleza especial del acto médico como un aspecto más allá de la contratación civil, convirtiéndose como un derecho relacionado con una garantía constitucional que le da el carácter de Derecho Humano.

NOVENA.- La Teoría del Delito es útil para poder encuadrar los tipos penales destinados a los profesionistas de la salud, sin que con ello se pierda la naturaleza y fin de la imputación penal, así como el ejercicio del *Ius Punendi*.

DÉCIMA.- Los elementos del delito para poder estudiar los delitos puede ser convenida como Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Responsabilidad Jurídico Penal (con sus subelementos Culpabilidad, Imputabilidad y Necesidad Preventiva); y cuenta con sus correlativos elementos negativos del delito (Ausencia de Conducta, Atipicidad, Causas de Licitud, Ausencia de Responsabilidad Jurídico Penal).

DÉCIMO PRIMERA.- Debemos partir de la premisa de la buena fe con la que se desarrolla la profesión médica y áreas conexas; por lo que, previo a realizar una imputación en contra de un profesional de la salud, se debe verificar por completo el contexto de la relación médico-paciente, sus roles concretos y su atribución directa conforme a la *Lex Artis Médica* para poder estar en condiciones de realizar alguna imputación, pues no todo error amerita inmediatamente una imputación penal, y no todo profesionista de la salud debe contar con investidura de intocable en virtud de su actividad.

DÉCIMO SEGUNDA.- La Culpabilidad, como elemento del delito y como subelemento de la Responsabilidad Jurídico Penal ha tenido una evolución histórica propia, misma que ha avanzado por una etapa psicologista, una

normativa, y una humanista hasta nuestros días, y en cada momento su enfoque principal se centró en distintos aspectos, desde el dolo y la culpa hasta la controversial actuación en lugar de ello: pero siempre procurando establecer el juicio de reproche correcto en contral del autor del hecho delictivo.

DÉCIMO TERCERA.- Para determinar los aspectos más importantes dentro de la valoración de la imputación (y con ello, de la culpabilidad) dentro del Derecho Médico, se deben tomar en cuenta (a propuesta de este investigador):

a) La teleología (finalidad) de la acción; b) Las funciones del rol del ciudadano en la sociedad en la que se encuentra; c) La distribución del rol específico a nivel nosocomial de cada uno de los integrantes del acto médico; d) La intervención y el grado de intervención de cada uno de los participantes de la materialización del acto médico; e) El actuar recomendable para el caso en concreto aplicable a cualquier profesionalista según la *Lex Artis Médica* (exigencia mínima esperada).

DÉCIMO CUARTA.- Para poder hacer una imputación correcta en contra de un profesional de la salud, se debe estar en las mismas condiciones que uno para poder reprochar su trabajo, en tanto que su actividad involucra una serie de conceptualizaciones y tecnicismos tan propios que constituyen una rama del conocimiento muy avanzada como para poder reprochar con deslíz cualquier conducta.

DÉCIMO QUINTA.- El Ministerio Público, previo a la realización de una consignación o de una judicialización por un tema relacionado con la praxis clínica, debe realizar un estudio de prelación lógica conforme a la Teoría del Delito, en relación con los principios de subsunción y de concurso de delitos para no judicializar casos que no deben ser criminalizados.

DÉCIMO SEXTA.- La Teoría del Caso consiste en un concepto poliédrico que abarca una postura procesal respecto a los hechos, en una estrategia de defensa de la versión de lo ocurrido, así como una conducta durante el juicio que guía desde el primer contacto con los sujetos involucrados con los hechos, hasta el momento en que se vierten los alegatos de clausura (previo a concluir un juicio penal).

DÉCIMO SÉPTIMA.- La defensa, en casos que involucren al Derecho Médico, debe centrar sus esfuerzos en desvirtuar todos y cada uno de los medios de prueba con los que cuente la Representación Social para judicializar, y establecer una teoría del caso que no solo se centre en la pericial en materia médica (a pesar de su relevancia), sino que debe abarcar el contexto completo de la imputación para combatirla desde sus fundamentos.

DÉCIMO OCTAVA.- La responsabilidad de los directivos de hospitales y centros de trabajo se encuentra directamente relacionada con el servicio brindado, pues es obligación del recinto nosocomial contar con los insumos básicos para brindar correctamente el servicio de atención médica (cualquiera que sea el nivel): razón por la cual también pueden ser procesados por faltas que se encuentren relacionadas con las funciones general del centro hospitalario.

DÉCIMO NOVENA.- El uso indiscriminado del Derecho Penal en una materia poco entendida (como lo es la materia médica), puede llegar a ejercer abusos considerables en la administración de justicia, pues se encuentra proporcional al desconocimiento de las instituciones que rigen en la *Lex Artis Médica*. Por lo que su uso debe limitarse al control constitucional, legal y jurisprudencial que para tales fines se admita al delito en concreto.

VIGÉSIMA.- El trato durante la relación médico-paciente en todas las etapas de la intervención del profesional de la salud en la prestación del servicio es el eje central del acto médico, mismo que debe ser valorado en toda su amplitud para la consideración de una posible imputación; y en caso de verse involucrado en una serie de subprocesos a lo largo del tratamiento, se debe indagar conforme al criterio de la “estructura de la cadena”.

Por lo que se concluye que si es posible que el Derecho regule eficazmente la actividad del Derecho Médico al momento de realizar una imputación penal, siempre y cuando se cumplan las condiciones adecuadas para ello.

Bibliografía consultada

1. - Ball, Jane W., Dainis, Joyce E., et. al., *Guía SEIDEL de Exploración Física*, 9ª Ed., Editorial Elsevier, Madrid, España, 2019.
- 2.- Barrett, Kim, Barman, Susan, et. al., *Ganong: Fisiología Médica*, 23ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, México, D.F., 2010.
- 3.- Beling, Ernst Von, *Doctrina del Delito-Tipo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003.
- 4.- Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal - Parte General, Tomo I*, 1ª Reimpresión, Trad. Ortega Torres, José J., y Guerrero, José, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- 5.- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 64ª Ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2008,
- 6.- Chusid, Joseph, *Neuroanatomía Correlativa y Neurología Funcional*, 3ª Ed., Trad. Anguiano L., Guillermo, Editorial El Manual Moderno, S.A., de C.V., México, D.F., 1974.
- 7.- Fernández Rozas, José Carlos, y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 8ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, España, 2015.
- 8.- Fort, Joseph August, *Compendio de Anatomía Descriptiva*, Trad. De Soroa y Pineda, Antonio, 14ª Ed., Ediciones Gustavo Gili S.A. de C.V., México, D.F., 1994.
- 9.- Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión*, Trad. Garzón del Camino, Aurelio, Editorial Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 10.- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil: Primer Curso – Parte General. Personas y Familia*, 15ª Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1997.
- 11.- García Bojorquez, Manuel, y Castillo Calvin, José Miguel, *Manual Práctico de Responsabilidad de la Profesión Médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Editorial Comares, Granada, España, 2011.

12.- García Fernández, Dora, y Tarasco Michel, Martha (coords.) *Bioética: Un Acercamiento Médico y Jurídico*, Tomo IV, Ed. Porrúa, México, D.F., 2011, *Colección de Derecho y Bioética*

13.- Garcia Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 65ª Ed., 3ª Reimpresión, Editorial Porrúa, México, D.F., 2015.

14.- Goodman, Louis, y Gilman, Alfred, *Bases Farmacológicas de la Terapéutica*, Trad. Espinoza Zarza, Roberto, 5ª Ed., Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C. V., México, D.F., México, 1978.

15.- Gutiérrez Vázquez, Isauro Ramón, *Medicina de Urgencias: Principales problemas clínicos y su tratamiento basado en la evidencia*, 2ª Ed., Editorial Médica Panamericana, Ciudad de México, 2018

16.- Hospers, John, *La Conducta Humana*, Trad. Cerón, Julio, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1979.

17.- Husserl, Edmund, *La idea de la Fenomenología*, Trad. Escudero, Jesús Adrián, Editorial Herder, España, 2011.

18.- Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 6ª Edición, Ed. Trillas, México, 2014.

19.- Jakobs, Gunther, *Moderna Dogmática Penal (Estudios Compilados)*, Trad. Cancio Mejía, Manuel, et. al., Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

20.- Jescheck, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Trad. Manzanares Samaniego, José Luis, 4ª Ed., Editorial Comares, Granada, España, 1993.

21.- Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990.

22.- Knight, Bernard, *Medicina Forense de Simpson*, Trad. Franco Rangel, Concepción, 10ª Ed., Editorial El Manual Moderno, México, D.F., México, 1994.

23.- Kramer, Heinrich, y Sprenger, Jacobus, *Maellus Maleficarum (El Martillo de las Brujas)*, Trad. Floreal Maza, Ediciones Orión, Buenos Aires, Argentina, 1975.

24.- Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General: El Derecho penal - El Delito*, Trad. Ortega José, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

25.- Martínez Murillo, Salvador, y Saldivar, Luis, *Medicina Legal*, 19ª Ed., Editorial Méndez Editores, México, D.F, México, 2016.

26.- Mazeaud, Henri, Mazeaud, León, y Tunc, André, *Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo I, Vol. II, Trad. Alzalá-Zamora y Castillo, Luis, 5ª. Ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1962.

27.- Mezger, Edmund, *Derecho Penal – Parte General: Libro de Estudio*, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, México, 1985.

28.- Micheli, Federico, y Fernández Pardal, Manuel M., *Neurología*, 3ª Ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 2019.

29.- Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal – Parte General*, 8ª Ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2010.

30.- Murray, Patrick R., *Microbiología Médica Básica*, Editorial Elsevier, Barcelona, España, 2018.

31.- Oliva Virgili, Rafael, Ballesta, Francisca, et. al., *Genética Médica*, Ediciones Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2003.

32.- Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil – Parte General*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1977.

33.- Pawlina, Wojciech, Ross. *Histología (Texto y Atlas): Correlación con Biología Molecular y Celular*, 8ª Ed., Editorial Wolters Kluwer, Barcelona, España, 2020.

34.- Polanco Braga, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio - Juicio Oral*, 2ª Ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México

35.- Posner L., Gerald y Ware, John, *El Ángel de la Muerte Nazi: Mengele*, Editorial La Esfera de los Libros, Madrid, España, 2020.

36.- Ramírez Rojas, Daniel Enrique, *Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito*, Tesis que para obtener el Grado de Licenciado en Derecho sustenta,

Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019.

37.- Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 25ª Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2011.

38.- Rodwell, Victor, Bender, David, et. Al., *Harper: Bioquímica Ilustrada*, 31ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, Ciudad de México, México, 2018.

39.- Roxin, Claus, *Derecho Penal - Parte General (Tomo I): Fundamentos. La Estructura de la Teoría General del Delito*, Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel et al., 2ª Reimpresión, Ed. Civitas, España, 1997.

40.- Sánchez Márquez, Ricardo, *Derecho Civil – Parte General, Personas y Familia*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1998.

41.- Schwartz, Seymour I, Shires, Tom, et. Al., *Manual - Schwartz: Principios de Cirugía*, 7ª Ed., Mc Graw Hill Interamericana Editores, México, D.F., México, 2004

42.- Tapia Jurado, Jesús (coord.), *Terapéutica en Cirugía General*, Mc Graw Hill y Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2020.

43.- Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª Ed., Porrúa, México, 1996.

44.- Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003.

45.- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán – Parte General*, Trad. Bustos Ramírez, Juan, y Yañez Pérez, Sergio, 11ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1993.

Legislación consultada

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de Salud
- Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Civil para la Ciudad de México