

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA
FACULTAD DE DERECHO

EL TRASPLANTE DE CORAZON A LA
LUZ DEL DERECHO PENAL

T E S I S

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta

GUADALUPE ARMIDA PEÑA GASTELUM

GUADALAJARA, JAL.

1974



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 mis Padres:

DR. ALBERTO PEÑA GUTIERREZ

y

BEATRIZ ARMIDA GASTELUM DE PEÑA.

Con el sublime amor que les profesó.

Al ilustre Doctor:
DON RAUL CERVANTES AHUMADA.
Con agradecimiento que ahonda el tiempo.

PROLOGO

No hay tarea más ingrata que tratar de distinguir o circunscribir racionalmente o, dicho en otras palabras, esforzándose por elevar a un nivel científico o filosófico las nociones comunes surgidas de las necesidades prácticas contingentes de la historia humana, cargadas de connotaciones sociales, culturales e históricas, tan ambiguas como fértiles y que, sin embargo encierran un meollo de significación inteligible.

Tales conceptos son cambiantes y fluidos, no fijos. Tales situaciones se presentan en forma dinámica, no estática. Así, los estudiosos del Derecho tienen que enfrentarse, momento a momento, a los avances de la Ciencia, que plantean problemas de abierta oposición de aquellos con los científicos, a quienes tratan de frenar para no caer en una práctica utilitarista y anárquica.

El profesor Werner Foressman, Premio Nobel de Medicina, el 12 de Mayo de 1969, expresó que "el injerto de corazón está en los límites de la criminalidad". En Padua, invitado por Loris Premuda, director del Instituto de Medicina de esa ciudad, Foressman se refirió al caso del doctor Blaiberg, a quien en enero de 1968 se le injertó un corazón, en Ciudad del Cabo, con las siguientes palabras: "Creo que el profesor Barnard (cirujano que operó a Blaiberg) y Blaiberg ganaron una formidable lotería. En un caso como ese, en efecto, el

cirujano debe tener a su disposición órganos frescos, lo que evidentemente representa un gran riesgo”.

Y agregó: “Por lo demás, yo repito siempre a mis asistentes un viejo refrán: “El cirujano es muy valiente con el pellejo de los demás”. Después de afirmar que los injertos plantean un problema a la vez moral y social, Foressman declaró: “Cuando Robert Kennedy murió, muchos enfermos dijeron que con gusto se hubieran dejado injertar su corazón. Pero la cosa es imposible: para los injertos sólo se utilizan los corazones de... los pobres diablos”.

Este modesto ensayo sobre el Trasplante de Corazón a la Luz del Derecho Penal pretende desentrañar desde el punto de vista científico la problemática jurídico penal de esa nueva práctica de la terapéutica quirúrgica, en momentos en que todo mundo se encuentra más a sus anchas utilizando con menor exactitud y mayor conveniencia la ciencia médica o la ciencia jurídica, con el riesgo de caer sobre una pista falsa mientras se intenta obtener la verdad, y hacer analítico y sistemático lo obtenido merced a una confusa experiencia y una vida concreta.

Las precedentes observaciones son chocantemente válidas para el estudio jurídico penal del trasplante quirúrgico de corazón, por lo que la autora suplica se juzgue este ensayo con benevolencia, tomando en cuenta los aciertos que hay en su elaboración y manejando con una crítica sana los errores en que seguramente ha incurrido.

CAPÍTULO I

ASPECTO MEDICO-CIENTIFICO

“EL INJERTO DE CORAZON ESTA EN LOS LIMITES DE LA CRIMINALIDAD”.

FORESSMAN

Para una mejor comprensión del problema que será estudiado a lo largo de este ensayo, es necesario dar a conocer previamente el punto de vista de la ciencia médica respecto del trasplante de corazón.

Existe en nuestro país una institución que agrupa a la mayoría de los médicos que se desenvuelven en el campo de la cirugía. Se trata de la Academia Mexicana de Cirugía, la que, a raíz del primer trasplante cardíaco, expuso al gobierno de México su punto de vista, para lo cual nombró una comisión a efecto de que rindieran un dictamen sobre el particular.

El documento fechado el 30 de julio de 1968, fue suscrito por el doctor Clemente Robles, presidente de la Academia Mexicana de Cirugía, y los doctores Conrado Zuckerman, Guillermo Alamilla, Héctor Quijano Pérez y Roberto Pérez Muñoz.

Comienza señalando que el trasplante de órganos “ha sido un sueño acariciado desde tiempo atrás por los

cirujanos de todas las épocas”, sostiene luego que “el primer injerto de que tenemos noticias y cuya historia nos parece pertinente recordar, es el de sangre”. A cuya continuación se relata que la primera transfusión sanguínea se atribuye a Denis, en 1667, en París, utilizando sangre de cordero, “se dice que con éxito”.

La repetición del experimento pronto obligó al Tribunal de Chatelet a dictar penas severas a quienes la practicaran, “por la frecuente aparición de accidentes graves”.

Se recuerda más adelante que Blondell aconsejó, en 1825, el uso de la sangre humana en todos los casos de transfusión con lo cual disminuyeron los accidentes, sin desaparecer, observándose que no fue hasta 1900, cuando Landsteiner, al describir los tipos sanguíneos, “sentó las bases científicas que hicieron de la transfusión un arma segura”.

Finalmente, y después de recordar a Alexis Carrel como iniciador de los trasplantes, entre 1902 y 1912, “llamó poderosamente la atención hacia este tema, que continúa apasionando a todos”, la Academia Mexicana de Cirugía aborda aspectos concretos vinculados con el problema.

Sobre las experiencias realizadas se dice que los tejidos y órganos que se han injertado o trasplantado son los siguientes: sangre, piel, tendones, músculos y aponeurosis, nervios, tejido graso, médula ósea, huesos y cartilago, dientes, córnea, vasos sanguíneos, glándulas de secreción interna (ovario, testículo, paratiroides, etc.), riñón, hígado, pulmón, intestino delgado, páncreas y corazón.

Conviene luego señalar que la piel, la sangre y todos los tejidos de estirpe mesenquimatosa, son utilizados ya de manera corriente en la práctica diaria.

Las glándulas de secreción interna se utilizan para hacer injertos parciales que no ponen en peligro al donador. Lo mismo puede decirse de órganos pares como el riñón. El trasplante de riñón constituye un procedimiento ya aceptado por la terapéutica quirúrgica. Hasta mayo de 1973 se encuentran registrados aproximadamente 9 000 trasplantes renales. Se ha observado que la sobrevivencia del trasplante depende de sus relaciones genéticas con el receptor.

El dictamen de los académicos fue formulado a raíz de la extraordinaria publicidad derivada del primer trasplante cardíaco en el hombre, realizado en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, por el doctor Christian Barnard, el 3 de diciembre de 1967.

Surgieron entonces discusiones en un plano popular, que de ninguna manera pueden servir de base para establecer un criterio desapasionado y justo, como debe ser el de un individuo —abogado o médico— que puede llegar a tener —y el cirujano cardiovascular muchas veces tiene de hecho— la vida de otros seres en sus manos.

Por tales razones, fue sumamente atinada la expedición del dictamen de la Academia Mexicana de Cirugía, que en su aspecto medular hace referencia principal al trasplante de corazón.

Sobre el particular dice que el trasplante cardíaco tiene por objeto sustituir este órgano irreparablemente dañado, por otro sano, “esperando que con esto el receptor pueda llevar una vida plena durante largo tiempo”.

Según la Academia Mexicana de Cirugía, para la selección del órgano y del receptor, los enfermos deberían llenar las siguientes condiciones ideales:

a. Con grave daño, irreparable, del corazón, que amenaza la vida en un plazo no mayor de unas cuantas

semanas.

b. Que el resto del organismo esté sano e indemne de otras enfermedades.

Por lo que toca a las condiciones del donante:

a. Que el corazón esté sano y joven.

b. Que se pueda retirar con vida de un individuo certificado muerto.

c. Que se otorgue un consentimiento por escrito.

CERTIFICACION DE LA MUERTE

Según la Academia Mexicana de Cirugía, la certificación de la muerte corre a cargo de un grupo de médicos, en el que están representadas diversas especialidades: cirugía cardiovascular, cardiología, medicina interna, neurología, etc.

“El diagnóstico de la muerte —dice la Academia Mexicana de Cirugía— se basa en los signos clínicos tradicionales: paro respiratorio y circulatorio, dilatación pupilar bilateral, relajación muscular, arreflexia generalizada y absoluta falta de respuesta a toda clase de estímulos. El electrocardiograma isoeléctrico anuncia muerte cerebral; este es un concepto electroencefalográfico”.

En este punto nos vemos obligados a hacer una crítica a la Academia Mexicana de Cirugía. Sobre el particular, el doctor Alfonso Quiroz Cuarón, reputado criminólogo mexicano, dice que la muerte, en Medicina Forense, es la abolición definitiva irreversible o permanente de las funciones vitales del organismo.

De acuerdo con lo expuesto, una suspensión temporal o transitoria de alguna de las importantes funciones vitales, dará un estado de muerte aparente, compatible con la supervivencia del organismo, como puede acontecer en los casos de síncope respiratorio, en el cual las

funciones respiratorias cesan transitoriamente. Cuando la abolición es definitiva, irreversible y permanente, se establece el verdadero estado de muerte real.¹

Puede entonces decirse que la cesación funcional no es completa desde el primer momento en que se establece la muerte real, ya que la muerte del organismo en su conjunto, no coincide con la muerte simultánea de todas las células que lo componen. Así vemos, por ejemplo, que las funciones glicogénicas y uropoyéticas del hígado, persisten varias horas después de la cesación de las más importantes funciones del organismo; el estómago digiere minutos después de la suspensión de estas importantes funciones vitales, y los espermatozoides viven algunas horas. Estas circunstancias son las que sirven de base a la existencia de bancos de órganos.

Dicho en otras palabras, la muerte histológica de las diversas células y tejidos es un acaecer sucesivo. No tiene entonces razón la Academia Mexicana de Cirugía al hablar de un "diagnóstico" de la muerte, cuando en realidad, la muerte, desde el punto de vista en que es tratado por dicha institución viene a ser un "pronóstico", puesto que todo el organismo no muere simultáneamente.

Y tan es un "pronóstico", que la Academia Mexicana de Cirugía, al hablar de las condiciones del enfermo, del donante, las describe de la siguiente manera: "...conserva la actividad circulatoria, ha perdido la respiración espontánea pero se le ventila con la ayuda de un respirador mecánico. A esto se añaden todos los otros signos clínicos de la muerte. Si se cierra el respirador, la tensión arterial cae bruscamente y el enfermo muere por anoxia. Si se toma un encefalograma, el trazo es plano; carece de todo accidente aun con la apli-

1 QUIROZ CUARON, ALFONSO. "La Muerte en la Medicina Forense". Revista "Derecho Penal Contemporáneo". Núm. 24. Enero y Febrero de 1968, México.

cación de estímulos; a esto se le llama silencio electroencefalográfico”.

La Academia Mexicana de Cirugía se basa en la observación de que enfermos en esas condiciones “están irremisiblemente condenados a muerte, sin posibilidad de recuperar sus funciones cerebrales de la vida de relación, y que conservan exclusivamente sus funciones vegetativas”.

Ahora comprendemos cabalmente porqué se habla de la existencia de diversas clases de muerte. Una es la histológica, otra la anatómica y, en Cambridge, Massachusetts, se habla ya de muerte cervical. Una es la muerte de los grandes aparatos y sistemas, la muerte del todo, como se ha dicho. También existe una muerte aparente, en que lo real es la apariencia, pues subsiste la vida que se recobra o espontáneamente o mediante auxilio médico. La duración de este tipo de muerte es variable, pero puede decirse, está en relación inversa a la duración de la enfermedad o al vigor del sujeto. Una definición de la muerte a partir de la “muerte cervical”, incluso si en ciertos casos el corazón continúa latiendo, fue expuesta a mediados de 1968 por una comisión de investigadores norteamericanos compuesta por doce profesores de la Universidad de Harvard, bajo la presidencia del doctor Henry H. Bucher, investigador anestesista de dicha universidad.

El informe sobre la muerte “cervical” apareció en el diario de la Asociación de Médicos Norteamericanos. Se afirmó, entre otras que, “los criterios rebasados” en los que se fundamenta de modo general la definición de la muerte, son una fuente de controversias en el caso de trasplantes de órganos o de métodos modernos de reanimación capaces de mantener un corazón con vida en pacientes sumidos en un coma irreversible.

“Sólo el médico puede pronunciar la muerte”, re-

vidad del miocardio es automática y en caso necesario deberá ser estimulada con ayuda de un marcapaso.

Sobre el particular, en este ensayo recordamos que Vivent había afirmado que no hay signo único, absoluto, cierto de muerte real. Thoinot, por su parte, había dicho que no existe signo patognómico de ella. La muerte es un sucederse de pequeñas muertes, valga la expresión, y así es como la muerte resulta más un pronóstico, siempre inevitable y fatal, que un diagnóstico. Por otra parte, si no la define un signo sino un conjunto de ellos, es un síndrome, inevitable a todo ser humano, que el médico está en la obligación de conocer.

Sin embargo, la casi totalidad de los juristas y los médicos que no se engañan a sí mismos ni engañan a los demás, están de acuerdo en que la muerte real es la verdadera, completa, irreversible y absoluta. Es la abolición definitiva y permanente de las funciones de los grandes aparatos y sistemas, o más brevemente, "es el paro irreversible de las funciones cardíacas y respiratorias".

Si como dicen los académicos es necesario extraer el corazón dentro de los quince minutos siguientes a la muerte que el propio cirujano produce, o su ayudante, o quien sea, al cerrar el respirador mecánico, no es posible en tales condiciones hacer un verdadero diagnóstico de la muerte.

La preocupación por la inhumación prematura ha sido temor de todas las épocas, puesto que mueve recónditas fibras instintivas del hombre. Sobre el particular Quiroz Cuarón² relata que para el siglo XVIII, Wisloy y Bruhier, al revisar múltiples casos que se suponían de inhumaciones prematuras, concluyeron que había en

2 QUIROZ CUARON, ALFONSO. Op. Cit.

ellos más fábula que realidad.

Lo anterior viene al caso en relación con la mención que la Academia Mexicana de Cirugía hace al hablar de los "irremisiblemente condenados a muerte, sin posibilidad de recuperar sus funciones cerebrales de vida de relación, y que conservan exclusivamente sus funciones vegetativas", funciones que cesan con la intervención médica en la preparación del donante, provocándole una muerte sui géneris.

Sin embargo, en los últimos diez años, la prensa mundial ha dado a conocer dos casos en que felizmente se frustró la inhumación prematura, pero que probablemente implican errores médicos, imperdonables en cuanto al diagnóstico de la muerte.

Uno de ellos sucedió en Belgrado: Ceda Paulovic despertó en el cementerio vestido para su entierro. En el día había tomado un baño y estando en él intentó prender la luz eléctrica haciendo contacto con la corriente.

Cumpliendo con las disposiciones sanitarias, el cuerpo fue depositado en una bóveda refrigerada, en el cementerio, durante las 24 horas previas a su inhumación. Despertó encontrándose en el ataúd; lo abrió y, estando cerrada la puerta de la capilla, gritó pidiendo auxilio; quien oyó corrió asustado.

Por fin el sepulturero lo dejó libre. Corrió al teléfono para avisar a su esposa que regresaba a casa y con hambre. La señora, al oírlo gritó y se desmayó.

Como se había anunciado en el periódico su muerte, durante el día estuvo contestando los pesames enviados a su casa. El subconsciente juega bromas pesadas y en este caso hizo errar al médico y a su esposa, quienes veían "natural" la muerte de un viejo de más de sesenta años. El médico olvidó que, en los casos de muerte

por corriente eléctrica, se impone una lucha prolongada durante varias horas con el paciente, para aceptar la muerte real y verdadera.

Como el anterior ha habido otros casos en los que los médicos equivocan el diagnóstico de la muerte. Si esto sucede en estos casos, ¿qué no ocurrirá cuando los médicos nos hablan de enfermos irremisiblemente condenados a muerte?

Las nuevas adquisiciones de las técnicas médicas se han aplicado ya al estudio de la cesación de la vida: la coagulabilidad de la sangre, excitabilidad eléctrica, estudio radiológico del sistema cardiovascular, angiografía, electrocardiografía y electroencefalografía, pero, aun así, los médicos no se han puesto de acuerdo sobre el diagnóstico de la muerte.

EL ASPECTO BIOLÓGICO

La Academia Mexicana de Cirugía afirma que la técnica quirúrgica del trasplante de corazón está lo suficientemente avanzada y el problema, en este sentido, rinde sólo en el aspecto biológico: la inmunidad, es decir, el rechazo que realiza todo el organismo animal complejo, del tejido que no le es propio.

Como se dijo anteriormente, el primer trasplante cardíaco en el hombre fue realizado en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, por el doctor Christian Barnard, el 3 de diciembre de 1967.

Durante los siguientes años se han tenido noticias de aproximadamente 196 trasplantes, de los cuales vivían hasta mayo de 1973, solamente 28 pacientes.

Aproximadamente un cincuenta por ciento de los pacientes han muerto en el período postoperatorio inmediato, por accidentes cerebrales principalmente. Aparentemente las causas mediatas de la muerte han sido: neu-

monía, hemorragia y enfermedades intercurrentes.

La inmunidad es el mecanismo orgánico por el cual se trata de evitar la modificación anatómica y funcional por la llegada de elementos extraños cuya introducción es combatida. El caso está referido aquí a la inmunidad en los trasplantes y no a los procesos infecciosos.

Cuando el tejido de un animal es colocado en otro, se provoca de inmediato reacción inmunológica por la cual el receptor trata de eliminar el tejido extraño, el del donante. Esta reacción, llamada de rechazo, es sostenida en condiciones normales hasta la desaparición del tejido extraño.

El principal mecanismo de rechazo se determina sobre todo por la acción de las células leucocitarias que acuden al sitio del trasplante, ya que ellas intervienen directamente en la formación y traslado de anticuerpos. El papel desempeñado por los pequeños linfocitos en el rechazo de los tejidos extraños, sigue siendo considerable.

Los procedimientos químicos, físicos y biológicos que actualmente se están usando para menguar o eliminar la reacción inmunológica de rechazo, según la AMC, acarrear, en los enfermos con trasplante cardíaco, la aparición de otros padecimientos, especialmente del medio interno y del medio externo, que se tratan de contrarrestar mediante el uso de cámaras estériles, antibióticos y otras sustancias terapéuticas.

Sobre el particular, la AMC concluye que, en lo que se refiere a la inmunidad y trasplantes cardíacos, "por ahora no se conoce todavía algún medio inocuo para evitar la reacción de rechazo de la víscera cardíaca trasplantada, y que los usados para aminorar el rechazo colocan a la persona en condiciones de menor resistencia para otros males".

Recapitulando, puede considerarse que hay acuerdo unánime en que el trasplante cardíaco no es un procedimiento terapéutico definitivamente aceptado, sino que se encuentra en plena fase experimental.

De sus aspectos básicos, el más importante es el biológico relativo al rechazo, que de ninguna manera está resuelto. Otros aspectos, como el relativo a la técnica quirúrgica y al valor funcional del órgano trasplantado, pueden considerarse resueltos.

Los resultados obtenidos por los trabajos experimentales realizados tanto en el hombre como en los animales, permiten observar resultados concordantes entre sí, y que no es aventurado calificarlos como de malos, ya que la mortalidad inmediata es de cincuenta por ciento. Las causas de la muerte en los animales de experimentación concuerdan bastante con las que han sido señaladas en el hombre.

Es así como la Academia Mexicana de Cirugía ha establecido un compás de espera que permite a los estudiosos del Derecho establecer las bases fundamentales de la sistemática jurídica del trasplante quirúrgico, principalmente del corazón, un órgano vital que al parecer todavía conserva para los legos en medicina una magia atávica que ha provocado toda una serie de controversias en las que se ha dejado de considerar aspectos fundamentales que este estudio pretende desentrañar.

Pero es un compás de espera que puede terminar de un momento a otro, ya que las investigaciones científicas avanzan a pasos agigantados. Por ejemplo, el problema biológico al que se enfrentan los cirujanos cardiovasculares, la acción de rechazo del corazón trasplantado, podría ser resuelto en breve si los estudios de un biólogo canadiense dan resultado en el hombre. Precisamente el 14 de febrero de este año (1973), el doctor James Nombrey, quien dirige un equipo de inmunólogo-

gos británicos en el Hospital londinense de Saint Mary, anunció el descubrimiento de un suero que permitirá “quizá muy pronto”, resolver el citado problema. Se trata de un suero antifilocitorio que hasta ahora ha sido experimentado con buen éxito en ratas a las que se habían injertado riñones. El suero fue extraído del páncreas de vaca. No se ha aplicado a ningún ser humano.

Sobre el particular, la Academia Mexicana de Cirugía insiste en afirmar que todos los procedimientos terapéuticos, ya sean fármacos, drogas u operaciones quirúrgicas, llega un momento en que tienen que experimentarse en el hombre, sin que esto signifique que esta experimentación en humanos esté exenta de todo riesgo. “Pero —aclara la Academia Mexicana de Cirugía— sí una regla es universalmente aceptada: que para la experimentación sea permisible en el hombre es necesario que los resultados obtenidos en los animales sean alentadores y hagan pensar que el riesgo que se hará correr a los humanos en la experimentación, será reducido”.

TEMERIDAD DEL CIRUJANO

En virtud de la decisión tomada por la Academia Mexicana de Cirugía, que ha establecido un compás de espera para la realización de los trasplantes de corazón, una intervención quirúrgica en este sentido sería, en la actualidad, una temeridad por parte de cualquier cirujano.

Por cuanto a la llamada temeridad del cirujano, un juicio para considerarlo culpable debe referirse al propio valor de éste y a la posibilidad de seguir sistemas más cautos y el tener tiempo para aplicarlos. Es preciso tener presente, además, que las operaciones quirúrgicas deben servir para salvar la vida del enfermo, no para probar los méritos del que opera; por lo tanto,

si se demostrara que en lugar del sistema empleado había otro que podía haber sido adoptado, aunque menos brillante más exento de peligro, puede haber responsabilidad.

Me refiero en este caso a lo expuesto por el doctor Juan José Pérez Alvarez, quien durante la Asamblea Nacional de Cirujanos que tuvo lugar en el Distrito Federal, el 17 de noviembre de 1968, mencionó un aspecto fundamental de la problemática sobre el trasplante de órganos.

Dijo: “Existen órganos como el riñón, el hígado y páncreas, que funcionan como auténticas factorías en las que se llevan a cabo procesos bioquímicos que no es posible reproducir (sino temporalmente en el caso del riñón por medio de máquinas) y a pesar del maravilloso adelanto que la tecnología moderna ha puesto al servicio del hombre.

“Aún en el caso del riñón debe emplearse diálisis extracorpórea como un paso temporal, en tanto se logra la obtención de un donador para efectuar un trasplante renal, ya que es impráctico y extraordinariamente costoso mantener un número grande de enfermos en “programa de riñón artificial” por tiempo indefinido.

“En el caso del hígado y del páncreas la situación es todavía más difícil, ya que hasta la fecha no se ha podido idear un aparato que pueda efectuar las funciones de dichos órganos fuera o dentro del cuerpo. La investigación sobre el trasplante de estos órganos debe continuar, ya que puede considerarse improbable o cuando menos muy remoto todavía, el que lleguen a construir máquinas que los substituyan.

“PERO EL CORAZON —agrega Pérez Alvarez— ES UN ORGANO TOTALMENTE DIFERENTE EN SUS FUNCIONES, A LOS OTROS MENCIONADOS. El se ocu-

pa únicamente de impulsar la sangre a los vasos correspondientes, sólo actúa como una bomba impelente y como tal ha podido ser sustituido experimentalmente y con éxito en animales por adminículos ideados por el hombre.

“Los trabajos de Kolf, de Cleveland; de Kantrowitz en Nueva York, de Dale y Schuster en Boston, aunque sin la publicidad populachera del trasplante cardíaco, son bien conocidos por todos los médicos de cirugía cardiovascular del mundo.

“Hasta el momento actual, el problema básico que queda por resolver en esos aparatos es el aprovisionamiento de energía que los haga funcionar en forma práctica; es decir, que la “fuente de poder” sea lo suficientemente pequeña y ligera para poder ser implantada en el organismo receptor y el corazón artificial no tenga que estar conectado a sistemas eléctricos o neuromáticos externos.

“Este problema —dice el doctor Pérez Alvarez— es sin duda resoluble y se continúan haciendo intentos para utilizar diversos tipos de energía, incluyendo la atómica, con este propósito. Es de preverse que la solución del fenómeno de rechazo inherente a los trasplantes de tejidos esté más remoto que la solución de los problemas técnicos para crear una bomba cardíaca artificial implantable, autónoma y capaz de regularse a voluntad”.

Y así como la Academia Mexicana de Cirugía estudia, investiga y está en espera de la resolución del problema del rechazo en la intervención de trasplante de corazón de una persona a otra, se encuentra también en espera de la solución que se planteó en la Asamblea Nacional de Cirugía: el reemplazamiento del corazón enfermo dañado de manera irreversible, por otro, mecánico artificial, que si tuviera éxito simplifi-

caría notablemente el problema, ya que evitaría las críticas de carácter ético, social y legal; desaparecería el problema del donador y probablemente simplificaría lo inmunológico.

Pero ya que hablamos al principio de la "temeridad" del cirujano, contrariamente puede ser también la "timidez" un factor de responsabilidad en los médicos, en los casos en que se demuestre que, por timidez o ignorancia, no se realiza una intervención quirúrgica que habría podido salvar la vida del enfermo.

He aquí que entramos ya en el aspecto más interesante de la responsabilidad médica: en el ámbito de la culpa. Este aspecto lo encontramos en el terreno de los delitos culposos, llamados también, en forma incorrecta, "delitos imprudenciales" por nuestra legislación penal positiva.

En efecto, la culpa es lo contrario al dolo, puesto que si en esta última especie se quiere o cuando menos se ratifica el resultado, el elemento volitivo consistirá en la no intención de causar aquél, sino con un rechazo psíquico del mismo, teniendo el sujeto cuando menos la esperanza de que no se produzca como efecto de su conducta.

Lo anterior ocurre en la llamada culpa consciente o con previsión. Pero en cuanto a la culpa inconsciente, en la cual no se prevé un evento de posible y probable verificación que seguirá como efecto de nuestra conducta, la incriminación de esta forma subjetiva de actuar se fundamenta en el deber de prever el resultado cuando éste es previsible, es decir, cuando la posibilidad de preverlo estaba al alcance de un hombre de inteligencia mediana o normal. Claro es que este deber de previsión tiene que concretarse, en su validez, a casos especiales, en atención al sujeto que actúa y a las circunstancias del hecho.

Luis Fernández Doblado³ dice que como especies de los delitos culposos encontramos la imprudencia, es decir, a los delitos imprudenciales, a los causados por negligencia, por impericia y aun por ineptitud. Tanto en la negligencia como en la imprudencia podemos encontrar la previsión o no del resultado, diferenciándose ambas, en que la primera consiste en una conducta omisiva contraria a aquellos preceptos que imponen determinada conducta solícita, atenta y diligente, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso; por el contrario, la imprudencia se caracteriza por una conducta positiva consistente en una acción que ha sido realizada de manera no adecuada, es decir, sin precauciones o necesarias cautelas, contrariando un deber de abstenerse para no ocasionar con determinado evento, daño o peligro.

Por su parte, la impericia consiste en una incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada (profesión o arte) y la cual se puede fundar tanto en la ignorancia como en el error o la inhabilidad.

Se ha dicho, con razón, que es culpable de impericia, no sólo el que causa daños al ejercer una profesión que no conoce, sino también el que al obrar, dentro de los límites del ejercicio normal de su actividad, muestra que no posee la capacidad derivada del equipo científico y práctico que es normalmente indispensable para dicho ejercicio.

Altavilla dice que "los médicos deben responder no sólo de la negligencia y la imprudencia que puede cometer cualquier hombre, sino también de las relativas al estado científico y de las reglas consagradas en la práctica de su arte, pues no puede ofrecérsele impuni-

3 FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. "Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de los Médicos". Revista, Derecho Penal Contemporáneo, No. 6, Julio de 1965. UNAM. México.

dad al acto temerario e injustificado de cualquier operador poco escrupuloso".⁴

Ya mencionamos, en las líneas anteriores, la "temeridad" por un lado, y la "timidez" por el otro, como factores de responsabilidad en los cirujanos. En orden a la culpa profesional, sus elementos pueden hallarse en toda conducta, positiva o negativa, que resulta incompatible con el mínimo de cultura que es legítimo exigirle a un individuo habilitado para el ejercicio de la medicina. En esta parte del ensayo, da la impresión de que se está colocando al cirujano entre la espada y la pared. Es responsable si es temerario, pero también lo es si es tímido; pero es evidente que el médico no está a salvo de incurrir en estos comportamientos de carácter culposo, aunque es notorio también que los jueces, al indagar la culpa de los médicos que actúan en el ejercicio de su profesión, deben tener en cuenta que esta noción presenta mucha dificultad para que pueda ser reducida a una fórmula esquemática que esté siempre de acuerdo con la realidad, pues a pesar de los progresos de la ciencia médica y de la técnica operatoria, es todavía tan grande el sector de lo desconocido, de lo imprevisible y de lo imponderable, que hace preciso para los tribunales apreciar dichos casos con la mayor cautela.

Quizás las anteriores reflexiones movieron al doctor Luis Garrido, en su estudio sobre "El Cirujano y el Código Penal" a proponer, en forma obligatoria dentro del procedimiento criminal, el escuchar (los jueces) la opinión, en los casos en que se impute imprudencia o impericia por parte del cirujano, a peritos designados por asociaciones médicas.

Además, anota Altavilla⁵ no puede olvidarse que el

4 ALTAVILLA, ENRICO. La Culpa. Pág. 556. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

5 ALTAVILLA, ENRICO. La Culpa. Pág. 557. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

tratamiento "actúa sobre seres vivos, cuyo organismo complejo es susceptible siempre de responder a reacciones atípicas y sorpresivas, que no sean susceptibles de ser prevenidas aun empleando la mayor diligencia y pericia, pues es un hecho que la vida humana es finita".

Existirá siempre el factor reaccional del individuo enfermo, infinitamente variable e imposible de acomodar a previas normas, y este factor, ahora, y siempre, convierte todo tratamiento, aun el más rigurosamente exacto, en un azar, cuyo margen de posibilidades de error sí puede a fuerza de estudio y perspicacia, disminuir, pero nunca eliminarse.

La medicina es una profesión excelsa; pero, como ciencia, humildísima. Y hay que aceptar esta insuficiencia y esta humildad en gracia de aquella excelsitud. Pedir cuentas al médico de un fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es un principio totalmente inaceptable.

Con sobrada razón, Altavilla aconseja que en el campo del tratamiento terapéutico es necesario obrar con la mayor cautela para determinar procederes delictuosos en un tratamiento equivocado que ocasione la muerte del enfermo o el agravamiento de su enfermedad o la aparición de una enfermedad distinta, pues, aparte de las imprevisibles reacciones que resultan de la influencia de los inframicrobios de un mismo grupo, de la imposibilidad de enumerar las circunstancias en que puede sobrevenir una infección, en fin, de las sorpresas que al más experto puede darle la radioterapia (radioclasias), a veces mortales, radiodermitis, etc.; hay que tomar en cuenta, además una serie de métodos curativos que se disputan el campo, pues se habla de medicinas "expectantes" y "coadyuvantes", de terapéutica quirúrgica sintomática, debiendo agregarse a ello lo difícil que resul-

ta comprobar la responsabilidad del médico a causa del continuo movimiento que agota los sistemas curativos.

En lo que se refiere a la sustitución quirúrgica del corazón irreparable, son dos, como se anotó anteriormente, los métodos curativos que se disputan el campo: el trasplante de persona a persona y la introducción de un corazón artificial, sin menospreciar los estudios sobre injertos de corazón de animal en el cuerpo humano.

Todo lo anterior nos lleva a analizar los juicios de responsabilidad en que pueden incurrir los cirujanos, en el caso concreto respecto del trasplante de corazón. En dichos juicios se debe tener en cuenta el complejo causal previsible o imprevisible de la actividad médica sin perturbar ni intranquilizar a los cirujanos creándoles preocupaciones de posibles responsabilidades, que podrían hacerlos vacilar en sus actos de ejercicio quirúrgico, por el temor de posibles responsabilidades penales, pues, de esta forma, sería inútil esperar de ellos esos prodigiosos cortes audaces que con frecuencia devuelven la salud y aseguran la vida.

En ese sentido, escribe acertadamente Benzo: "Los tribunales deberán distinguir los casos desgraciados de aquellos otros en que intervenga culpa por acción u omisión, habida cuenta de que no se puede exigir la misma destreza, habilidad o talento a todos los médicos y los más eminentes pueden equivocarse de buena fe ante anomalías o síntomas insidiosos. Eminentes cirujanos han cometido errores que encuentran justificación en la debilidad humana".

CAPÍTULO II
LA PROBLEMATICA RELATIVA A LA MUERTE
DEL DONANTE

CAPÍTULO II

LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA MUERTE DEL DONANTE

En el capítulo anterior se describe cómo la Academia Mexicana de Cirugía ha pretendido resolver el problema de la certificación de la muerte. No cabe duda que es menester cortar la vida del donante, aunque los médicos digan que se trata de enfermos "irremisiblemente condenados a muerte, sin posibilidad de recuperar sus funciones cerebrales de la vida de relación, y que conservan exclusivamente sus funciones vegetativas".

Se habla de conservar la actividad circulatoria cardiovascular a pesar de que el donante haya perdido la respiración espontánea, pero ventilándose con ayuda de un respirador mecánico.

Llega un momento en que tienen que cerrar el respirador a consecuencia de lo cual la presión arterial cae bruscamente y el enfermo muere en paro cardíaco por anoxia. Previamente se habría preparado al donador con inyecciones anticoagulantes, hipotermia, diversas canulaciones vasculares, oxígeno, administración de antibióticos, etc., a efecto de extraerle el corazón **DENTRO DE LOS QUINCE MINUTOS SIGUIENTES A "SU MUERTE"**.

Pero, como ya se dijo, la muerte no es un proceso brusco, y esto lo reconoce la Academia Mexicana de Ci-

cio de la vida de un ser humano se tenga que privar de la vida a otro?. Porque precisamente ésto es lo que hace quien cierra el respirador para hacer caer la tensión arterial bruscamente y dejar morir mediante un paro cardíaco por anoxia, al donante...

EL DELITO DE HOMICIDIO

El delito de homicidio en el derecho moderno consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales.¹ Se le considera la infracción más grave porque, como observa Manzini, "la vida humana es un bien de interés eminentemente social, público, y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la población, formada por la unión de todos".² Agrega que "la tutela penal radica en la protección del interés social de la vida de los individuos que componen la población...".

Luis Fernández Doblado³ agrega que "en términos generales, se puede decir, que incurren en responsabilidad profesional de índole penal, aquellos profesionistas quienes, como médicos, en el ejercicio propio de su actividad realizan comportamientos (acciones u omisiones) que reúnen los elementos de los hechos delictuosos ésto es, merecedores de pena, previstos y tipificados en las normas jurídico penales, fundamentalmente en el Código Penal".

Por lo tanto, continúa Fernández Doblado, la res-

1 GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Séptima Edición. Pág. 29. Editorial Porrúa, México, 1964.

2 MANZINI. Istituzioni di Diritto Penale Italiano. Fratelli Bocca, Torino, 1923. Pág. 410.

3 FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. Revista, Derecho Penal Contemporáneo. No. 6. "Reflexiones sobre Responsabilidad Penal de los Médicos". Julio de 1965, México. Edición de la UNAM.

ponsabilidad profesional de los médicos, implica una responsabilidad de carácter especial dentro del derecho penal, en atención a la calidad, especial también, que deben tener los sujetos infractores y la de los medios empleados.

En efecto, ellos, los autores de los mencionados hechos ilícitos, deben ser médicos autorizados legalmente para ejercer su actividad. Y, por lo que respecta al resultado delictuoso, éste debe reconocer su causa precisamente en el ejercicio, o mediante el ejercicio de la profesión. La pena aparejada a la declaración de responsabilidad profesional se particulariza también, al acumular a la sanción propia del delito cometido, la de la suspensión temporal o definitiva en el ejercicio de su profesión.

Sin embargo, en el caso concreto que tratamos en este ensayo, hay un rompimiento de la frontera entre el ejercicio de la profesión médica en cuanto arte, ciencia y técnica de curar y el homicidio.

Pese a la especial atención que se ha prestado a la figura delictiva conocida como "homicidio", los juristas no se han puesto de acuerdo en cuanto a su definición.

Algunos autores han sostenido que una definición de homicidio no sería correcta si dentro de ella no se hiciera particular referencia al aspecto subjetivo de la infracción, en tanto que otros afirman que no siendo este aspecto privativo del homicidio, no tiene que hacerse referencia a él, por lo que en la definición sólo debe tenerse en cuenta su contenido material u objetivo.

Carrara, por ejemplo, sostiene que la definición material del homicidio comprende también al homicidio legítimo, que es el cometido *tolerante lege*, por derecho necesario de la defensa de sí o de otro. El homicidio legal, que es el que se comete *praecipiente lege*. Un ejemplo de este último sería el cometido por el verdugo, caso

en que la muerte se realiza jurídicamente por la ley y no por el hombre. De aquí que Carrara acepte la definición de Carmignani: "Homicidio es la muerte del hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre".

Esa definición de Carrara y Carmignani no es, sin embargo, compartida por todos los autores, aun los italianos, quienes consideran que la ilicitud en el comportamiento "es atributo de todo delito y no sólo del homicidio".

Ottorino Vannini afirma que no es el homicidio un delito en cuanto es injusto, sino que es injusto en cuanto es delito. Más categórico, Maggiore considera que es superfluo el calificativo de injusto en el homicidio, porque la injusticia es el elemento calificativo de cualquier delito. Raúl F. Cárdenas⁴ hace notar con acierto que en nuestra legislación penal positiva el problema presenta menor interés, por cuanto el homicidio se define desde el punto de vista material, y a diferencia de casi todos los códigos modernos, no define y distingue el homicidio voluntario del preterintencional, y culposo, sino que, como los artículos 9o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y 7o. del Código Penal del Estado de Jalisco establecen que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, del homicidio que definen los artículos 302 y 270 de los propios ordenamientos.

En el derecho extranjero el juez está obligado a fijar en su sentencia los elementos en que se funda para considerar que el homicidio es intencional, en tanto que en nuestro sistema la intención se presume y es al reo al que compete demostrar que su conducta no fue ilícita o que el evento se realizó sin intención.

4 CARDENAS, RAUL F. "Homicidio y Parricidio", Revista Criminalia. Año XXXI. Pág. 649 y siguientes.

PRESUPUESTOS LOGICOS

Deben señalarse, por otra parte, los presupuestos lógicos y la particular estructura del delito de homicidio. Dichos presupuestos, según Vannini, son: Sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material y objeto jurídico.

En el caso que nos ocupa, el sujeto activo del delito de homicidio es el personal médico que decide cerrar el respirador mecánico para ocasionar la muerte del donante mediante el paro cardíaco por anoxia, que es el momento culminante del comportamiento corporal voluntario del sujeto activo. El sujeto activo necesariamente debe ser una persona física.

El sujeto pasivo de la infracción, el donante, es también un hombre, todo ser nacido de mujer, desde el momento en que se separa del claustro materno hasta antes de su muerte, no importa —como atinadamente dice Raúl F. Cárdenas— que se trate de un moribundo o un ser viable e incluso un monstruo o cualesquiera que sean sus condiciones.

Francisco González de la Vega⁵ afirma también: “Si el delito de homicidio consiste en la privación de una vida humana, es forzosa la previa existencia de la misma.

“El sujeto pasivo del daño de homicidio, a lo menos en la figura completa, consumada, del delito, ha de ser un humano vivo, cualquiera que sea su sexo o edad, sus condiciones de vitalidad o sus circunstancias personales. Puede cometerse en la persona de un recién nacido, no obstante su precaria viabilidad. También la privación de la vida a un agonizante será constitutiva del delito, a pesar del diagnóstico fatal”.

Sujeto pasivo en el homicidio también lo es el Es-

5 GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit.

tado, que tiene un interés directo en la conservación de la vida de su pueblo, como medio para su desarrollo moral y político.

Algunos de los médicos defienden su posición exponiendo que "el donante dió su consentimiento". Sobre el particular podemos decir que el Estado, tratándose de la vida, no tiene únicamente un interés material en la protección de un bien jurídico en beneficio de los componentes del grupo social, como sucede en otros tipos de hechos que, como delitos define el Código Penal, sino que su interés es inmediato, condicionado.

Ciertamente se puede afirmar que en todo delito el Estado es un sujeto pasivo; pero lo es indirectamente en cuanto protege un orden establecido y trata de asegurar la pacífica convivencia entre sus componentes. Sin embargo, tratándose de la vida, no tiene sólo un interés indirecto, sino que está directamente interesado en la conservación de la vida para asegurar su desarrollo demográfico y su fuerza política, y tan es así, que tratándose de homicidio consentido, la víctima que consiente no puede decirse que sea sujeto pasivo, ya que aceptó su muerte, la pidió, sino que lo es el Estado, que tiene, como afirma Vannini, "un interés directo a existir, a prosperar a través de la realización de una tutelada exigencia demográfica".

En este sentido estamos de acuerdo con el penalista Raúl F. Cárdenas cuando afirma que la vida es un bien del que no puede disponer el hombre, por cuanto no le pertenece, sino que pertenece al grupo social del que forma parte. Es la vida un deber correlativo al derecho de vivir; y este deber de vivir, para cumplir los fines superiores del Estado, le impide disponer libremente de su propia existencia.

En el caso que nos ocupa, por obvias razones de política criminal, existe un impedimento para sancionar

al donante. Podría pensarse que se está alentando a la realización del evento y no porque se le reconozca al hombre la facultad de destruirse y violar el deber que tiene de conservar su vida hasta el último momento; por ello es que se sanciona la muerte del que consiente, como se sanciona la instigación y ayuda al suicidio, no como una forma de concurso de un delito inexistente, sino como figuras autónomas, previstas y sancionadas en el Código Penal.

Ahora bien, el objeto material del delito de homicidio es la vida, en el más amplio sentido de la palabra. Desde que el sujeto nace hasta que muere, su vida está protegida por el Derecho, aun cuando esté moribundo, condenado a muerte, deshauciado, se le repute no viable o sea un monstruo.

El bien jurídico ofendido en el delito de homicidio es la vida humana.

Por lo que toca a su peculiar estructura jurídica, el homicidio es un delito material o de resultado, que como todos los delitos de este tipo exige además del movimiento corporal (en el caso que nos ocupa: la operación de cerrar el respirador mecánico), un resultado externo, una modificación del mundo exterior (la muerte en paro cardíaco por anoxia), resultado que para Mezger "es la total realización típica exterior". Por ello, el resultado comprende tanto la conducta corporal del agente, como el resultado externo causado por dicha conducta. En el caso en cuestión, respecto del delito de homicidio definido por los artículos 302 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y 270 del Código Penal del Estado de Jalisco, el resultado comprende el cierre del respirador mecánico, que trae como consecuencia la caída brusca de la tensión arterial que causa una lesión y la muerte. El cerrar el respirador, según la concepción de Mezger, es la conducta corporal del agen-

te. La caída brusca de la tensión arterial que causa la lesión y la muerte constituyen el resultado externo.

Para una mejor comprensión del concepto "resultado", éste debe entenderse como la lesión que se produce a un interés jurídico. Con esto se zanja la dificultad referente a la confusión entre resultado y antijuricidad; el resultado tiene que ser fatalmente antijurídico, lo que pasa es que en los justificantes tal lesión es exigida o autorizada por el Derecho. Entendido así el problema resulta ya menos confusa la idea de Mezger, pues la total realización típica exterior debe ser entendida como la actualización de la conducta dentro de un marco de tipicidad formal y por ende no necesariamente delictiva. Cuando el verdugo ejecuta al ajusticiado, realiza externamente una conducta típica, pero la muerte del reo que debe ser catalogada como la lesión de un interés, es plenamente jurídica.

Para estructurar el concepto de resultado también hay que referirnos a las concepciones que existen para elaborarlo. Son dos:

- a). Una que mira al resultado desde el punto de vista naturalístico.
- b). Otra que lo trata desde un plano jurídico (concepción jurídica o formal).

Según Antolisei⁶ la concepción naturalística o material "considera el resultado material del comportamiento humano".

Lo importante es saber qué debe entenderse por resultado según la concepción naturalística. Battaglini⁷ expresa que el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o

6 ANTOLISEI. Manuale di Diritto Penale. Pág. 159. 3a. Ed., Milano, 1955.

7 BATTAGLINI. Diritto Penale. Págs. 170 y 171. 3a. Ed. Padova, 1949.

negativa del agente. Antolisei⁸ por su parte nos dice que “es resultado el efecto natural de la conducta humana relevante para el derecho”, concepto que comparte Bettiol, quien agrega: “...sin embargo, tal noción de resultado, incluso partiendo de una base naturalística, refiere el concepto mismo al mundo de los valores, en el sentido de que fuera del criterio ofrecido por la norma legal no es posible individualizar el resultado que tiene relevancia penal ni establecer entre ellos elementos naturalísticos en un todo considerado como único a los fines penales”.⁹

Una vez determinado el concepto de resultado material según la doctrina penal, es obvio y necesario resolver qué clase de resultados quedan incluidos en el resultado material o mutación de mundo exterior.

La doctrina penal ha enseñado estas clases de resultado:

1. Físico y psíquico.
2. Físico, fisiológico y psíquico.
3. Físico, fisiológico, anatómico y psíquico.

Veamos a los autores que sostienen cada uno de estos puntos de vista:

Antolisei¹⁰ explica que los efectos de la acción humana, además de ser numerosos, en general son de diversa naturaleza en relación con la infinita variedad del mundo exterior y desde el punto de vista del derecho interesa hacer notar que los efectos de la acción pueden ser *físicos*, en cuanto se verifiquen en la realidad física; *fisiológicos* si se verifican en el cuerpo del hombre,

8 ANTOLISEI. Op. Cit., Pág. 157.

9 BETTIOL. Diritto Penale. Pág. 165. Palermo, 1945.

10 ANTOLISEI. La Acción y el Resultado en el Delito. Pág. 111. Trad. José Luis Pérez Hernández. México, 1959.

y *psicológicos* si se verifican en el alma humana.

Cuello Calón¹¹ clasifica la modificación del mundo exterior en física y psíquica. Considera como resultado fisiológico, el físico, pues, como ejemplo de modificación del mundo externo y físico, señala el caso de la *muerte de un hombre*.

Jiménez de Asúa considera igualmente que el resultado activo puede consistir en el cambio en el mundo exterior físico o psíquico y a continuación agrega que “ el resultado no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es resultado —dice— la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además —continúa—, lo es el riesgo o el daño potencial y el peligro corrido”.¹²

En realidad debemos aceptar que la modificación del mundo exterior puede ser física, fisiológica o psíquica, y sus resultados, todos ellos, quedan incluidos en el concepto de resultado material o mutación en el mundo exterior.

CONCEPCION JURIDICA O FORMAL

Por lo que toca a la concepción jurídica o formal, el resultado ha de entenderse en forma diversa a la concepción naturalística, o sea, como la mutación o cambio en el mundo jurídico o “inmaterial”.

Cuello Calón¹³ dice que hay mutación jurídica o

11 CUELLO CALON. Derecho Penal I. Pág., 328. 4a. Ed., Barcelona, 1953.

12 JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal III. Pág. 300. Buenos Aires, 1951.

13 CUELLO CALON. Derecho Penal I. Pág. 328. 4a. Ed. Barcelona, 1953.

inmaterial cuando el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido.

Para Petrocelli,¹⁴ la concepción que se dice jurídica o formal sostiene que por resultados en el delito debe entenderse, no el efecto natural de la conducta, sino la consecuencia lesiva de ella; la ofensa al interés protegido por la norma penal puede consistir tanto en un daño como en un peligro.

Ahora, respecto de las diferencias entre ambas concepciones, el propio Antolisei nos hace notar que la diferencia entre ambas es profunda, "porque el resultado entendido como modificación del mundo exterior relevante para el derecho penal, es una entidad que se agrega a la conducta del hombre: es una entidad natural, distinta y diversa del comportamiento del sujeto, en tanto que la ofensa del bien protegido es el mismo hecho humano considerado desde el punto de vista de la tutela jurídica, además de que las consecuencias de las dos concepciones son diversas, porque en tanto que para la naturalística el resultado puede faltar en el delito, la concepción jurídica no puede acogerse en forma general, porque no responde a las exigencias de la ciencia del derecho, la cual a los fines de varios problemas (relación de causalidad, tentativa, delitos comisivos mediante omisión, etc.) debe tomar en consideración el efecto *natural* del comportamiento humano".¹⁵

Es interesante recordar el pensamiento de Petrocelli a este respecto:¹⁶

"Las dos concepciones son netamente diversas (jurídica y naturalística). Baste considerar que aceptando

14 PETROCELLI. Principi di Diritto Penale I. Pág. 298. 3a. Ed. Napoli, 1950.

15 ANTOLISEI. Manuale di Diritto Penale. Pág. 160. 3a. Ed., Milano, 1955.

16 PETROCELLI. Principi di Diritto Penale I. Págs. 298-300. 3a. Ed., Napoli, 1950.

la primera es preciso admitir que el resultado no es el elemento esencial general del delito, en cuanto que está previsto por la ley solamente para algunas figuras de delito y no para todos; en tanto que, admitiendo la segunda, es menester también aceptar el concepto de que el resultado no puede faltar en ningún delito, ya que no puede haber delito sin ofensa de un interés protegido.

“Nosotros —agrega— nos inclinamos por la concepción material del resultado, seguida en Italia por Antolisei, Grispigni y Santoro. Tal concepción pone en relieve algo que es útil para diferenciar entre ellos la estructura de los varios delitos, según que tengan o no un resultado. Consiguientemente coloca la investigación, tanto técnica como práctica, sobre un plano bien definido, e indica claramente al magistrado cuales son los casos que le imponen la búsqueda de una consecuencia material y, al contrario, cuales son los casos en que basta establecer la mera conducta, suficientemente por sí solo para constituir el delito. La diferencia entre las dos categorías de delito con resultado y delitos sin resultado es útil también para establecer en qué casos surge y en qué otros no aparece el problema de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, siendo indudable que de una relación de causalidad material ha de hablarse solamente en los casos en que la ley dé relevancia a un efecto material de la acción. Esta concepción del resultado tiene también su importancia en la tentativa.

“Al contrario, la concepción formal o jurídica, aceptada todavía por la mayor parte de la doctrina italiana, no presenta ningún carácter de utilidad científica. Es innegable que un resultado entendido como violación del interés y de la norma que lo tutela, debe existir en todos los delitos; pero precisamente por esto es innegable que el concepto de resultado se presenta tan total-

mente infecundo, porque carece de toda eficacia de discriminación. Tampoco tendría valor la objeción de que, aun tratándose de un elemento común a todos los delitos, no por ello no debe ser objeto de investigación, porque la violación del interés y de la norma que lo tutela no son más que los aspectos substancial y formal de la antijuricidad y reciben por tanto en este campo su propia elaboración, de tal manera que la configuración del delito, entendida en aquella forma, puede ser suprimida sin que nada venga a faltar en aquella valoración de la estructura del delito. En cambio, el resultado material se considera como uno de los elementos de hecho, y constituye, por consiguiente, un coeficiente fundamental en la determinación objetiva del delito”.

Expuestas las opiniones de los autores en relación con el concepto de “resultado”, debe considerarse que tanto la concepción jurídica o formal como la naturalística o material, son válidas para elaborar tal concepto, según sea la descripción del tipo.

Es decir, no debe darse un concepto de resultado desde el punto de vista unilateral: jurídico o material, porque no todos los resultados son materiales, pues pueden ser únicamente jurídicos. En otros términos, un tipo puede requerir únicamente un resultado jurídico, o bien, un resultado material. Y esto sucede indudablemente cuando un tipo describe una mera conducta: activa u omisiva, o un resultado material, o sea, un hecho.

De lo anterior se llega a la conclusión de que cuando el tipo describe una mera conducta, se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realice una mutación en el mundo exterior. Ahora bien, cuando el tipo requiere un resultado material, y éste se produce, estamos frente a un resultado jurídico y material a la vez. De tal manera que debemos entender por resultado, la mutación jurídica o jurídica y material producida por un ha-

cer (acción) o un no hacer (omisión). De esto resulta verdadero el principio de que "no hay delito sin resultado". Pero hay que aclarar que hay delitos sin resultado "jurídico", porque unos delitos tienen sólo resultado jurídico y otros jurídico y material.

Si un tipo requiere en unos casos de una mera conducta y en otros un resultado material, no puede negarse que hay delitos de mera conducta y materiales, sin que esto quiera decir que el delito no tiene resultado. Lo que sucede es que el delito de mera conducta tiene un resultado jurídico, y, el delito material, un resultado jurídico y material, como en el caso de la figura que estamos tratando: el homicidio.

Así, el resultado material que se traduce en la muerte del donante es una consecuencia de la conducta de la persona que acciona el respirador mecánico para detenerlo. Es también elemento constitutivo del hecho, que a su vez es elemento objetivo del delito. Entonces, el resultado material es un elemento de un elemento del delito, cuando éste lo constituye el hecho.

Podemos decir ahora que, por lo que se refiere al resultado, el homicidio es un delito de daño que consiste en la privación de la vida de un ser humano. Es además, un delito instantáneo, pues el delito se comete, se agota, tan pronto como se priva de la vida a otro.

En realidad, los autores siguen dos caminos para definir el delito instantáneo, ya sea fundándose en la consumación o basándose en la naturaleza del bien jurídico tutelado.

En el primer caso, para determinar si un delito es instantáneo se debe enfocar la instantaneidad a la consumación.

Bettioli¹⁷ sostiene, con acierto, que el carácter ins-

17 BETTIOLI. Diritto Penale. Págs. 348-349, Palermo, 1945.

tantáneo del delito no se determina con la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la consumación, observando a continuación que, lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo.

Entonces, debemos considerar como delito instantáneo aquél en que tan pronto se produce la consumación, se agota.

Otros, como se dijo antes, basan el delito instantáneo en la naturaleza del bien jurídico lesionado. Cavallo¹⁸ estima que es instantáneo el delito que ofende un bien cuya comprensión no dura en el tiempo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹ ha establecido que delitos instantáneos son aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio. . .

Ahora bien, los requisitos que se desprenden del delito instantáneo son: una conducta, y una consumación y agotamiento de la misma, instantáneos.

Pese a todo, nuestro Código Penal no define el delito instantáneo.

En orden a la conducta, la muerte clínica producida al donante es de acción, puesto que hay una actividad de hacer voluntaria. Es, en el caso que nos ocupa, un delito unisubsistente, en virtud de que se consuma con un solo acto. Finalmente podemos decir que es, en este caso, monosujetivo, por cuanto que no exige para la comisión la concurrencia de varios sujetos.

18 CAVALLO. Diritto Penale. Pág. 349. Palermo, 1945.

19 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Semanario Judicial de la Federación. XXXI. Pág. 1709.

CAPÍTULO III

ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO

CAPÍTULO III

ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO SU NATURALEZA JURIDICA

Trátase de establecer en este capítulo, en primer lugar, el principio o postulado rector que se desprende de la naturaleza jurídica misma de la actividad profesional del médico.

En términos generales, se puede decir que incurren en responsabilidad profesional de índole penal, aquellos profesionistas quienes como los médicos, en el ejercicio propio de su actividad, realizan comportamientos, acciones u omisiones, que reúnen los elementos de los hechos delictuosos, esto es, merecedores de pena, previstos y tipificados en las normas jurídico-penales, fundamentalmente en el Código Penal.

En tal virtud, la responsabilidad profesional de los médicos implica una responsabilidad de carácter especial dentro del derecho penal, en atención a la calidad, especial también, que deben tener los sujetos infractores y a la de los medios empleados.

En efecto, ellos, los autores de los hechos ilícitos, deben ser médicos autorizados legalmente para ejercer su actividad. Sobre el particular la ley determina cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo, según establece

el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y así, en la ley reglamentaria de dicho precepto constitucional, se entiende por "título profesional" el documento expedido por una de las instituciones autorizadas, mediante los requisitos que se exigen en dicha ley y en las demás relativas, a favor de la persona que ha comprobado haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer una de las profesiones a que se refiere el artículo 2o. de la misma ley, entre las cuales se encuentra la de "médico en sus diversas ramas profesionales".

Por lo que respecta al resultado delictuoso, éste debe reconocer su causa precisamente en el ejercicio o mediante el ejercicio de la profesión.

Ahora bien, la profesión médica en cuanto arte, ciencia y técnica de curar, constituye en sí misma una actividad lícita, no sólo permitida y reconocida por el Estado, sino propulsada por éste en tanto actividad necesaria dentro de la colectividad, por los imprescindibles beneficios que de ella derivan para la salud de sus integrantes.

En tal sentido es claramente el ejercicio de la medicina, el ejercicio de un derecho para quienes legalmente la practican, es decir, para quienes, por tratarse de una profesión que requiere título para su realización, han obtenido éste por parte del Estado, por haber llenado los requisitos legales de su otorgamiento. Es obvio que quienes se dedican a esta actividad profesional careciendo de dicho título, incurren en una conducta ilícita sancionada por el Código Penal.

Se puede entonces afirmar, como regla general, que los médicos, cuando en el ejercicio de su lícita actividad profesional se ven obligados a causar ciertos daños a las personas, aparentemente delictuosos en cuanto tipificados por el Código Penal, estos hechos dañosos care-

cen de la ilicitud indispensable para ser considerados como delitos, porque han sido ocasionados como consecuencia inevitable del ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico y dentro de los estrictos límites de ese ejercicio. Así, por ejemplo, las necesarias mutilaciones y lesiones que se infieren a una persona para llevar a cabo una operación quirúrgica.

Algunos autores opinan, entre ellos Bettiol, Maggiore, Carrancá y Trujillo y Cuello Calón, que uno de los estrictos límites para el ejercicio de dicho derecho lo encontramos obviamente en el consentimiento del paciente, a quien, como titular de su integridad física se le reconoce la facultad de someterse o no a una intervención profesional. Este consentimiento, dicen unos, debe ser libre, hecho por persona capaz, anterior al hecho, con pleno conocimiento de éste. Para nosotros el consentimiento del paciente no representa un límite en el ejercicio del derecho profesional puesto que la intervención necesaria para salvar la vida o evitar el peligro de la muerte, está plenamente justificada, aunque no medie el consentimiento, más aun puede intervenir, en casos de urgencia, contra el consentimiento del paciente, porque éste no puede disponer de su propia vida.

EL CONSENTIMIENTO

En el caso del trasplante de corazón podríamos partir de la base de que el donante que otorgara su libre consentimiento, fuera una persona capaz, lo hiciera con anterioridad al hecho y con pleno conocimiento de éste. Esto, sin embargo, nos enfrenta en forma inmediata, al problema de que en nuestra legislación penal el consentimiento no tiene eficacia.

Efectivamente el artículo 9o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, al igual que los códigos de 1871 y 1929, establece "que la intención de-

lictuosa se presume, salvo prueba en contrario”, y agrega que dicha presunción no se destruirá, “aunque el acusado pruebe algunas de las siguientes circunstancias:” VI.—“Que obró con el consentimiento del ofendido...”, en el mismo sentido se encuentra redactado su correlativo del Estado de Jalisco.

Sin embargo, son cuantiosas las excepciones de la regla general que establece dicho precepto y, así, casos hay en nuestra propia ley en que, por una parte, el disentimiento es, digamos, elemento del delito, mientras que en otros, aun cuando el sujeto pasivo dé su consentimiento, no destruye la incriminación. Otros casos hay en que el consentimiento es elemento del delito y finalmente, en algunas situaciones, atenúa la pena.

Raúl F. Cárdenas¹ dice que el problema del consentimiento se ha venido considerando en los últimos años, por algunos autores, en orden a las lesiones recibidas en el deporte, los injertos homoplásticos y las operaciones quirúrgicas, y las soluciones de la doctrina no pueden pasar inadvertidas, sobre todo si se tiene en cuenta el incremento de las prácticas deportivas y el progreso de la cirugía, que obligan a buscar soluciones a hechos ignorados hasta hace pocos años por el derecho. (Tal sucede con la nueva técnica quirúrgica del trasplante de corazón).

Resulta en consecuencia que el problema del consentimiento puede sintetizarse en la forma siguiente:

1. Si el disentimiento es elemento normativo del tipo, al acreditarse que los hechos se ejecutaron con el consentimiento del derechohabiente, no estamos ante un hecho delictuoso, pues los actos no son típicos.

¹ CARDENAS, RAUL F. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, I, Pág. 100 y siguientes. Editorial Jus, S. A., México, 1962.

2. Si el consentimiento es elemento del tipo o si se le considera circunstancia atenuante, resulta indiferente, respecto del problema relacionado con la exculpación de los actos consentidos.

En los demás casos la doctrina señala que el consentimiento tiene relevancia en el derecho penal cuando se trata de derechos disponibles, mientras que carece de toda eficacia si los derechos de quien consiente no son disponibles.

Hay una disparidad de opiniones entre los autores de esta materia.

Por ahora, en este ensayo trataremos de dilucidar cuándo se puede decir que un derecho es o no disponible. Se habla de derechos innatos-intangibles o inalienables y derechos adquiridos-tangibles y renunciables.

Jiménez de Asúa dice que los derechos innatos son, el derecho de la vida física, que comprende el derecho a la integridad personal, y a la legítima defensa.

Los derechos adquiridos son los patrimoniales.

Para unos, los derechos adquiridos son los más típicamente renunciables. Para otros el concepto de disponibilidad debe tomarse del Derecho Civil, sólo que, tal doctrina, sería una cualidad del derecho, independientemente de cualquier relación que pudiera mediar entre éste y su titular, resultando, en consecuencia, que esta cualidad sólo puede entenderse desde el punto de vista subjetivo.

Guarneri² afirma que el consentimiento es un negocio jurídico que sirve para dar una regulación con-

2 CARDENA, RAUL F. Op. cit. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo I. Pág. 101, Editorial Jus, S. A., México, 1962.

creta a intereses penalmente protegidos, de lo cual debería deducirse que a través del consentimiento del derechohabiente sólo pueden regularse intereses de índole privado; es decir, derechos subjetivos privados. Serían, por tanto, derechos disponibles los patrimoniales y los derechos personales sobre bienes morales (libertad sexual, honor, etc.), en tanto que deben reputarse indisponibles los derechos de familia y los personales sobre bienes físicos, como la vida, la integridad personal, etc.

Sin embargo, Raúl F. Cárdenas³ dice que el derecho penal no protege exclusivamente derechos subjetivos, sino bienes jurídicos que distinguen otros autores en bienes particulares y bienes de la colectividad, de los cuales sólo se puede disponer de los primeros y no de los segundos.

Para Liszt debe distinguirse el objeto del delito del objeto de la acción, por lo que, en relación al consentimiento debe precisarse si el titular de la acción es también titular del objeto de la tutela jurídica.

Según las tesis descritas, en el caso que nos ocupa el médico vendría a ser titular de la acción al producir la muerte del donante, por lo que no habría la coincidencia de que habla Liszt, surgiendo así la antijuricidad de la acción no obstante el consentimiento.

Es cierto que esta teoría representa un progreso por cuanto diferencia el derecho subjetivo del interés jurídico y, en vez del negocio dispositivo penal, introduce el concepto de coincidencia entre el interés particular con la voluntad colectiva, investigada y comprobada, según la conciencia jurídica contemporánea, pero no deja de apreciar el consentimiento del derechohabiente

3 CARDENAS, RAUL F. Op. cit. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo I. Pág. 102, Editorial Jus, S. A., México, 1962.

principalmente, como "relación interior del sujeto pasivo como el autor de la lesión, como si se tratase de un asunto privado que no importa a la colectividad, siendo así que, por el contrario, tiene suma importancia la situación que se determina a consecuencia de la comisión de un hecho que reúne todos los extremos de un delito", enseña Raúl F. Cárdenas.

Diremos, en relación con lo anterior, que el problema del consentimiento no debe, en consecuencia, tratar de resolverse en función de la relación que medie entre el ofensor y el ofendido, sino en función del delito y las circunstancias que lo rodean, para determinar cuál de los requisitos del mismo desaparece a consecuencia del consentimiento.

Mezger⁴ ha propuesto una fórmula para señalar cuándo es eficaz el consentimiento: "Cuando el titular del objeto de la acción lesiva es también titular del objeto de la tutela penal, el consentimiento es eficaz. Cuando no sucede así, la antijuricidad de la acción permanece, no obstante el consentimiento". Sin embargo, esta fórmula no resuelve el problema, pues establecer tal coincidencia es precisamente lo que implica mayores dificultades.

En lo particular, por lo que toca a la conservación de la integridad física personal convergen varios y distintos intereses: interés del Estado a la integridad y sanidad de la estirpe, al aumento demográfico, etc. por eso dice Vannini que es inexacto y poco concluyente sostener que el bien, integridad física individual, sea un bien disponible o alienable.

Pese a todo lo expresado podemos decir que entre el delito y el consentimiento no hay ninguna relación.

4 CARDENAS, RAUL F. Op. cit. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo I. Pág. 102, Editorial Jus, S. A., México, 1962.

Son paralelas que jamás podrán tener un punto de contacto. Hablar de un delito consentido es un absurdo, pues el consentimiento jamás podrá eliminar la potestad del Estado para sancionar los hechos que la ley ha definido como delitos.

El consentimiento viene a ser un hecho que elimina, no el delito, sino una de las características del mismo, de tal suerte que al faltar uno de los extremos requeridos por la ley, bien sea en su aspecto subjetivo u objetivo, la acción no debe reputarse delictuosa.

Si el disenso es elemento del delito, al demostrarse el consentimiento nos encontramos, como dice Maggiore, no ante una lesión, sino ante una no lesión; no ante un delito, sino ante un no delito. Falta, en consecuencia, uno de los extremos requeridos por la ley para la existencia del delito: la tipicidad.

Maggiore dice que el delito es la lesión de un bien jurídico. Con base en esta premisa podemos desarrollar la siguiente idea: donde falta esa lesión por el consentimiento, el delito desaparece. Para usar la correcta terminología de Vannini, diremos que cuando el consentimiento no afecta al desinterés de otro en su conservación y el titular del interés protegido consiente en su lesión, falta el requisito de antijuricidad en la acción y el hecho es un "no delito" por ausencia de este requisito de la definición del ilícito penal.

Desde luego, estamos de acuerdo con Raúl F. Cárdenas, que señala: "El consentimiento, en mi opinión, no destruye ni elimina el delito, pues la voluntad del individuo no puede transformar lo ilícito en lícito penal, sino que impide que surja el delito, bien por falta de tipicidad o de antijuricidad, aun cuando algunos autores, empezando por Carrara e inclusive algunas legislaciones, la nuestra por ejemplo, apuntan la relación del consentimiento con la intencionalidad, o sea el dolo, y

no con la antijuricidad".⁵

Los artículos 9o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y 7o. del Código Penal del Estado de Jalisco, a los que nos hemos venido refiriendo, no dejan lugar a dudas en el sentido de que las lesiones consentidas deben sancionarse. Artículo 9o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario". VI. "Que obró con el consentimiento del ofendido...". y el correlativo del Estado de Jalisco se expresa en términos idénticos.

LA ANTIJURICIDAD

En esta parte de nuestro estudio llegamos al aspecto quizás más relevante del delito: la antijuricidad.

Como en este trabajo se ha pretendido estudiar el delito dogmáticamente, es decir, tomando por base la ley positiva, podemos decir que aquél es una conducta típicamente antijurídica y culpable.

Algunos autores están en desacuerdo con la anterior definición tetratómica y a veces agregan uno, dos o tres elementos más.

Jiménez de Asúa incluye también la imputabilidad, la condicionalidad objetiva y la punibilidad.

Los estrechos límites de este trabajo sólo nos permiten insinuar que, a nuestro juicio, la imputabilidad no forma parte del delito: es calidad del sujeto, su capacidad ante el derecho penal.

Por lo que toca a las condiciones objetivas de punibilidad de que habla Jiménez de Asúa, no son más que requisitos excepcionalmente exigidos por el legislador

⁵ CARDENAS, RAUL F. Op. cit. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo I. Pág. 104, Editorial Jus, S. A., México, 1962.

para hacer posible la imposición de las penas; por ende, son circunstancias ocasionales cuya presencia es rara y, en consecuencia, no pueden ser ingredientes esenciales del ilícito penal (el propio Jiménez de Asúa al definir el delito indica que la condicionalidad objetiva sólo se presenta a veces).

La punibilidad (y menos aun la pena) tampoco es parte integral del delito, sino una consecuencia más o menos ordinaria del mismo. Un acto es punible por delictuosidad, mas no adquiere este carácter porque haya de merecer una pena.

Recapitulando podemos decir que el delito en el derecho penal mexicano se caracteriza perfectamente por cuatro elementos esenciales: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En el curso de este estudio quedó establecido que el o los médicos que intervienen en un trasplante quirúrgico de corazón realizan un comportamiento humano voluntario, encaminado a un propósito positivo por una parte en tanto tratan de salvar una vida, pero negativo por otro, en cuanto para mantener aquélla siegan otra vida. Se encuentra configurado aquí el primer elemento del delito: la conducta.

También dejamos establecido que esa conducta concreta se amolda al presupuesto fáctico de la norma penal. Por lo tanto, se trata de una conducta típica en cuanto se encuentra descrita en los artículos 302 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y 270 del Código Penal del Estado de Jalisco. "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

El siguiente elemento, la antijuricidad, es de tal importancia que para algunos no es mero carácter o elemento del delito, sino su íntima esencia, su intrínseca natura-

leza.⁶

Así, la acción humana a que nos hemos referido, para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución. O sea, obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales.

De acuerdo con Fernando Castellanos⁷ “la antijuricidad consiste en la oposición de una conducta, en su fase material, con el derecho”.

Por ende, para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal. Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos del delito descritos en el texto legal existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico —probabilidades, pero no seguridad—, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuricidad (causas de justificación como les denomina la doctrina o excluyentes de responsabilidad como se conocen en nuestra ley penal positiva) que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales del delito.

Cuello Calón⁸ dice que, por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el indicio más importante de la antijuricidad. Un hecho no será antijurídico si no se halla definido por la ley como delito.

Sin embargo, contra la presunción de la antijuricidad puede existir la prueba en contrario de la concurrencia de una causa de justificación o excluyente de responsabilidad.

6 BATTAGLINI. Diritto Penale. Pág. 117. Para este autor no puede ser elemento ni carácter del delito, porque es el delito mismo. En el mismo sentido. Antolisei. Elementi, Pág. 54.

7 CASTELLANOS, FERNANDO. Panorama del Derecho Mexicano, I. Pág. 326. México, 1965. Ed. UNAM.

8 CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal I. Novena Edición. México, 1951.

En el artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y artículo 12 del Código Penal del Estado de Jalisco se señalan las llamadas excluyentes de responsabilidad: fuerza física exterior irresistible, estados de inconsciencia (transitorios), defensa legítima, miedo grave y fundado temor, estado de necesidad, derecho y deber legales, inculpable ignorancia, impedimento legítimo, encubrimiento entre parientes y allegados y, finalmente, el caso fortuito.

En relación con el caso que motiva este estudio, se dice que el médico obra en "el ejercicio de un derecho consignado en la ley", que tal es el ejercicio de la profesión médica autorizada por el Estado, constituyendo así una causa de justificación cuando en la actuación profesional se ejecutan hechos que objetivamente presentan caracteres delictuosos, "pero realizados con finalidad profesional —como indica Cuello Calón— y dentro de ciertos límites, son lícitos".

Así, en las operaciones quirúrgicas en las cuales se causan heridas o mutilaciones al enfermo con fines curativos, el cirujano está exento de responsabilidad de acuerdo con la fracción V del artículo 15 del Código Penal, para el Distrito y Territorios Federales y fracción V del artículo 12 del Código Penal del Estado de Jalisco, pues el Estado al conferirle el título que le habilita para el ejercicio de la profesión médica le autoriza para realizar todos los actos necesarios para la curación de las enfermedades o para la preservación de la salud o de la vida en caso de amenaza de estos bienes.

Pero la legitimidad en el ejercicio de un derecho no se refiere solamente a la actuación del profesional dentro de ciertos límites y con arreglo a ciertas normas, sino principalmente al ejercicio de la profesión con un fin legítimo. El médico que practica una intervención quirúrgica para salvar la vida de un enfermo obra legítimamente, pues la salvación de la vida es un fin le-

gítimo. Pero el que practica una operación movido sólo por un deseo imprudente de experimentación científica, comete un hecho delictuoso porque su actuación es ilegítima.

La doctrina jurídica ha tratado de fundar la impunidad de las lesiones causadas por médicos con propósitos curativos, formulando teorías que, al contrarrestarlas con los hechos, no satisfacen sin embargo la finalidad que las inspira.

Sobre el particular nos señalaba el licenciado José Ma. López Macías en su cátedra de "La Parte General del Derecho Penal" que "ninguna ley agota la totalidad del derecho".

En ese sentido, Mezger indica que "si nos limitamos al texto de la ley, dejamos sin respuesta innumerables cuestiones de la vida práctica del derecho".

La afirmación de Mezger no es aplicable al caso concreto de que se trata, pues mediante un comportamiento voluntario del médico-cirujano, éste priva de la vida al donante, oponiéndose esa conducta, en su fase material, al derecho, sin que frente al interés lesionado por la realización típica aparezca en este caso un interés de más valor que desplace al primero, de lo que resulta, además, una conducta culpable, entendiéndose ésta como rebeldía subjetiva con el orden jurídico, como nexo individual y emocional que liga al sujeto con su acto, de conformidad con la teoría denominada "psicologista"; según la "normativista", consiste la culpabilidad en el juicio de reproche de una conducta antijurídica, a la luz de las normas del deber. Se manifiesta la culpabilidad en dos formas: dolo y culpa.

En el dolo, el sujeto conociendo la antijuricidad de su conducta quiere realizar el hecho delictuoso; hay una franca oposición al derecho.

En el obrar culposo esa rebeldía es menos enérgica: se traduce en el menosprecio de los intereses de los demás, mediante un actuar imprudente, negligente, irreflexivo, imperito, etc.

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y también en el de Jalisco se alude al **dolo** y a la culpa con diversa denominación: delitos intencionales o no intencionales o de imprudencia (artículo 8o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y artículo 6o. del Código Penal del Estado de Jalisco).

La alusión que hicimos de Mezger en todo caso se refiere a la situación en que en un momento dado se encuentra el médico y el receptor del órgano extraído al donador. Para resolver esta cuestión de la vida práctica del derecho tenemos que recurrir al derecho suprallegal como único criterio a seguir para resolver el problema relacionado con las intervenciones curativas y la actividad médica.

LA ANALOGIA

Este aspecto suprallegal debe ser tomado en cuenta, incluso donde se afirma con toda rigidez el fundamento exclusivamente positivo del derecho.

Sin embargo, el artículo 14 Constitucional dice que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; pero, como sostiene con razón Antolisei, lo que prohíbe es la aplicación del procedimiento analógico sólo para la norma penal en sentido estricto, o sea para disposiciones que prevén los delitos particulares y establecer la pena relativa (analogía en *malam partem*). La extensión analógica de las normas que no presentan esos caracteres y se resuelven en la ventaja para el individuo no está pro-

hibida. Este criterio ya fue sostenido por Carrara, quien se mostró partidario de la analogía en *bonam partem*.

Y Mezger dice que el presupuesto de la ley lo constituye el total complejo de cultura del que emana el Derecho. La idea racional del derecho consiste en crear un equilibrio justo entre los intereses de la colectividad y los del individuo que recíprocamente ordenados, crean el máximo posible de la satisfacción de intereses que puede lograrse en la vida común. Y así, a través de este principio: llegamos a la más alta regla de interpretación del Derecho en casos en que fracasa el positivismo.

En estas circunstancias nos encontramos que el derecho suprallegal no se integra por normas extrajurídicas, suprajurídicas o metajurídicas, sino que en realidad se trata de pensamientos absolutos de índole jurídica, en los que precisamos los fines medios inmanentes al derecho y al ordenamiento jurídico, que vienen a completar la situación de la ley positiva que no ha podido abarcar la totalidad del derecho.

Sin embargo, de acuerdo con Welzel, la causa suprallegal de justificación debe aplicarse a casos muy excepcionales, pues de no ser así, como lo confirma el profesor de Bonn, se colocarían no sólo fuera de la ley los bienes jurídicos de menor valor frente a los de valor más alto, lo que haría a la sociedad utilitarista, anárquica, sino que además se quebrantaría la obediencia a la norma y el sentimiento de fidelidad al Derecho.

Entre las causas suprallegales que eliminan el injusto del hecho, mención especial hacen todos los autores al problema de la intervención médico curativa.

LA IMPRUDENCIA

Indudablemente que en la intervención curativa encontramos elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto al elemento objetivo encontramos el de practicar las intervenciones quirúrgicas conforme a la *lex artis*, aun cuando no se tenga éxito. El subjetivo es el fin que se persigue de salvar a una persona.

Entramos así al terreno de la imprudencia profesional. Se trata aquí de temeridad profesional, de los audaces experimentos característicos de expertos profesionales, de modo que estamos fuera del terreno de la impericia.

No es fácil determinar cuándo una operación atrevida da origen, por su fracaso, a la responsabilidad a título de culpa.

Muchas veces se recurre a dichas operaciones para disminuir los sufrimientos del enfermo, para salvar una vida que se extingue, prefiriendo alguna posibilidad de curación a la muerte segura. En estos casos no hay que hablar de responsabilidad. Manzini dice que se puede hablar de culpa cuando pudiendo obrar de modo fácil, se recurre a una operación arriesgada.

Habrá culpa, con mayor razón, cuando se ha querido hacer un experimento. En este caso es verdaderamente digno de meditación, pues si la ciencia progresa probando y volviendo a probar, la muerte de un hombre puede, en ocasiones, salvar a miles de ellos.

Y no podríamos excluir la responsabilidad por culpa diciendo que el médico ha obrado de "buena fe". La buena o la mala fe podrán ser útiles en indagaciones que tiendan a comprobar si hubo dolo, mas, tratándose de culpa, siempre hay que obrar de buena fe, es decir, con el convencimiento de que se obra de modo provechoso para el enfermo.

"Los elementos de la culpa únicamente pueden hallarse en aquella conducta (positiva o negativa) que resulte incompatible con el mínimo de cultura que es

legítimo exigirle a un individuo".⁹

Así, no es extraño que en torno a una innovación de la cirugía surjan discusiones científicas como las suscitadas mientras nos dedicamos a este ensayo, acerca del trasplante quirúrgico de corazón.

Debemos aclarar, sin embargo, que no podrá ser culpable un médico que, lo mismo que otros, esté persuadido de la eficacia curativa de un remedio, aun cuando en un caso especial haya resultado dañoso.

Pero ciertamente es responsable penalmente el médico que se aventura a llevar a cabo la intervención quirúrgica antes de haber sido comprobada la eficacia de la misma, incluyendo el aspecto inmunológico, seria y prudentemente, apoyándose en bases anatómicas y posiblemente experimentales.

Con lo anterior no quiere llegarse en este estudio a la exageración de Filippi,¹⁰ de que un nuevo remedio debe experimentarse antes en uno mismo, pues esto sería posible sólo si el médico sufriera de la misma enfermedad que tiende a curar con ese remedio.

Resulta importante la indagación acerca de una nueva práctica quirúrgica en relación con el estado de conocimiento de sus efectos por parte del médico. Si éste, persuadido por la eficacia del nuevo medio que emplea está seguro de que ha de servirle al paciente, no podrá ser culpable. Y no vale objetar que su opinión es una opinión discutida, pues lo importante es que no caiga en un error craso que revele su falta de cultura.

Sin embargo, no podemos admitir que los médicos mexicanos, muchos de ellos ansiosos de llevar a cabo el trasplante quirúrgico de corazón, culpen ya a la ley,

⁹ PALMERI. "Medicina Forense". Bari, Pág. 66.

¹⁰ FILIPPI. La Responsabilità Penale del Medico. Cass. Unica. Pág. 1251.

ya a los legisladores, ya a los juristas, de detener el avance de la ciencia.

En nuestra opinión, de acuerdo con lo expuesto en lo relativo a las causas supraleales de justificación, no hay necesidad de modificar la ley penal para que el avance de la ciencia médica continúe, pues se ha excluído el injusto de los siguientes hechos de acuerdo con las normas supraleales de justificación: injerto de sangre (transfusiones), piel y otros tejidos, así como el trasplante de riñón, que pueden ser considerados previos estudios selectivos, como procedimientos aceptados y de uso corriente en la terapéutica quirúrgica, ya que los resultados son satisfactorios. Lo mismo puede decirse del injerto parcial de glándulas de secreción interna.

La Academia Mexicana de Cirugía acepta que los trasplantes de hígado, pulmón, páncreas, intestino delgado y corazón, se encuentran en etapa de experimentación. Los resultados de esos experimentos en los animales y en el hombre son malos todavía, en virtud de que no se ha resuelto el problema biológico de la inmunología, del rechazo natural del cuerpo humano hacia órganos extraños.

Los médicos de todo el mundo, incluyendo los mexicanos, continúan experimentando, pero algunos de éstos aceptan que es preferible continuar dichos experimentos en el laboratorio de investigaciones utilizando animales. En este sentido nos atrevemos a decir que si los médicos se sirven del enfermo como de un conejo para sus experimentos, son ciertamente culpables. Ante todo han de tomarse en cuenta los intereses individuales de la persona sobre quien recae el tratamiento. Son intereses en orden a la libertad personal y respecto a la libre disposición sobre el propio cuerpo y sobre la propia vida anímica. Y es preciso reconocer que, salvo casos excepcionales (tratamiento curativo a la fuerza en el

caso del servicio militar obligatorio y otros análogos), no existe, en general, fundamento jurídico alguno para no tomar en cuenta estos intereses del individuo.

El título facultativo, por ejemplo, no concede derecho a poner en práctica caprichosamente un tratamiento curativo. Una justificación en referencia a dichos intereses individuales sólo puede producirse, en general, con arreglo al "principio de ausencia del interés", es decir, mediante el consentimiento real o presunto del paciente, pero con ella el problema no queda resuelto, pues es indudable que existen una serie de intervenciones corporales realizadas con ocasión del tratamiento curativo en las que el consentimiento real o presunto, con arreglo a los principios generales que le informan, no puede tener eficacia.

Como hemos dicho anteriormente, el criterio rector para determinar si existe objetivamente un tratamiento curativo, dentro del que no se considera al procedimiento experimental, de la índole del que examinamos, es la "lex artis", como se apuntó, en el sentido del estado actual de nuestro saber. Lo que importa es si la medida puesta en práctica debe considerarse adecuada al mismo.

La "lex artis" —como apunta Mezger— no debe equipararse, sin más, a las concepciones médicas oficiales. La ciencia médica, las reglas del arte médico son fundamento del conocer, no normas para decidir respecto a la adecuación del tratamiento empleado. Una medida inadecuada, un "defecto técnico" no cae bajo la especial causa de exclusión del injusto; conserva su su carácter antijurídico, en tanto no existan otras causas que lo hagan desaparecer, como necesariamente antes deben desaparecer las causas, o combatirlas y controlarlas, que provocan el rechazo de órganos extraños en el cuerpo humano, para que esta nueva práctica de la terapéutica quirúrgica sea considerada como una

“adecuada medida”.

En otro orden de ideas podemos decir que dos vidas humanas son para el ordenamiento jurídico dos bienes de valor igual.

Dice Carnelutti: “No sería lícito matar para no morir, pues todos ven que la sociedad no ganaría nada con el cambio, ni se podría hablar de diferencia en torno al valor social de la persona, ya que todos los hombres somos iguales tanto frente al Estado como ante Dios”.

Pero existen dramáticos casos en que entran en colisión dos vidas humanas, como el necesitado que en un naufragio priva de la vida a quien se sostiene a flote sobre un madero que tan sólo puede sostener el peso de un cuerpo —*tabula unius capax*—, efectúa una acción efectivamente antijurídica, pues el orden jurídico no eleva a conducta lícita toda aquella que emerge de la necesidad sino sólo la que salvaguarda un bien o interés prevalente.

Lo que acontece en esos casos dramáticos es que el sujeto actúa sin culpabilidad. No se le puede formular ningún reproche por el acto realizado, tomando en cuenta de que no es posible exigirle un comportamiento diverso.

La situación de necesidad se reconoce en nuestro derecho no sólo en favor de la persona del acusado y de sus bienes, sino también de la persona y bienes de otros (artículo 15, fracción IV del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y artículo 12, fracción IV del Código Penal del Estado de Jalisco).

La justificación por lo que hace a terceros es universalmente admitida cuando se trata del ejercicio del derecho de necesidad porque haya que salvar un bien de mayor valoración.

Pero la polémica se dibuja tratándose de terceros que actúan para salvar un bien frente a otro de igual jerarquía, ambos ajenos, pues si en estos casos a los titulares de los bienes en conflicto les ampara la causa de inculpabilidad, se sostiene que ella no debe amparar también al tercero, salvo si se trata de personas que caigan dentro de cierto círculo de parentesco, y mayor desacuerdo reina con relación a los bienes, propios o ajenos, al honor, al pudor, a la libertad.

La defensa en estado de necesidad de la persona o bienes de otro, da lugar a los intrincados problemas de la intervención extraña. A este respecto los tratadistas distinguen diferentes situaciones:

1. El conflicto de bienes de valor desigual (vida contra propiedad).
2. El conflicto de bienes de valor igual (vida contra vida: la *tabula unius capax* de los náufragos en el clásico ejemplo de Carneades; la embriotomía o la cesárea como dilema planteado al cirujano tocólogo).

En el segundo caso es válidamente objetada la intervención de tercero, pues ella concurre a sacrificar un interés que quizá se convierta en más débil por la sola intervención de tercero (“ni quito ni pongo Rey, sólo ayudo a mi señor”).

Carrancá y Trujillo¹¹ dice que, por lo anterior, precisamente se limita el derecho de necesidad sólo hasta determinados sujetos, no hasta todos: los que estarían dispuestos a sacrificarse ellos mismos por la persona en cuyo favor inmolan a otro, los amigos íntimos, los ascendientes y descendientes, las personas unidas por lazos de reconocimiento.

11 CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. II. Págs. 97 y siguientes. México, 1956.

Pero como en el estado de necesidad no hay ni el tiempo ni la presencia de espíritu suficientes para investigar si se encuentra uno en la lista de los allegados a quienes el código faculta para intervenir, con criterio realista y justo pudiera decirse que sólo el arbitrio judicial puede conocer qué terceros han estado capacitados para intervenir y aún si fuere procedente el perdón judicial.

Vemos entonces que el estado de necesidad se encuentra limitado normativamente. En el caso que nos ocupa, sólo el derecho supralegal expuesto podría llevarnos a una solución, es decir, la conducta del médico continuaría siendo típicamente antijurídica y culpable; pero si los profesionales de la medicina perfeccionan el nuevo sistema de trasplante de corazón eliminando el problema biológico planteado, podríamos llegar a la exclusión del juicio de reproche de esa conducta antijurídica, a la luz de las normas del deber.

Sólo que los profesionales de la medicina aportaran nuevos datos a sus investigaciones y colocaran dentro del campo de la práctica quirúrgica el sistema terapéutico del trasplante de corazón, podríamos echar mano de la figura del estado de necesidad, en razón de un acontecimiento de orden humano que forza al médico a ejecutar una acción u omisión típicas para hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. En relación con el donante de corazón, a pesar de que los profesionales de la medicina le encuentran irremisiblemente condenado a muerte, sin posibilidad de recuperar sus funciones cerebrales de la vida de relación, conservando exclusivamente sus funciones vegetativas, el método actual de terapéutica quirúrgica les lleva a realizar una conducta típicamente antijurídica y culpable, que configura en su plenitud el delito de homicidio.

II. En relación con el receptor del órgano, los expertos en la medicina salen fuera del terreno de la impericia, para introducirse en el de la imprudencia profesional, dado que la práctica quirúrgica (incluyendo el aspecto biológico) se encuentra en etapa de experimentación y su realización es una imprudencia que causa igual daño que un delito intencional.

III. No es necesario que se modifique la ley penal para que continúe avanzando la ciencia respecto de la práctica quirúrgica del trasplante de corazón y la investigación sobre el rechazo natural del cuerpo humano frente a órganos extraños, mientras existan —como existen en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y en el del Estado Estado de Jalisco— causas que justifiquen la exclusión del injusto.

IV. En el estado actual de la terapéutica quirúrgica, el trasplante de corazón no se justifica por el es-

tado de necesidad, pues los medios empleados no encuentran adecuación en el presupuesto fáctico de la "lex artis" de los profesionales de la medicina, en virtud de lo cual éstos se colocan dentro del ámbito del juicio de reproche a su conducta antijurídica, a la luz de las normas del deber, según la doctrina normativista, todo lo cual se traduce en la culpabilidad del cirujano ante el menosprecio del interés de los demás mediante un actuar imprudente.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, ENRICO. *La Culpa*. Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- ANTOLISEI. *Manuale di Diritto Penale*. 3a. Ed., Milano, 1955.
- ANTOLISEI. *La Acción y el Resultado en el Delito*. Trad. José Luis Pérez Hernández. México, 1959.
- BATTAGLINI. *Diritto Penale*. 3a. Ed. Padova, 1949.
- BETTIOL. *Diritto Penale*. Palermo, 1945.
- CARDENAS, RAUL F. "Homicidio y Parricidio". *Revista Criminalia*. Año XXXI.
- CARDENAS, RAUL F. *Derecho Penal Mexicano, Parte Especial*. Tomo I. Editorial Jus, S. A., México, 1962.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. *Derecho Penal Mexicano II*. México, 1956.
- CASTELLANOS, FERNANDO. *Panorama del Derecho Mexicano I*. México, 1965. Ed. UNAM.
- CAVALLO. *Diritto Penale*. Palermo, 1945.
- CUELLO CALON, EUGENIO. *Derecho Penal I*. 4a. Ed., Barcelona, 1953.
- FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. "Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de los Médicos". *Revista Derecho Penal Contemporáneo*. Núm. 6, Julio de 1965, UNAM. México.

- FILIPPI. *La Responsabilità Penale del Medico*. Cass. Unica.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. *Derecho Penal Mexicano*. 7a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1964.
- JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal III*. Buenos Aires, 1951.
- MANZINI. *Instituzioni di Diritto Penale Italiano*. Fratelli Bocca, Torino, 1923.
- PALMIERI. *Medicina Forense*.
- PEÑA GASTELUM, ARMIDA. *Apuntes de Clase*.
- PETROCELLI. *Principi di Diritto Penale I*. 3a. Ed. Napoli, 1950.
- QUIROZ CUARON, ALFONSO. "La Muerte en la Medicina Forense". *Revista Derecho Penal Contemporáneo*. Núm. 24. Enero y Febrero de 1968, México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. *Semanario Judicial de la Federación*. XXXI.

INDICE

I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	5
CAPITULO I. ASPECTO MEDICO-CIENTIFICO ..	8
a. Certificación de la Muerte	11
b. El Aspecto Biológico	17
c. Temeridad del Cirujano	20
CAPITULO II. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA MUERTE DEL DONANTE	29
a. El Delito de Homicidio	31
b. Presupuestos Lógicos	34
c. Concepción Jurídica o Formal	39
CAPITULO III. LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO	46
a. Su Naturaleza Jurídica	46
b. El Consentimiento	48
c. La Antijuricidad	54
d. La Analogía	59
e. La Imprudencia	60
CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFIA	72