

125
21
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON.**

**LA NECESIDAD DE INCLUIR COMO TIPO PENAL LA
RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA Y SU
INTEGRACION EN LA AVERIGUACION PREVIA
EN EL FUERO FEDERAL.**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

ELIZABETH GONZALEZ GARCIA

Asesor: Lic. Juan Jesús Juárez Rojas

México, 1997.

**TESIS CON
FOLIA DE ORIGEN**



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.

*ESTA TESIS ESTA DEDICADA A MIS PADRES,
ANGELES Y LEOBARDO.*

*GRACIAS A SU AMOR, APOYO, EJEMPLO Y
AUTORIDAD, ES COMO HE IDO
CUMPLIENDO MIS METAS.*

*GRACIAS AL AMOR Y APOYO DE MIS
HERMANAS,*

YAMILY Y JACQUELINE

*ASI COMO A UNA PERSONA MUY ESPECIAL,
LUIS MANUEL.*

*GRACIAS AL APOYO DEL
LIC. GUILLERMO LUNA MENDEZ*

*ASI COMO DE MI ASESOR, EL
LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS*

INTRODUCCION

Teniendo en cuenta que la vida y la salud son los derechos inherentes al ser humano más importantes de su existencia, podremos observar que la actuación del médico es definitivamente la actividad que más se relaciona con la preservación de estas prerrogativas, por ser los encargados directos de aplicar todos sus conocimientos y ética que exige su profesión, lo cual queda protegido a través de las garantías constitucionales que protegen la salud, así como el ejercicio profesional y que a su vez se encuentran reglamentadas para su adecuada observancia. Asimismo, en estos preceptos se determina en que casos el ejercicio profesional será lícito o cuándo no lo será pudiendo quedar vedada dicha actividad.

Por otra parte, a medida que reflexionamos del valor que tiene la salud para cualquier individuo; nos podremos dar cuenta de que la Responsabilidad Penal Médica ha evolucionado desde los tiempos precortesianos hasta el Código Penal vigente y que no se le ha tomado la importancia que tiene; puesto que se le ha englobado en un solo tipo penal junto con todas las demás profesiones, siendo que la vida y la salud son las prerrogativas más trascendentes para el ser humano.

Lo anterior, se estudiará ampliamente en el Capítulo I de ésta tesis denominado "Antecedentes Nacionales Legislativos de la Responsabilidad Profesional Médica".

En consecuencia, en ésta tesis se ha hecho un estudio genérico de la Responsabilidad, con la finalidad de comprender a ciencia cierta lo que debemos entender por Responsabilidad Profesional; de tal manera que trasciendan tanto los deberes del médico, como las materias en que puede repercutir su mala actuación. Por ende, surge la inquietud de estudiar la actividad del profesional de la medicina en materia penal, que explicará según los elementos del delito la "Necesidad de crear un tipo penal de Responsabilidad Profesional Médica" teniendo en cuenta la clase de culpabilidad en que éste pueda incurrir; además de que se contemplará de manera accesoria los delitos que se relacionan con este ilícito penal.

Estas situaciones serán planteadas mediante los capítulos II y III denominados: "Conceptos Fundamentales de la Responsabilidad Profesional" y "Generación y exclusión de la Responsabilidad Profesional Penal del Médico", respectivamente.

Cabe mencionar, que la "Persecución e integración del Tipo de Responsabilidad Profesional en el Fuero Federal", será estudiada en el capítulo IV de ésta tesis, con la

finalidad de atender de forma práctica la Averiguación Previa ante el Ministerio Público de la Federación en virtud del requisito de procedibilidad, su competencia en estos asuntos, y la integración; de donde se desprende la participación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de reciente creación, cuya posible intervención en el procedimiento penal, será analizada con el fin de establecer su validez ante el Ministerio Público de la Federación, quien finalmente emitirá su resolución con el objeto de establecer la presencia o ausencia de Responsabilidad Penal Médica.

LA NECESIDAD DE INCLUIR COMO TIPO PENAL LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA Y SU INTEGRACIÓN EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL FUERO FEDERAL.

INTRODUCCION

PAG.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES NACIONALES LEGISLATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	1
2.- Leyes referentes al ejercicio individual y colectivo de la medicina	10
2.1 Ley General de Salud	10
2.2. Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento	16
3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia Federal.	21
3.1 Código Penal de 1871.	29
3.2 Código penal de 1929.	32
3.3. Código Penal de 1931.	36

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

1.- Concepto de Responsabilidad	41
2.- Concepto de Responsabilidad Profesional.	45
3. Clases de Responsabilidad Profesional	47
3.1. Responsabilidad Moral	47
3.2. Responsabilidad Juridica.	48

CAPITULO III.

GENERACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL PENAL MÉDICA.

1. Responsabilidad Profesional Medica.	58
1.1 Bioética	60
1.2 Iatrogenia	69
1.3. Praxis y malpraxis	71
2 Responsabilidad Penal del Médico	73
2.1. Conducta	76
2.2 Tipicidad	78
2.3. Antijuricidad	86
2.4 Imputabilidad	93
2.5 Culpabilidad	96
2.6 Punibilidad	107
3 Responsabilidad Individual, Solidaria y Colectiva	115
4. Delitos que se relacionan con la Responsabilidad Profesional Medica	118

CAPITULO IV.

PERSECUCIÓN E INTEGRACIÓN DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL FUERO FEDERAL.

1.- La Averiguación Previa ante el Ministerio Público de la Federación	145
1.1. Requisito de procedibilidad	149
1.2. Competencia del Ministerio Público de la Federación en la Responsabilidad Profesional Médica	154
1.3 Integración de la Averiguación Previa.	165
2.- La Resolución del Ministerio Público de la Federación en relación a la Responsabilidad Profesional Médica	186
2.1 Ejercicio de la Acción Penal.	186
2.2 Acuerdo de reserva	195
2.3 No ejercicio de la Acción Penal	202

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES NACIONALES LEGISLATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Leyes referentes al ejercicio individual y colectivo de la medicina
 - 2.1. Ley General de Salud
 - 2.2. Ley Reglamentaria del artículo 5o Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.
 - 3.1. Código Penal de 1871.
 - 3.2. Código penal de 1929
 - 3.3. Código Penal de 1931.

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para el buen entendimiento de la Responsabilidad Profesional Médica, es indispensable el remitirnos a las garantías individuales que en sus artículos 4o. párrafo cuarto y 5o. párrafos primero y segundo quedan plasmadas dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En consecuencia es necesario aclarar qué se entiende por garantía individual: " Es el medio jurídico consagrado por la Constitución, principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al Estado y sus autoridades, obligando a éstos a respetar tales derechos "1

De esta manera al analizar en primer término el artículo 4o. en su párrafo cuarto que establece :

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

¹ Del Castillo Del Valle, Alberto, *Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal*, México, Edit. Duero S.A de C.V.; 1992, pág. 21.

Nos podemos percatar de que existe en nuestra Constitución Política la Garantía Individual específica que protege el Derecho a la protección de Salud, la cuál es una prerrogativa inseparable de todo ser humano, y que por ser precisamente un derecho subjetivo público, el Estado tiene la obligación de preservarlo. No obstante, en virtud del decreto por el que se adiciono el artículo 4o. constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983, se consagró como garantía social.

Evidentemente esto trae aparejada una confusión tanto doctrinaria como legislativa, ya que ciertamente existen derechos tanto individuales como sociales, sin embargo no por ello debemos identificar a los primeros con garantías individuales y a los segundos con garantías sociales, lo cuál es un absurdo ya que cada uno de éstos conceptos (derecho individual, derecho social, garantía individual y garantía social) es diferente entre sí.

Al respecto José Campillo Sainz, hace una distinción entre los derechos individuales o políticos y los derechos sociales, manifestando que mientras que los primeros están estructurados en torno a la idea de libertad, pertenecen a todo hombre; son absolutos; constituyen un deber de no intervención a cargo del Estado, en la esfera de la autonomía del individuo y están previstos en normas reglamentarias. Los derechos sociales intentan realizar la justicia social; se otorgan por la

pertenencia a una determinada categoría social; son relativos, con sujeto pasivo determinado, que puede ser el Estado, el empresario u otra persona privada; exigen una conducta activa por parte del Estado, bien mediante el otorgamiento de determinadas prestaciones o bien mediante la intervención estatal para regular y disciplinar la conducta de los particulares; y están expresados en normas constitucionales y otras leyes ordinarias. Además de que se encuentra en tres sectores: la educación, la asistencia social y la economía.²

De esta manera, los derechos sociales constituyen un conjunto de exigencias que la persona puede hacer valer ante la sociedad, para que ésta le proporcione los medios necesarios para poder atender el cumplimiento de sus fines, y le asegure un mínimo de bienestar que le permita conducir una existencia decorosa y digna de su calidad de hombre, además de que no se trata de una categoría cerrada ya que se complementa con los derechos individuales, y por ende pueden coexistir en virtud de que ambos tienen como común destinatario al hombre.

A su vez, Castán Tobeñas dice que la llamada socialización del derecho es una protesta contra el pensamiento jurídico de algunos doctrinarios al establecer que el Derecho se daba para el Estado (Derecho Público) o para el individuo (Derecho Privado), nunca para la sociedad (Derecho Social), por lo que

² Cfr. De Buen L. Néstor, *Derecho del Trabajo*, t. I; 2a. ed.; México: Edit. Porrúa S.A.; 1977, págs. 98-101.

dice que socializar el derecho es reformar el derecho público ya no fundandose en el Estado sino en la sociedad y el derecho privado, ya no basándolo en la noción del individuo aislado sino en la del individuo unido a los demás.³

No obstante ciertas aseveraciones de que el derecho a la protección de la salud y la libertad de trabajo son garantías sociales, podremos observar que dicho concepto es equivoco, ya que se confunde con el de derechos sociales, además de que si tomamos en cuenta que tanto el artículo 4o. como 5o. constitucionales se encuentran dentro del título primero, Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos denominado 'De las Garantías individuales' y recurrimos a su concepto, entonces podremos advertir que dichas garantías son efectivamente garantías individuales sin que por ello dejen de ser derechos sociales.

Asimismo, es indispensable saber que la salud del ser humano se ve en un doble aspecto: como bien jurídicamente tutelado, en el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionada desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano civil; y como valor frente al cual el Estado debe organizar y fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y readaptación en los supuestos de

³ *Ibidem*: págs. 94-95.

que la salud se altere por factores personales, socio-ambientales, laborales, etc.⁴

Por ende la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad o de invalidez. Cabe mencionar que éste derecho se relaciona con el de respeto a la dignidad de la persona humana (excelencia que posee la persona humana en razón de su propia naturaleza), el cuál constituye el punto de partida obligado en la relación médico-paciente de donde surgen deberes del primero hacia el segundo.

Tomando en cuenta todas estas afirmaciones, Juventino V. Castro concluye que no hay garantías individuales y garantías sociales, sino que bajo nuestro sistema fundamental solamente hay garantías constitucionales, que son en gran número derechos del hombre que están amparados por una institución procesal constitucional, a saber, el juicio de amparo.⁵

Se debe mencionar que la garantía social es una relación jurídica que se establece entre las clases sociales carentes de medios de producción, es decir la clase trabajadora, desde el punto de vista activo; y por aquél grupo social detentador de los medios de producción o capitalista, desde el punto de vista

⁴ Cfr. López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. *Responsabilidad Profesional de los Médicos*. 2a. ed., Argentina. Edit. Universidad; 1992; págs. 53-58.

⁵ Cfr. Castro V. Juventino. *Garantías y Amparo*. 3a. ed.; México: Edit. Porrúa S.A.; 1986, pág. 28.

pasivo con el objeto de preservar los derechos de dichos sujetos activos; inclusive no hay incompatibilidad entre las garantías individuales y sociales ya que aunque entrañan figuras jurídicas distintas; las segundas reafirman a las primeras; de ésta forma decimos que las garantías sociales están consagradas en los artículos 123 y 27 constitucionales.⁶

Continuando con el tema central del tema de investigación, observamos que el artículo 4o. párrafo cuarto, tiene una relación estrecha con el artículo 5o. en sus dos primeros párrafos de la Ley Suprema, en lo conducente al ejercicio de la actividad Médica, al respecto establece:

“ A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de ésta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las

⁶ Cfr. Burgua, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 1^{ra.} ed.; México: Edit. Porrúa S.A.; 1984; pags.683-691.

condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de impedirlo."

Esta vez nos encontramos con la garantía individual que protege la libertad de trabajo que tiene todo individuo para dedicarse a la actividad que mejor le acomode, pero con ciertos límites manifestados por la misma. El primero de ellos como se desprende de dicha prerrogativa se refiere a que la actividad que elija el gobernado deberá ser lícita.

En consecuencia, al ser ilícita la actividad ejercida por el gobernado, no quedará protegido por dicha garantía individual. Al respecto, "... La ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres o a las normas de orden público. En el primer caso, la ilicitud tiene un contenido inmoral, esto es, se refiere a una contraposición con la moralidad social que en un tiempo y espacio determinado exista; en el segundo caso, la ilicitud se ostenta con una disconformidad, como una inadecuación entre un hecho o un objeto y una ley de orden público...

...si una ley regula directamente, ante una situación de hecho o de derecho determinada, los intereses que en ella tenga el Estado como entidad soberana o la sociedad, se estará en presencia de una norma de orden público."⁷

⁷ *Burgoa O., Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, México, Edit. Porrúa S.A., 1984.*

Asimismo, las otras dos posibilidades de limitación son precisamente que a través de una determinación judicial o por resolución gubernativa puede quedar vedada dicha actividad. La primera sólo en el caso de que se ataquen derechos de tercero; la segunda cuando se ofendan los derechos de la sociedad, para lo cual dicha resolución debe sujetarse materialmente a una disposición legal efectiva.

En consecuencia, cuando el profesional de la medicina viole sus deberes frente a sus pacientes, se le podrá aplicar la suspensión en su ejercicio profesional, ya a través de resolución judicial, en términos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, o mediante resolución gubernativa.

Respecto a ésta última, en el caso específico de Responsabilidad Profesional Médica, no debemos confundir la sujeción de su ejercicio a ciertas condiciones o requisitos con la prohibición absoluta de una actividad, ya que en el primer caso, si no se cubren, entonces se prohibirá su ejercicio, pero una vez cubiertos dicha prohibición desaparece y la actividad puede desempeñarse; de acuerdo con la Ley Reglamentaria del artículo 5o Constitucional, e inclusive en su artículo 23, fracciones II y VII, se faculta a la Dirección General de Profesiones para llevar la hoja de servicios de cada profesionista cuyo título registre y anotar en el propio

expediente las sanciones que se le impongan en el desempeño de algún cargo o que impliquen la suspensión del ejercicio profesional, así como cancelar el registro de los títulos de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio, y publicar dicha cancelación.

Por lo tanto, la prohibición absoluta de una actividad, tiene que estar necesariamente sujeta a una resolución gubernativa venida de una Ley emitida por el Congreso; por ejemplo una inhabilitación por resolución de una Secretaría de Estado, por Responsabilidad Administrativa, lo cual veda una actividad, pero no la profesión.

2. LEYES REFERENTES AL EJERCICIO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE LA MEDICINA.

Como podremos observar a continuación, para poder determinar efectivamente el ejercicio de la medicina es indispensable el remitirnos principalmente a dos Leyes Reglamentarias de carácter Federal, a saber la Ley General de Salud y la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de la profesiones en el Distrito Federal así como a su reglamento

2.1. Ley General de Salud.

Tomando en cuenta que la ley reglamentaria del derecho a la protección de la salud que tiene todo gobernado de acuerdo con el artículo 4o. de nuestra Ley Suprema es la vigente Ley General de Salud del 1o. de julio de 1984, así como sus reformas hasta 1997, que de acuerdo con su artículo segundo transitorio deroga el Código Sanitario del 26 de febrero de 1973 a excepción de las disposiciones que conforme a la actual sean materia de salubridad local, hasta en tanto se expidan las mismas; es de observarse su contenido respecto a las disposiciones expresas en relación con la responsabilidad penal de los médicos en el Fuero Federal.

De esta manera partimos de la atención a la salud en el Fuero Federal materia de ésta tesis que se desprende de sus siguientes disposiciones:

"Artículo 30. En los términos de ésta ley, es materia de salubridad general : . . .

III. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud a los que se refiere el artículo 34, fracción II : . . .

VII. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud : . . ."

"Artículo 50. El Sistema Nacional de Salud, está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud."

"Artículo 70. La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, correspondiéndole a ésta : . . .

II. Coordinar los programas de servicios de salud de las dependencias y entidades de la administración pública federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que, en su caso, se determinen ;"

"Artículo 23. Para los efectos de ésta ley, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad."

"Artículo 24. Los servicios de salud se clasifican en tres tipos :

- I. De atención médica ;**
- II. De salud Pública, y**
- III. De asistencia social."**

" Artículo 34. Para los efectos de ésta ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en :"

II. Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo Federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios ;"

"Artículo 37. Son servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social los prestados por éstas a las personas que cotizan o a las que hubieren cotizado en las mismas conforme a sus leyes y a sus beneficiarios, los que con sus propios recursos o por encargo del ejecutivo federal presten tales instituciones a otros grupos de usuarios.

Estos servicios se regirán por lo establecido en las disposiciones legales que regulan la organización y funcionamiento de las instituciones prestadoras y por las contenidas en esta ley, en lo que no se oponga a aquéllas.

Dichos servicios, en los términos de esta ley y sin perjuicio de lo que prevengan las leyes a las que se refiere el párrafo anterior, comprenderán la atención médica, la atención materno-infantil, la planificación familiar, la salud mental, la promoción de la formación de recursos humanos, la salud ocupacional y la prevención y control de enfermedades no transmisibles y accidentes."

"Artículo 48. Corresponde a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en coordinación con las autoridades educativas, vigilar el ejercicio de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud en la prestación de los servicios respectivos."

Asimismo el Título cuarto, capítulo I ésta ley habla específicamente de los Profesionales, Técnicos y Auxiliares en sus artículos 78 a 83 donde señala cuáles son las condiciones y requisitos que se deben cubrir por aquellos que practiquen la medicina y otras especialidades correlativas, a saber, los profesionistas dedicados a ésta rama de la ciencia, así como técnicos y auxiliares de la salud.

Cabe agregar que en el título decimoctavo denominado 'Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos', en su capítulo II que comprende del artículo 416 al 427 trata de las sanciones administrativas que se aplicarán al profesional, técnico y auxiliares en el ejercicio de la salud que de alguna forma transgredan las disposiciones de ésta ley, no obstante abre la competencia penal, de acuerdo con su artículo 416 que a la letra dice :

"Las violaciones a los preceptos de ésta ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos."

Por último, en el mismo título pero en capítulo VI denominado 'Delitos', se estipulan en los artículos 455 a 472, precisamente delitos especiales en que puede incurrir cualquier persona ajena a los servicios de salud, así como a los

profesionales, técnicos y auxiliares en la materia de salubridad, inclusive ésta Ley deja abierta la posibilidad de que las penas previstas en la misma se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito, en virtud de que los delitos que prevé son diversos a los establecidos por el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Cabe agregar que en su artículo 472 estipula lo referente a la responsabilidad de las personas morales :

"A las personas morales involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en éste capítulo, se les aplicará a juicio de la autoridad, lo dispuesto en materia de suspensión o disolución en el Código Penal "

Con respecto a éste tipo de responsabilidad se tratará en el apartado referente al Código Penal.

De lo anterior se desprende que en ésta Ley no se hace alusión específica al tipo penal de Responsabilidad Profesional Médica, ya que únicamente se refiere a delitos que se pueden relacionar con el mismo, pero sin tratarlo de forma autónoma.

2.2. Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su reglamento.

Efectivamente el ejercicio de la medicina como profesión es regulada por la Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional publicada en el diario oficial el 26 de mayo de 1945, respecto de la cuál los artículos 2o. y 2o. transitorio de la misma determinan a la rama de la medicina como una profesión que requiere para su ejercicio, además del título, de la cédula profesional correspondiente, inclusive se deja la puerta abierta para la reglamentación particular en cada una de las profesiones, de acuerdo a lo siguiente:

"Artículo 2o. Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio."

"Artículo Segundo transitorio. En tanto se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2o., reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio, son las siguientes :

... Cirujano dentista... Enfermera... Enfermera y partera...
Médico. Médico veterinario..."

A pesar de lo dispuesto por éstos artículos, hasta la fecha los profesionales de la medicina carecen de el mencionado cuerpo jurídico que norme sus conductas y obligaciones, ya que todo lo que debería contener ese cuerpo legal se encuentra en la actualidad únicamente en leyes dispersas como lo son la Ley General de Salud, Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de atención médica, Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, y reglamento de la Ley General de salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, respectivamente.

Relacionados con el ejercicio de la profesión médica encontramos los siguientes artículos de la misma ley :

"Artículo 8o Para obtener título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos para las leyes aplicables "

"Artículo 24. Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de ésta ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto

realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato."

"Artículo 25. Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los artículos 20. y 30., se requiere :

- I. Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles.
- II. Poseer títulos legalmente expedidos y debidamente registrados, y
- III. Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio."

"Artículo 33. El profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido.

En caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieran al profesionista, se prestarán en cualquier hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que éste último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista "

De la misma manera que la Ley General de Salud, la ley reglamentaria del artículo 50. constitucional tiene un capítulo especial denominado "De los delitos e infracciones de los profesionistas y de las sanciones por incumplimiento a esta

ley.', el cuál abarca del artículo 61 al 73, donde se hace incapié a la competencia penal de acuerdo con su siguiente disposición :

“Artículo 61. Los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al código penal.”

De los preceptos anteriores, se desprenden ciertos aspectos que siempre deberá tener en cuenta el médico para el ejercicio de su profesión, los cuáles son fundamentales, tomando en cuenta que señalan lo que se entiende por ejercicio profesional, los requisitos para éste, así como ciertos valores éticos, que son de trascendental importancia tanto para él como para la Ley.

Cabe mencionar que precisamente los artículos 34, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 71 y 73 serán tratados de manera más amplia en el último capítulo de ésta tesis, en virtud de la relación que guardan con la integración de la averiguación previa, así como en lo relativo a los delitos que se relacionan con la Responsabilidad Profesional Penal Médica.

En lo que respecta a los artículos 66, 67, 70 y 72, se refieren meramente a infracciones de carácter administrativo en que puede incurrir cualquier profesionista.

Asimismo el Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, en su artículo 1o. establece :

"Las disposiciones de la ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional regirán :

I. En el Distrito Federal en asuntos del fuero común;

II. En toda la República en los asuntos del orden federal siguientes:

a) Al ejercicio profesional ante autoridades federales, excepto las materias excluidas por la Ley;

b) El ejercicio profesional que se haga en actividades reguladas por una ley federal, excepto cuando el asunto sea de jurisdicción concurrente y conozca de él la autoridad local; o para cumplir aquellos requisitos exigidos por una ley federal."

Evidentemente, el supuesto anterior manifiesta que el campo de aplicación de dicha ley recae tanto en el orden común como en el orden federal, de los cuáles éste último es de interés principal para el tema de tesis.

En consecuencia, podemos afirmar que la responsabilidad profesional médica, requiere de la comprensión de las disposiciones establecidas en la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, así como de su reglamento, ya que serán indispensables, para que se determine a ciencia cierta, tanto judicial como administrativamente, si efectivamente el médico incurrió en una violación a sus deberes y por tanto a las leyes.

3. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

El remontarnos a la historia es recordar a los que nos precedieron, y de ésta manera reconocer el progreso y evolución que en materia penal ha tenido el seguimiento de la Responsabilidad Profesional Médica, de ahí que sea indispensable conocer como era castigada dicha responsabilidad antes del primer código penal en la época independiente de nuestro país.

Por lo que toca al derecho precortesiano, es decir, el Derecho Penal anterior a la llegada de los españoles, es de señalarse que no existía uniformidad política ya que estaba constituido por diversos grupos y cada uno con un sistema determinado, donde los pueblos principales fueron el maya, el tarasco y el azteca.

Sin embargo, la tribu dominante fue la azteca, que basaba su orden social en la religión y la tribu, su organización se gestaba en el calpulli, que constaba de veinte jurados formados por los nobles de un clan, uno de los funcionarios llamado Calpullec, distribuía las tierras comunes y decidía sobre las disputas suscitadas, administraba justicia en los asuntos de menor importancia, representaba a su grupo en los casos de controversia con otros clanes y cobraba los impuestos. El gran

consejo era el conjunto de Calpullis de la tribu y estaba compuesto por los representantes de veinte Calpullis llamado Tlatocan, que era encargado de juzgar asuntos criminales y civiles de la tribu, lo mismo que resolvía operaciones de guerra y concertaba la paz.⁸

En éste consejo, existían cuatro tribunales, que eran los encargados de vigilar la observancia y de dar la interpretación a las leyes, dos cuidaban lo relacionado con las profesiones científicas: el de 'Música y Ciencias', conocía todo lo relativo a la enseñanza y ejercicio de esas profesiones, y castigaba en las médicas a supersticiosos y hechiceros; y el de 'Pleitos' que conocía de las causas civiles y criminales, ya de las cuestiones de divorcio, identificación, locura, etc.; ya de los delitos de homicidio, violación, pederesteria, donde debieron ventilarse no pocas cuestiones médico legales.⁹

El Derecho Civil de los aztecas era objeto de tradición oral, mientras que el Penal era escrito, lo cual se desprende de Códigos que se conservan, donde los delitos se expresaban mediante escenas pintadas al igual que las penas. De ahí que se observe que el derecho penal revela excesiva severidad, principalmente en los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona del

⁸ Cfr. Grandini González, Javier. *Medicina Forense: texto, preguntas, respuestas y atlas*. México: Distribuidora y Editora Mexicana, S.A. de C.V.; 1995: pág. 15.

⁹ Cfr. Flores Troncoso, Francisco de Axis. *Historia de la Medicina en México, desde la época de las Indias hasta la presente*. T. I. México. Instituto Mexicano del Seguro Social: 1954, págs. 367-369.

soberano; asimismo distinguieron los delitos dolosos y culposos, circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, excluyentes de responsabilidad, acumulación de sanciones, reincidencia, indulto y amnistia.

Las penas más frecuentes eran la pena de muerte (incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de cabeza), la mutilación o penas corporales, la esclavitud, el destierro, la confiscación de bienes y otras penas pecuniarias, la suspensión de derechos, pérdida de la nobleza, la suspensión, destitución y pérdida del empleo, penas infamantes, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor.

De ahí que los delitos se clasificaban: contra la seguridad del imperio; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y la seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas (aborto, infanticidio); sexuales y contra las buenas costumbres (incesto, maltrato de hijos, embriaguez); y contra las personas en su patrimonio.

Una vez contemplada la Responsabilidad Penal en General, es indispensable entrar al campo médico. De ésta manera, para ejercer la medicina en el señorío de Tezcoco, se requería un examen previo y la autorización de uno de los cuatro consejos

que funcionaban ahí mismo; en consecuencia, entre los aztecas, el oficio de curar estaba subdividido: El tlama-tepati-ticitl puede tomarse como médico internista o que curaba con medicinas ingeridas o aplicadas sobre los tegumentos y recurría a los medios físicos; el toxoxotla-ticitl tendría su equivalente en nuestro cirujano; el tezoc-tezoani en los desaparecidos flebotomianos; la tlamatquicitl en la comadrona y el papiani-panamacani en el boticario o herbolario; otro oficio de la medicina era el referente a las mujeres que daban ciertas yerbas con el fin de provocar abortos.¹⁰

De todos los que ejercitaban los oficios enumerados y explicados, correspondía un conocimiento más extenso a los llamados médicos, aunque se desconocen detalles de la vida de curanderos, sangradores y sajadores en los pueblos quienes acudían al llamado de los clientes. Asimismo los últimos representantes de la medicina azteca fueron los tlaltelolquenses.

Cabe agregar que los antiguos mexicanos concedían gran importancia en calidad de tiempo y circunstancias en la medicina al mes, las fases de la luna, la dirección y la intensidad de los vientos, la temporada de lluvias, los eclipses y en general todos los fenómenos metereológicos, telúricos y cósmicos que pudiesen ocurrir.

¹⁰ Georanza, Fernando. *Historia de la Medicina en México, la medicina en el México precortesiano primera parte. I. I. México, Edit. Botas-México; 1954, pág. 27.*

A partir de la época de la Colonia en México se deja de tomar en consideración las legislaciones indígenas, rigiendo de ésta manera el derecho penal de los españoles, a través de cuerpos jurídicos como las Leyes del Toro, el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas reales de Castilla, las de Bilbao, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, ordenanzas como la de Minería, la de Intendentes y la de Gremios.

En virtud de que a través de éstas leyes se desprendía eminentemente una diferenciación de castas, es que se observa que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para negros, mulatos y castas; como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes. Respecto a los indígenas, las penas fueron más benévolas como los trabajos personales, servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia siempre que el delito fuera grave.

En lo que respecta al ejercicio de la medicina, tras el médico indígena venía el médico blanco, siendo el primero Don Pedro López; tras el cirujano tlaxcalteca llegaba la matrona que venía prestando sus auxilios a las tropas españolas, siendo la primera Doña Isabel Rodríguez, asimismo el primer hospital que levantarán los españoles fué el denominado Huaxtepec.

En consecuencia, los primeros médicos fueron una especie de sacerdotes portadores de un don que cuando no cura enfermedades, alivia los dolores de la humanidad; posteriormente fueron llegando otros de España, hasta que con la creación de las cátedras de la Universidad y la escuela de Cirugía, pudieron irse formando médicos patrios aunque con conocimientos todavía muy imperfectos.

La división en el ejercicio de la medicina de la Nueva España, estuvo muy desordenada en un principio, viniéndose a reglamentar hasta el veinte de octubre de 1742 mediante un auto expedido por el Protomedicato.

Las autoridades que durante todo ese periodo estuvieron legislando en materia de medicina fueron, ó el Rey desde la metrópoli o el virrey, su representante en la Colonia; estos eran los encargados de dar a conocer esas leyes y vigilar su observancia, a través del Protomedicato. De tal forma que, existió jurisprudencia médica, la cuál era muy pobre por lo que no se le prestó mucha importancia; mientras que en lo respectivo a las primeras leyes relativas a la creación, a la policía y a la higiene de los hospicios y hospitales, las empezaron a dar a través de la Recopilación de las leyes de las Indias, así como todas las reales cédulas y unas Ordenanzas desde el año de 1751.

Respecto al Real Tribunal del Protomedicato, es interesante señalar que fué el primer órgano de carácter administrativo que empezó a ejercer una jurisdicción privativa, encargado de lo económico, gubernativo y contencioso de la profesión, de la dirección de los estudios médicos y de la enseñanza, de los exámenes y del ejercicio de la medicina; de la salubridad e higiene públicas, de la policía médica y de la administración de justicia en el ramo como tribunal especial. Este fué creado el ocho de enero de 1527 mediante cédulas del Cabildo, donde en un principio existió un protomédico, posteriormente se constituyeron tres mediante las Leyes de las Indias y en 1753 se agregó uno supernumerario, además como personal era un asesor, un fiscal, un notario ó escribano público y un portero, en las provincias inclusive se nombraban subdelegados ó visitadores.¹¹

En 1680, las carreras de Medicina en que recibía el protomedicato eran: Médico, cirujano, flebotomiano, partera y farmacéutico, en el siglo XVIII eran las de médico, cirujano latino, cirujano romancista, flebotomiano, partera y farmacéutico, y en el primer tercio del presente siglo, las de médico, cirujano latino, cirujano romancista, flebotomiano, barbero, dentista, algebrista (compone huesos), hernista, partera y boticario.

¹¹ Cfr. Flores Troncoso, *Francisco de Asti. Ob. Cit., T. II, México, págs. 177-182*

El protomedicato no daba licencia para curar ni para vender medicamentos a ninguna persona que no tuviera los estudios que la ley exigía; por lo que a quienes ejercían sin título y licencia (curanderos y charlatanes) los impedía con multas desde quinientos hasta los dos mil ducados, además los desterraba del lugar de su residencia hasta diez leguas en contorno, y aún enviándolos por seis años a presidio; inclusive a partir de 1788 a los empíricos, charlatanes, así como a los supersticiosos se les perseguía por el Tribunal de la Inquisición.¹²

En el México independiente, existe una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los delincuentes que constituían problemas políticos, pero ningún orden jurídico total; hay humanitarismo en algunas penas, sin embargo se daba la muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos. Con la promulgación de la Constitución de 1812; se le quitó al Protomedicato la jurisdicción privativa y el carácter contencioso; suprimiendo así el juzgado del Protomedicato, por lo que ya no pudo conocer de los delitos contra la salud pública, encomendándose ésta atribución a los jueces letrados para resolver las cuestiones médico-legales que le pusieran; quedando reducida la jurisdicción de aquél a lo puramente económico y gubernativo.

¹² *Ibidem*: págs. 194-195, 218-219.

En 1819, el Ayuntamiento nombra una junta de sanidad para cuidar del ejercicio de la medicina, cirugía y de la farmacia, la higiene y la policía públicas y hospitalares; por lo que en 1820 el Protomedicato queda únicamente con atribuciones relativas a la enseñanza y ejercicio de la medicina, pudiendo además ilustrar a las autoridades como al Tribunal de la Inquisición en asuntos judiciales mediante peritajes de carácter puramente médico, aunque sin ser muy ilustrativos. Y en 1831 mediante un decreto se extingue el protomedicato creando en su lugar a la Facultad Médica del Distrito la cual únicamente sirvió como Junta examinadora. Cabe mencionar que a partir de 1830 existió una especie de Código Sanitario titulado 'Noticia de las leyes y órdenes de policía que rigen a los profesores del arte de curar.'¹³

3.1. Código Penal de 1871.

La primera codificación en materia penal se expidió en Veracruz por decreto de 8 de abril de 1835 aunque se dice que el primer código represivo fué el del 5 de mayo de 1869; no obstante en el Estado de México se redactó uno en 1831 el cual no llegó a tener vigencia. Igualmente en la capital del país en 1862 se designó una comisión para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos se interrumpieron por la

¹³ *Ibidem*, págs. 172, 173, 197, 202 y 481.

intervención francesa durante el imperio de Maximiliano, quien mandó poner en vigor en México el Código Penal Francés. Por lo tanto, en 1868 se formó una nueva Comisión conformada por los licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacóna, que se inspiró en el Código Penal español de 1870, y al año siguiente, el 7 de diciembre de 1871 fué aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y promulgado por Don Benito Juárez, comenzando a regir, para el Distrito Federal y Territorio de Baja California en materia común y para toda la República en materia Federal, el día 10 de abril de 1872; al cual también se le conoce como el Código de Martínez de Castro.¹⁴

De ésta manera el primer antecedente legislativo en el México independiente relacionado con la Responsabilidad Médica, lo tenemos precisamente en éste Código Penal de 1871 que en su artículo 11, fracción I establece:

“Hay delito de culpa:

Quando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión que aunque ilícitos en si no lo son por las circunstancias que producen, si el culpable no los evitó por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer

¹⁴ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 30a. ed., México, Edit. Porrúa, 1993, pág. 46.

las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias, o por impericia en arte o ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno.

La impericia no es punible cuando el que ejecuta el hecho no profesa el arte o ciencia que es necesario saber y obra apremiado por la gravedad y urgencia del caso.¹⁵

Con éste artículo nos podemos percatar de que no se habla específicamente de la Responsabilidad Médica; ya que el legislador quiso abarcar en éste mismo artículo varias conductas, dentro de las que podría caer precisamente la Responsabilidad Médica.

Asimismo, éste Código Penal, hace referencia expresa a la responsabilidad penal corporativa, pero manifestandose en contra de ella, en su artículo 33 que señalaba que la responsabilidad criminal no pasa de la persona y bienes del delincuente, aún cuando sea miembro de una sociedad o corporación.

¹⁵ Navarro Vega, Ignacio. *Dinámica del Derecho Mexicano: la Responsabilidad Penal de los Médicos en México*. Vol. 7; México; Procuraduría General de la República; 1976; pág. 88.

3.2. Código penal de 1929.

En 1903 el Presidente, General Porfirio Díaz, designó una Comisión, presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal, dichos trabajos acabaron en 1912, y dicho proyecto no pudo plasmarse debido a la Revolución Mexicana. Posteriormente siendo presidente Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, llamado también Código de Almaraz, y se fundó en la escuela positiva.

En éste Código hubo un cambio radical en cuanto al contenido de la Responsabilidad Médica, con base en el cambio de las circunstancias y apreciación sobre la actuación de los Médicos, ya que la opinión pública nacional y en general en todos los países se ha visto en las circunstancias de juzgar con mayor severidad a los médicos, por innumerables faltas cometidas en el ejercicio de su profesión así como la actitud de pacientes y la evolución de la técnica aplicable. De ésta manera, al promulgarse el Código Penal de 1929, en su capítulo octavo, titulado como 'delitos cometidos por los médicos, cirujanos, comadronas y parteros', de donde se desprende una exagerada defensa en contra de la actividad médica. Los artículos que lo conformaron, son los siguientes :

"Artículo 831. Cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la

integridad de una función vital, los cirujanos estarán obligados a recabar la autorización del paciente."

"Artículo 832. La aceptación expresa del paciente, podrá sustituirse por la de sus parientes o personas a cuyo cuidado se encuentre, cuando aquél esté incapacitado para manifestarla o cuando el estado de su salud haga temer fundadamente que le sobrevenga la muerte o un mal grave por causas emocionales."

"Artículo 833. El padre dará su consentimiento por sus hijos menores de edad. A falta del padre bastará la voluntad de la madre, y cuando el niño fuere huérfano, será necesario el consentimiento del tutor. Cuando éste lo negare o no pudiere otorgarlo, se recabará la autorización del Consejo Supremo de Defensa y previsión social o del juez penal del lugar."

"Artículo 834. Si se tratara de un casado, la aceptación podrá sustituirse por la de su cónyuge."

"Artículo 835. Cuando el paciente sea un enajenado, el médico deberá también consultar al alienista."

"Artículo 836. En todo caso el médico advertirá a las personas que otorguen su consentimiento, del resultado probable de la operación, sólo en caso de urgencia o cuando no se encuentren los parientes o las personas de que se hace mención anteriormente, será indispensable la aceptación previa."

"Artículo 837. La contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores se sancionará con seis meses de arresto a tres años de segregación y multa de quince a sesenta días de utilidad, imponiéndose además en caso de reincidencia, suspensión de un mes a dos años."

"Artículo 838. La suspensión de que habla el artículo anterior, se aplicará con el doble de sanciones mencionadas en el mismo artículo : cuando de la operación practicada sin los requisitos que exigen los artículos 831 y 832, resultare la muerte, la locura u otro mal trascendental en el paciente. Y si además resultare la comisión de otro delito, se observarán las reglas de acumulación."

"Artículo 839. Los cirujanos que practiquen una operación completamente innecesaria a juicio de los peritos, pagarán una multa de diez a treinta días de utilidad si no resultare daño trascendental, haciéndolo se duplicará la multa y se suspenderá al facultativo de seis meses a un año en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de aplicar las reglas de acumulación por delito que resulte consumado." 16

Como podemos observar, de éste título del Código Penal de 1929, a comparación de el de 1871, existe la suspensión temporal o definitiva del médico, asimismo, se fija una sanción

¹⁶ Navarro Vega, Ignacio Javier, *Ob. Cit.*, págs. 88-90.

por el daño que el médico pueda causar, sólo que precisamente la palabra 'daño' implica un problema de determinación jurídica; el cual de manera general implica un detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio; por ende, jurídicamente se caracteriza por una invasión prohibida en la esfera de libertad de una persona que tipifica un acto ilícito por acción u omisión y que provoca un detrimento, alteración, lesión, etc., en su persona, patrimonio, honor, etc.; ésto aún y cuando no se produzca un perjuicio directo, de ahí que su significación correcta venga a darse hasta los Códigos Civil y Penal vigentes.

A su vez, éste Código introdujo por primera vez el principio de la responsabilidad penal corporativa, disponiendo en su artículo 33 lo siguiente :

"La responsabilidad penal es individual. Cuando los miembros que constituyan una persona jurídica o formen parte de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, cometan un delito con los medios que las mismas entidades les proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, los tribunales decretarán en la sentencia, según proceda :

- I. La suspensión de las funciones de la persona jurídica.
- II. La Disolución de dicha entidad.

Cuando se trate de organismos administrativos del Estado, el Tribunal se limitará a dar cuenta al ejecutivo y al superior jerárquico de la entidad en cuestión."¹⁷

Se puede decir que dicha responsabilidad fué inoperante, en virtud de que no se enunciaron reglas y aplicación de penas a las personas morales, ni un enjuiciamiento en el Código Procesal.

3.3. Código Penal de 1931.

Como es de saberse, de acuerdo con el decreto del 2 de enero de 1931, el presidente Pascual Ortiz Rubio, promulgó el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Este Código, respecto de la Responsabilidad Profesional, ha experimentado modificaciones en la reforma publicada el 13

¹⁷ *Ibidem*: pág. 92.

de enero de 1984. De ésta forma, dicho tema se encuentra contemplado en el título décimosegundo, denominado 'Responsabilidad Profesional'; éste se encuentra dividido en dos capítulos denominados: 'Disposiciones Generales' y 'Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes'.

Como podremos observar, únicamente trataremos el capítulo I, en virtud de la relación que guarda con el tema de Responsabilidad Profesional Médica. Por ende el artículo 228 de dicho Código Penal expresa :

"Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso :

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

Además, junto a éstas reglas de responsabilidad se incluyen otros tipos penales de materia diversa a la Responsabilidad Profesional en un sentido estricto, ésto independientemente de que el título se llame 'Disposiciones Generales'. A saber el artículo 229 establece :

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

Asimismo, el artículo 230 trata otra figura que no tiene que ver específicamente con la Responsabilidad Profesional ya que sus sujetos activos son: directores, encargados o administradores de centros de salud; encargados o administradores de agencias funerarias; así como los encargados, empleados o dependientes de una farmacia.

Por ende, regresando al artículo 228 del Código Penal vigente, observamos que el tipo penal de Responsabilidad Profesional se aplica indistintamente tanto para profesionistas como para sus auxiliares, artistas o técnicos y sus auxiliares, donde a cualquiera de ellos se les aplicará la adición de la pena de suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional

respecto a otras consecuencias del delito consumado; así como la reparación del daño. Todo ésto es una aberración si tomamos en cuenta el grado de conocimiento de cada uno de estos sujetos activos.

Cabe agregar que si existe un título especial para abogados, patronos y litigantes que defienden entre otras cosas el patrimonio y libertad de los individuos, es indispensable un título especial para los profesionales de la medicina, quienes tratan con la integridad personal del individuo.

Asimismo el artículo 11 del Código Penal manifiesta el principio de responsabilidad penal de las personas morales dice:

“Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”

Este artículo es de trascendencia en el tema, ya que en el Fuero Federal, la Responsabilidad Profesional Médica la encontramos en instituciones como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

- 1.- Concepto de Responsabilidad.
- 2.- Concepto de Responsabilidad Profesional.
3. Clases de Responsabilidad Profesional.
 - 3.1. Responsabilidad Moral.
 - 3.2. Responsabilidad Jurídica

I. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

"La voz 'responsabilidad' proviene de 'respondere' que significa, *inter alia* : 'prometer', 'merecer', 'pagar'. Así, 'responsalis' significa : 'el que responde (fiador). En un sentido más restringido 'responsum' (responsable) significa : 'el obligado a responder de algo o de alguien'. 'Respondere' se encuentra estrechamente relacionada con 'spondere', la expresión solemne en la forma de la *stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación (Gayo, *Inst.*, 3, 92), así como 'sponsio', palabra que designa la forma más antigua de obligación."

Como nos podemos percatar, el concepto de responsabilidad no es exclusivo de la materia jurídica, sino que también es parte del lenguaje ordinario; de ahí que se atribuyan a ésta palabra cuatro sentidos específicos :

A) Como deberes de un cargo: Este sentido sugiere la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad.

B) Como causa de un acontecimiento.

* Véase, *Universidad Nacional Autónoma de México. Diccionario Jurídico Mexicano. T. VIII. México: UNAM: 1984*

C) Como merecimiento, reacción, respuesta: Responsabilidad en éste sentido, significa verse expuesto a, merecer, responder de, pagar por. Precisamente éste significado es el que recoge la dogmática jurídica.

D) Como capacidad mental: Fué encontrado responsable de sus actos.

Como se puede observar, los elementos fundamentales en cualquier Responsabilidad son una acción u omisión voluntaria o involuntaria; la cuál es productora de un resultado dañoso; de donde independientemente del carácter involuntario de dicha acción, no se borra el deber de responder, pues aunque el sujeto no haya querido realizar ciertos actos, o aún queriéndolos no haya previsto sus consecuencias, no lo exime de la reparación de los daños ocasionados.

Si recogemos el sentido que la dogmática jurídica le da a la Responsabilidad en general, nos podremos percatar de que existen dos formas de aplicación de éste concepto: La Responsabilidad Objetiva, Absoluta o teoría del riesgo creado y la Responsabilidad por Culpa.

Respecto de la Responsabilidad Objetiva, se dice que es una fuente de las obligaciones, por virtud de la cuál, aquél que

hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aún cuando haya procedido lícitamente, por ende la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño patrimonial, obligan al que se sirve de ellas, pudiendo ser el propietario, usufructuario, arrendatario o usuario en general; a reparar el daño causado en virtud de una relación de causa-efecto entre el hecho y el daño.¹⁹

Asimismo, encontramos a la doctrina de la culpa o responsabilidad subjetiva. Esta teoría se ocupa de estudiar los hechos ilícitos como fuentes de las obligaciones (delitos penales y civiles, y cuasidelitos penales y civiles.), fundándose en el elemento psicológico 'la intención de dañar' como base principal del delito, es decir, obrar con dolo o bien proceder sin intención de dañar, pero con culpa porque no se hayan tomado las precauciones necesarias, porque se incurra en descuido, negligencia o falta de previsión, lo que constituye la base de la responsabilidad en los llamados cuasidelitos, tanto desde el punto de vista penal como civil.

De esta manera se puede decir que delito civil es un hecho doloso que causa daño y que no está sancionado por el Código penal, teniendo como única consecuencia la reparación del daño; el cuasidelito civil es un hecho culposo que causa un daño, engendrando únicamente responsabilidad civil; el delito

¹⁹ Cfr. *Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, México, Edit. Porrúa S.A. : 1975 : págs. 274-279.*

penal es un hecho doloso que causa daño, sancionado por el código penal con una pena y/o una sanción pecuniaria; cuasidelito penal es un hecho culposo que causa daño y que está sancionado por el código penal mediante una pena y una sanción pecuniaria consistente en la reparación del daño.¹⁹

Como podemos observar, Rojina Villegas maneja sus propios conceptos de lo que debe entenderse por delitos y cuasidelitos civiles y penales, sin embargo, en el siguiente capítulo quedará determinado qué se debe entender por delito desde un punto de vista específicamente penal, en virtud de que el tema de tesis es eminentemente de carácter penal.

¹⁹ *Ibidem*; págs. 287-290.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

Como nos podremos dar cuenta, la Responsabilidad Profesional es un capítulo dentro de la Teoría General de la Responsabilidad y que se sujeta a las normas generales de ésta.

Para poder definir la responsabilidad profesional debemos atender primeramente, a lo que se entiende por profesionista, de acuerdo a la interpretación del artículo 1o. de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal:

"Profesionista es toda persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con ésta ley y otras disposiciones aplicables, otorgándosele para su comprobación un título profesional."

Asimismo, tomando en cuenta el concepto de profesionista, y el de ejercicio profesional que va quedó definido en el primer capítulo de éste trabajo de tesis, atendiendo al artículo 24 de la misma ley. (*Supra* pág. 16), podemos decir, que la responsabilidad profesional es:

"La obligación o deber que todo profesionista tiene de soportar la reacción del ordenamiento jurídico que viole al producir un daño, en el ejercicio de su profesión."

Por consiguiente, la Responsabilidad Profesional hacia la sociedad inicia en el momento en que se hace el juramento del buen desempeño de la profesión y desde su inscripción en la matrícula respectiva; en relación con el cliente es de naturaleza contractual, existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones que se presentan en dos vías, la de confidencialidad y la del deber de lealtad o secreto profesional.²⁰

Sin embargo, la Responsabilidad del profesional en relación a su cliente nacerá cuando exista algún tipo de daño en la persona, los bienes o intereses de aquellos que han requerido sus servicios, ésto independientemente de que la conducta del profesional sea dolosa o culposa. En consecuencia podrá existir una responsabilidad civil, penal y/o administrativa.

²⁰ *Cfr. López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. Ob. Cit., pág. 24*

3. CLASES DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

Es trascendente distinguir entre la responsabilidad moral y la Responsabilidad Jurídica en que puede incurrir cualquier profesionista en el ejercicio de la actividad que desempeñe.

3.1 Responsabilidad Moral.

Toda persona, como consecuencia necesaria de la libertad de la voluntad y de la imputabilidad fundada en ella, debe de responder de sus actos ante su conciencia, ante su entorno ético, y admitir las consecuencias ineludibles de su actuación.

En este aspecto, moralmente la persona sólo será responsable, cuando tenga el suficiente conocimiento moral y su voluntad no se trabe por algún impulso demasiado poderoso o por la sorpresa; asimismo, reducen o cancelan de plano la imputabilidad y la responsabilidad, diversos tipos de afecciones mentales.²¹

En vista de lo anterior, se sobreentiende la relación que guarda el ámbito ético de cualquier profesión con el ejercicio

²¹ Cfr. De la Garza Salazar, Jaime y o. *La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos*, 1995, pág. 20.

de los actos de su ejecutante, en lo que respecta a su responsabilidad moral.

3.2. Responsabilidad Jurídica.

La Responsabilidad Jurídica, se refiere el sometimiento de los hechos que de algún modo causan un daño a algún individuo, reacción jurídica que la sociedad tiene representada mediante determinadas autoridades, cuya finalidad consiste en la represión del mal causado, a través de la aplicación del derecho estatuido en diversos ordenamientos que tienen como objetivo el trasladar la carga del perjuicio ocasionado a un sujeto diferente del agraviado; el cuál habrá de sufrir con, sin y aún contra su voluntad, la referida reacción jurídica, por encontrarse en situación de responsabilidad.²²

En consecuencia, es indispensable que en toda responsabilidad jurídica, exista un resultado, para que se determine como tal; el cuál podrá ser de diversa índole y afectar a la sociedad entera o a una persona en particular, de ahí que la responsabilidad jurídica de un profesionista pueda ser principalmente civil o penal, sin hacer a un lado la existencia de responsabilidad administrativa en que algunos de

²² *Ibidem*: 20 y 21.

ellos puedan incurrir por el hecho de pertenecer a la categoría de servidor público.

La sociedad reacciona contra los hechos que la dañan, ofenden o ponen en riesgo los derechos que la protegen, mediante castigos que impone a sus autores, siempre y cuando éstos hayan actuado mal y por ende exista un grado de culpabilidad, de ahí que la responsabilidad penal reclame investigar y comprobar si existe o no dicho elemento del delito y ver si procede alguna pena o medida de seguridad para procurar justicia.

En base a lo anterior la Responsabilidad Penal es el:

“Deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.”*

En cambio, la responsabilidad civil no parte de un daño social, sino de un mal infligido a un individuo o varios en lo particular que se limitarán exclusivamente a solicitar ante los tribunales competentes, la reparación del daño o perjuicio ocasionado, ya sea al obligado por hechos propios (causante), al obligado por hechos ajenos de personas que dependan de él, o al obligado de la vigilancia del funcionamiento de cosas. En este tipo de responsabilidad lo que importa determinar es si

* Véase, *Universidad Nacional Autónoma de México, Ob. Cit. T. VIII*

existe o no un nexo jurídico de obligación entre dos sujetos, que pueda convertirlos a uno en acreedor y al otro en deudor, teniendo así una finalidad reparatoria para restablecer la situación patrimonial de la víctima.

Así encontramos que la responsabilidad civil se define como: "la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo."²³

Es menester afirmar que la responsabilidad penal no excluye a la civil ni viceversa y de hecho ciertos actos delictivos traen a su autor simultáneamente ambas responsabilidades. Inclusive, para poder determinar la responsabilidad penal es indispensable tener cierto conocimiento de los elementos de la responsabilidad civil que tengan aplicación a la primera.

Ignacio Galindo Garfias hace notar que: "la responsabilidad civil requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) un hecho ilícito, 2) la existencia de un daño, 3) un nexo de causalidad entre el hecho y el daño."²⁴

Atendiendo a los elementos antes mencionados, el Código Civil para el Distrito Federal (C.C.) en su artículo 1830 lo

²³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 3a. ed., México, Edit. Harla, 1984, pág. 262.

²⁴ Citado por De la Garza Salazar, Jaime y o. *Ob. Cit.* pág. 23.

define, mientras que en el 1910 determina cuándo genera obligaciones:

"Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

"Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

De ahí que el hecho ilícito sea una conducta antijurídica y causante de un daño, que impone a su autor la obligación de reparar daños. Por ende la antijuricidad que se engendre con la actuación del profesional puede ser considerado como un hecho antijurídico civil de derecho privado o un ilícito penal de Derecho Público, dependiendo la norma que se quebrante, pudiendo ser dicha conducta dolosa o culposa.

Esta conducta dolosa puede ser contractual de acuerdo con el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes." ó , en otra versión, se trata de la expresión extrema de culpa en el incumplimiento de las obligaciones, pudiendo ser ésta contractual o extracontractual.

Mientras que el obrar culposo es el incumplimiento de una obligación sin dolo ni mala fe, por alguna causa previsible y evitable, o también la acción u omisión que por imprudencia, ignorancia, impericia o negligencia, causa un daño a otro.

Asimismo, en la responsabilidad extracontractual recae la materia penal, donde la conducta ilícita pueda ser dolosa o culposa que no son más que las formas en que se puede manifestar la 'culpabilidad', el cuál es un elemento para configurar un delito, de ahí que nuestro código penal diferencie entre delitos dolosos y culposos; mientras que en materia civil, esas formas de actuación forman parte de una misma teoría, la de la 'culpa'. Asimismo, desde el punto de vista civil al obrar culposo en materia penal lo clasifica dentro de los llamados cuasidelitos como ya quedó manifestado en el primer tema de éste capítulo.

El segundo elemento de la responsabilidad civil lo ocupa el daño, el cual " se refiere no solo al menoscabo registrado por el perjudicado en su patrimonio o daño emergente, sino también al perjuicio que impide percibir las legítimas utilidades, o sea, el lucro cesante; y al daño infligido a valores no cuantificables en dinero, en cuyo caso se habla de daño moral."²⁵

²⁵ De la Garza Salazar, Jaime y otros. *Op. Cit.* pág. 28.

El último de los elementos mencionados es el nexo causal entre el hecho y el daño, que se traduce en la obligación de reparar o indemnizar los daños y perjuicios, o sea, la responsabilidad civil, que puede tener un origen contractual o extracontractual.

Cabe mencionar, que en materia penal, el nexo causal es el vínculo que une al resultado material con la conducta; de tal manera que al unirse estos tres elementos estaremos en presencia de un hecho ilícito, dentro del que encontramos a la conducta que es un elemento del delito.²⁶

Como podemos observar, la responsabilidad civil puede ser de naturaleza contractual o extracontractual (conocidas también en materia civil como responsabilidad o culpa contractual o extracontractual).

Se dice que hay responsabilidad extracontractual cuando se transgrede una norma de observancia general o ley, y que en consecuencia exista un daño (hecho ilícito); mientras que la responsabilidad contractual es la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de Derecho Privado.

²⁶ *Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág.148*

Al respecto hay disputas doctrinarias, ya que Rojina Villegas manifiesta que todas las fuentes de obligaciones son diferentes entre sí, mientras que Bejarano asegura fundadamente que aunque existen diversas fuentes de obligaciones, también es cierto, que todas tienen que ver con la violación de una norma jurídica, siendo así necesariamente hechos ilícitos, donde indudablemente se encuentran los delitos y cuasidelitos.

De ahí que, la responsabilidad delictual o cuasidelictual de un profesionista es de origen extracontractual ya que quedaria configurada a través de hechos ilícitos, esto sin perjuicio de una posible acumulación de responsabilidad: incumplimiento contractual por una parte y/o delito en el derecho penal por la otra ya que existe la violación de un deber, independientemente de la ejecución o inejecución de un contrato.

La importancia de éstos conceptos civiles radica, en que son la base para que en el siguiente capítulo pueda entenderse de una mejor forma la responsabilidad profesional penal en que puede en un momento dado incurrir el médico.

Por otra parte, se mencionó al principio de éste título que también puede existir *responsabilidad de los servidores públicos*, en virtud de que los profesionistas pueden caer dentro de la categoría denominada 'servidor público', que según el artículo 108 constitucional señala:

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude éste título, se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones..."

Por ende, se define que "la responsabilidad administrativa se exige a todos los servidores públicos, por atos u omisiones que afecten la legalidad, honrradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones."

En relación a lo anterior, si tomamos en cuenta que en algunos Institutos de salud, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como las leyes específicas de cada uno de dichos institutos de salud, y en complemento las leyes expedidas por la Secretaría de Salud; se desprende que, éste tipo de responsabilidad recae en las personas que desempeñen cualquier empleo dentro de dichos institutos, quienes estarán sujetos a

* Véase: *Universidad Nacional Autónoma de México, T. VIII*

las responsabilidades civiles, penales y administrativas en que pudieran incurrir como encargados de un servicio público. Al respecto, la responsabilidad profesional penal del médico en el fuero Federal tiene que ver exclusivamente, en que se trata de médicos-servidores públicos, de ahí que se haga mención a la de responsabilidad administrativa en que pudieren incurrir en el ejercicio de sus funciones.

En México, la Dirección General de Profesiones, es un órgano dependiente de la Secretaría de Educación Pública encargado directo de la vigilancia del ejercicio profesional, siendo además mediador entre el Estado y los colegios de profesionistas, teniendo dentro de sus funciones la de cancelar el registro de los títulos de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio así como publicar dicha cancelación, lo cual es una sanción de carácter administrativo, consecuencia de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir dichos profesionistas.

Asimismo, cuando el médico tiene la calidad de servidor público, las contralorías internas de las unidades de atención a la salud por parte del Estado, como la Auditoría General en el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social, tienen la facultad de tramitar ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, los expedientes de responsabilidad administrativa abiertos en contra de servidores públicos del Instituto, derivados de quejas, denuncias e inconformidades de los usuarios. Además de que si ésta unidad tuviera

conocimiento de hechos que impliquen responsabilidad penal, darán vista de ellos a la Secretaría y a la autoridad competente para el conocimiento de esos ilícitos.

En consecuencia, si de las investigaciones realizadas en la Secretaría apareciera la responsabilidad de los servidores públicos, informará a la contraloría interna de la dependencia de salud correspondiente, para que proceda a la investigación y sanción disciplinaria por dicha responsabilidad, si fuere de su competencia, ya que si se tratara de responsabilidades mayores, cuyo conocimiento sólo compete a la Secretaría, ésta se avocará directamente al asunto, informando de ello al titular de la dependencia y a la contraloría interna de la misma para que participe o coadyuve en el procedimiento de determinación de responsabilidad; de tal manera, que en vista de la falta administrativa que cometiera el médico, las sanciones podrán ser: apercibimiento, amonestación, suspensión, destitución del puesto, sanción económica o inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el ejercicio público.

CAPITULO III.

GENERACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL PENAL MÉDICA.

1. Responsabilidad Profesional Médica.

- 1.1. Bioética
- 1.2. Iatrogenia
- 1.3. Praxis y malpraxis

2. Responsabilidad Penal del Médico.

- 2.1. Conducta
- 2.2. Tipicidad
- 2.3. Antijuricidad
- 2.4. Imputabilidad
- 2.5. Culpabilidad
- 2.6. Punibilidad

3. Responsabilidad Individual, Solidaria y Colectiva

4. Delitos que se relacionan con la Responsabilidad Profesional Médica

I. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

El concepto de *médico*, deviene de la raíz '*med*' que tiene el sentido de 'pensar', 'reflexionar', de donde a su vez se desprende el término de '*medear*', que en lengua médica tiene el sentido de 'traer remedio', de donde proviene '*medens*' o '*médicus*' con varios significados: medicina, medicinalis, médico, medicar.²⁷

Retomando éste concepto podemos decir que el calificativo de médico o profesional de la medicina se atribuye a aquella persona que conforme a la Ley General de Profesiones haya concluido sus estudios correspondientes y demostrado tener los conocimientos necesarios que se exigen.

Asimismo, la responsabilidad del Médico es una forma de Responsabilidad Profesional, integrada a su vez por los principios generales de Responsabilidad, tanto en el ordenamiento civil como penal y/o administrativo, dependiendo de que el médico tenga el carácter de servidor público de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como otras disposiciones.

Según Gisbert Calabuig, "la Responsabilidad Profesional Médica implica la obligación que tiene el médico de reparar y

²⁷ Cfr. López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.* págs. 297-298.

satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión." ²⁸

Mientras que Lacassagne la define como: "la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte, faltas que pueden comportar una doble acción, civil y penal." ²⁹

Teniendo en cuenta estos dos conceptos podemos observar que, el médico que al ejercer su profesión, ocasione, culposa o dolosamente, alguna consecuencia perjudicial sobre su paciente, debe repararla en todos los ámbitos que señale la ley, es decir, penal, civil y/o administrativo. En consecuencia, para entrar al estudio de la Responsabilidad Profesional Médica, es indispensable saber cómo es que ésta se genera tanto en el aspecto doctrinal como legal, de ahí que se manejen conceptos como: bioética, iatrogenia, praxis y malpraxis.

²⁸ Citado por. De la Garza Salazar, Jaime y otros. *Ob. Cit.* pág. 110.

²⁹ Citado por. López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.*, pág. 259.

1.1. Bioética.

La Medicina es una ciencia cuyos conocimientos obligan a una permanente actualización y perfeccionamiento para cumplir con su fin principal, que es el de preservar la vida, la salud y el bienestar de los individuos, de ahí que para lograr éste fin se requiere que su ejecutor o profesional de la medicina, posea a su vez ética para poder orientar su conducta como tal y no caer en responsabilidad.

Ética deriva del griego '*etos*', que significa costumbre, y que indica todo aquello que el uso común ha aceptado, es decir, las normas que rigen la convivencia social. Si hablamos de ética profesional la usamos en el sentido de aquellas costumbres que son admitidas por los que ejercen tal profesión siendo norma y obligación ajustarse a ellas en el desempeño de la misma.

En el caso de los médicos, se aplica una especie de ética llamada '*Bioética*', que proviene de '*bios*' vida y '*ethos*' *ethika*. Se refiere al tratado de los principios fundamentales del comportamiento humano, que para su ejercicio, requiere voluntad libre y cabal conciencia, para la preservación de la vida y la realización de la búsqueda del bien común.³⁰

³⁰ Cfr. Velasco Suárez, Manuel. *Bioética y Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pág. 1.

Así la bioética se relaciona con la salud y los derechos a una vida digna en sus aspectos individuales y sociales, teniendo que ver indudablemente con las ciencias biológicas y psicológicas. De esta manera la bioética siempre debe estar presente en el médico, comenzando con la capacitación suficiente en su especialidad; independientemente de la condición socioeconómica, actividad y etapa de vida del paciente, ya que éste en virtud de la ley, tiene el derecho a la protección de su vida, integridad corporal y a la salud hasta el momento de morir, los cuáles quedan depositados en manos de los médicos que por ética, moral y obligación; son los directamente responsables de su cumplimiento; situación diversa de que por tener el carácter de garantías individuales, su procuración sea obligación del Estado.

De acuerdo con lo anterior, evidentemente se está en presencia de los derechos humanos más valiosos para el individuo, a saber, la vida y su salud; que serán logrados según la bioética a través de tres principios: Autonomía, que equivale a la libertad del paciente para decidir; no provocarle daño al paciente buscando únicamente su beneficio; y la justicia, que está íntimamente ligada a la distribución de los recursos del Estado y la sociedad, que permita dar protección a la salud de todos los individuos de un país, reconocido en el artículo 4o. constitucional.³¹

³¹ Cfr. De la Garza Salazar, Jaime y a. *Ob. Cit.*, págs. 84-87.

A parte de las garantías individuales otorgadas por nuestra constitución relacionadas con la actividad médica, existen acuerdos internacionales como el Código de Nuremberg, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica, que amparan precisamente los valores fundamentales de la bioética; donde los dos primeros tratan sobre principios médicos en materia de experimentación en seres humanos, así como valores morales que debe tener el médico; mientras que en el tercero establece los deberes de los médicos en general, deberes de los médicos hacia los enfermos y deberes de los médicos entre sí. Sin embargo, en México no existe hasta la fecha un Código de ética que norme la conducta de los médicos y que sirva de auxiliar para que la autoridad pueda determinar la existencia de responsabilidad profesional, ya que el incumplimiento de dichos deberes se traducen indudablemente en faltas médicas que en materia jurídica traen como consecuencia una responsabilidad profesional médica.

No obstante, existen deberes que por costumbre y lógica tienen los médicos, y que deben ser mejor conocidos en materia jurídica, así como los que tienen tanto los pacientes como los Institutos de Salud. Todos estos deberes son estudiados dentro de la Deontología, que estudia precisamente los deberes y la etiqueta profesional.

En cuanto a los deberes de los médicos hacia sus pacientes se consideran:

A) Velar por la vida y salud de su paciente: Este es el deber principal de cualquier médico, por ser los bienes más importantes en una escala de valores.

B) Elaboración de Historia clínica: En toda atención médica de pacientes hospitalizados o vistos en consultorios es obligatoria la elaboración de un expediente clínico, debiendo ser integrados adecuadamente, satisfaciendo así, las exigencias asistenciales, docentes y de investigación de una institución médica, que deberán mantenerse en forma indefinida y bajo el secreto profesional. La mayoría de las historias clínicas comprenden tres partes: la primera, con el interrogatorio de los antecedentes hereditarios y personales, enfermedad y estado actual; la segunda, con el estudio de los informes dados por el laboratorio y otros exámenes complementarios, así como especialidades consultadas; y la tercera que contiene el diagnóstico, tratamiento y evolución.³²

C) Asistencia al paciente: Se refiere al deber médico de pararse, detenerse para ayudar o socorrer a cualquier persona con necesidad de atención médica.³³

D) Reconocimiento de un diagnóstico: En base al resultado del examen del paciente, el médico formulará entonces un diagnóstico fundado en ciertos elementos comprobados o

³² Cfr. Achaval, Alfredo. *Responsabilidad Civil del Médico*. s.e. Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, págs.185-190.

³³ Cfr. López Bolado, Jungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.*, pag. 117

comprobables; pudiendo ser de urgencia cuando las circunstancias lo exijan ante la gravedad del caso o por la imposibilidad inmediata de medios auxiliares; terapéutico, que es el correlativo inmediato del anterior o en caso de que no haya sido definitivo se hará en base a la sintomatología; o definitivo, sobre la base de enfoques etiológico, semiológico, patogénico, con ayuda de medios auxiliares.³⁴

E) Tratamiento: Se refiere a la materialización de la asistencia, por lo que debe reunir ciertos requisitos: haber sido autorizado por las autoridades sanitarias e institución de salud respectiva y ser adecuado tanto al enfermo, como a la enfermedad. Cabe mencionar que el profesional de la medicina puede optar por el cambio de tratamiento si el anterior no da los resultados esperados o se modifica el estado del enfermo; todo con el fin de pronosticar la recuperación.³⁵

F) Deber de informar: Se refiere a la comunicación del diagnóstico, pronóstico y posibilidades del tratamiento. Este deber es a su vez un derecho del paciente con las características de ser información verdadera, leal, clara y adecuada hacia el paciente de acuerdo con el estado, situación socio-económica-laboral-cultural, comprensión o aceptación de su enfermedad, y al mecanismo de defensa ante la verdad. Conforme a esto, el paciente podrá ejercer su derecho a la

³⁴ *Ibidem*, págs. 117 y 118.

³⁵ *Ibidem*, págs. 118 y 119.

autonomía o voluntad (equivalente a la libertad en bioética), consistente en la ejecución o negación de seguir con las prescripciones del médico en caso de no considerarlas buenas.³⁶

Este mismo deber, al lado del derecho a la autonomía que tiene el paciente, se equipara de alguna manera con el respeto al consentimiento del paciente, ya sea que éste se de a través del contrato o sin él. Además, se encuentra fundamentado a través del artículo 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de Servicios de Atención Médica, que a la letra dice:

“Todo profesional de la salud, estará obligado a proporcionar al usuario y, en su caso, a sus familiares, tutor o representante legal, información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondientes.”

G) Derivación del paciente: Este deber del Médico, consiste en que al aceptar que no está en condiciones, por razones comprensibles, de asistir a un paciente o por no ser su especialidad la adecuada a la enfermedad de aquél, deberá hacerlo saber de inmediato e indicar qué tipo de especialista deberá consultar el enfermo, salvo cuando la atención es de urgencia no podrá abandonar al paciente hasta que éste sea

³⁶ Cfr. Lifshitz, Alberto. *Los Derechos Humanos del Paciente Hospitalizado*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, págs. 12-14.

atendido por el profesional adecuado o sea llevado para su asistencia a un instituto público o privado³⁷.

H) Interconsulta: De acuerdo con el estado y evolución del paciente, el médico podrá indicar la necesidad de una junta o interconsulta con otro u otros profesionales que sean más calificados en la materia.

I) Secreto profesional médico: Consiste en proteger el derecho a la confidencialidad que tiene el paciente respecto a la información que proporciona al médico y al resto del personal de salud. Sin embargo existirán límites del secreto absoluto, convirtiéndose en secreto relativo (orden público) cuando se contraponga a intereses sociales ya que los médicos tendrán la obligación de reportar a las autoridades sanitarias los casos de enfermedades transmisibles, y a las autoridades judiciales los que representen la posibilidad de un hecho delictivo.

Al respecto, cabe mencionar que algunos autores consideran al certificado médico como un deber del médico, sin embargo, si atendemos a su naturaleza, podremos observar que no es más que un instrumento que puede ser solicitado por el mismo paciente, sus representantes legales o por disposición legal, todo lo cual implica liberar al médico de mantener el secreto, además de que muchas veces el médico es sujeto de

³⁷ Cfr. López Bolado, Yungano y Bruno Paggi. *Ob. Cit.* pág. 120.

responsabilidad por otorgar certificados médicos sin examinar adecuadamente al paciente, y que muchas veces trae contrariedades.

J) Deber de prepararse y mantenerse actualizado en conocimientos que exige su rama de especialidad médica.

K) Deber de dependencia o lealtad a las instituciones: Como es de saberse, ciertos profesionales de la medicina al laborar en Instituciones de Salud, se encuentran en una relación de dependencia con la misma, que desde el punto de vista asistencial puede imponer deberes, para que su personal y en especial los médicos se mantengan dentro de los límites de su especialidad.

L) Observancia de la ley y reglamentos para regular el ejercicio de su profesión.

Evidentemente, si al médico se le atribuyen todos éstos deberes, también es cierto que los pacientes deben tenerlos:

A) Lealtad de información: Se refiere a que el paciente debe informar, fielmente, al médico de todos sus síntomas con el objeto de no finjir u ocultar un estado que no tiene.

B) Cumplimiento del tratamiento y nueva consulta: El paciente debe cumplir por sí o por quienes lo asistan el plan que el profesional ha ordenado. Asimismo, cuando el paciente

al ejercer su autonomía, decide consultar a otro médico, deberá ponerlo en conocimiento del médico que con anterioridad lo asistió; aquí evidentemente nos encontramos ante el respeto del derecho de autonomía que tiene el paciente.³⁸

En relación a éstos deberes, algunos autores manejan además el pago de honorarios ya sea al médico directamente o al organismo al que esté afiliado, sin embargo si atendemos a que el ejercicio profesional en algunos casos es gratuito, entonces no se manejaría como tal.

Cabe mencionar que las Instituciones de salud tienen ciertos deberes como: De asistencia, de cuidado, vigilancia y control, así como de provisión. Estos consisten en que dichas instituciones deben prestar asistencia a sus afiliados o empleados, así como reunir las condiciones exigidas a una institución de salud de acuerdo con las leyes vigentes e informar debidamente al paciente y/o a sus familiares sobre cuestiones administrativas y las inherentes al acto médico; asimismo debe de contar con todos los elementos materiales necesarios para la debida atención del paciente e inclusive con un personal de salud de excelente capacidad profesional y técnica.³⁹

³⁸ Cfr. López Bolado Yungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.*, págs. 124-125.

³⁹ *Ibidem*, págs. 127-128.

1.2. Iatrogenia.

Una vez estudiados la bioética, así como los deberes del médico, procedemos a conocer conceptos que servirán al Derecho para establecer una posible Responsabilidad Penal del médico. El primero de ellos, 'iatrogenia' ha sido objeto de varios significados partiendo de diversos puntos de vista y por lo mismo muchas veces confundido con los conceptos de 'praxis' y 'malpraxis'.

Etimológicamente deviene del griego *iattros*, médico; y *genia-genos*, dar origen; ó *tekhne iatre*, técnica médica. De acuerdo con esto, la Iatrogenia es el acto por el cual, el médico presta asistencia médica con el fin de prevenir enfermedades, curar, o rehabilitar al enfermo.⁴⁰

Epistemológicamente se refiere a que la medicina como conocimiento científico, pertenece a las ciencias naturales; regulada a su vez por ciencias culturales e históricas como el Derecho.

Doctrinariamente, se basa en el concepto de 'riesgo profesional' que es "...la suma de los accidentes que

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 322

sobrevienen fatalmente en una profesión cualquiera, independientemente de la culpa humana."⁴¹

De esta manera el concepto de Iatrogenia se configura por tres principios: la asistencia médica que implica prevenir, curar, rehabilitar, la imprevisión de todo acto médico y el riesgo profesional.

Por ende, para fines del derecho, decimos que la iatrogenia comprende los efectos nocivos, inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea; por lo que estará siempre implícita de posibles complicaciones que ocurren a pesar de haberse actuado con la debida técnica, diligencia, prudencia y con observación de la ley y que por lo tanto no es punible principalmente porque se trata de un 'acto humano'. Además, en muchos de los casos llegan a ocurrir accidentes, pero no por causa del médico sino porque la medicina ignora algo que puede ser nocivo y que por tener la característica de ciencia, su avance depende de varias circunstancias. De ahí que muchas veces exista Iatrogenia por parte del médico cuando actuó de una forma diversa a 'nuevos' avances en la medicina, aunque su deber sea el de actualizarse día con día, lo que en materia jurídica conoceríamos como caso fortuito.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 324.

1.3. Praxis y Malpraxis.

En este tema podremos observar que mientras que la iatrogenia es un problema de la medicina, ya que tiene que ver con su avance como ciencia y que por tanto el médico no puede prever sus lagunas; la responsabilidad médica es problema del hombre-médico frente al control legal de la sociedad.

Al respecto, Alfredo Achaval menciona que: "En la responsabilidad profesional la obligación del hombre-médico es -en términos generales- de medios y no de resultados, en la iatrogenia interesa el resultado, pero no es objetable el profesional, ni subjetiva ni objetivamente culpable, por el uso e indicación del 'medio', la *iatrogenia*; en cambio, en la falta de responsabilidad profesional, el 'medio' es objetable por culpa."⁴²

De ahí la relevancia de los conceptos de praxis y malpraxis en materia jurídica.

La praxis médica, se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del enfermo y los principios racionales del arte médico. El primer aspecto surge de la

⁴² Ob. Cit. Pág. 105.

relación médico-paciente y lo segundo tiene como punto de partida la Universidad y otros estudios superiores.⁴³

Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional o se cometen errores, queda configurada la malpraxis o mala práctica, siendo así la 'responsabilidad médica' propiamente dicha, que puede ser dolosa o culposa.

Según Shindell: "...la malpraxis tiene dos partes esenciales: una, que el médico deje de cumplir con su deber, y otra que, como consecuencia de ello, cause un perjuicio definido al paciente."⁴⁴

Hay ciertos autores que identifican a la praxis con la competencia y a la malpraxis como la incompetencia del médico, manifestando que la competencia profesional no es sinónimo de posesión titular de un certificado de estudios, lo cuál únicamente es un registro, sino más bien es el título profesional más la capacidad y actualización que en todo orden exigen los ordenamientos positivos y éticos vigentes. De tal manera que la incompetencia profesional se da cuando hay inobservancia de deberes dando lugar a faltas éticas y en consecuencia a delitos y daños en la persona o patrimonio del paciente.

⁴³ Cfr. López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.* pág. 62.

⁴⁴ Citado por, López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. *Ob. Cit.* Pág. 63.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO.

Al existir el incumplimiento de deberes por parte del médico, como ya se explicó en el capítulo anterior, caerá en consecuencia en malpraxis o responsabilidad profesional.

Como es sabido, un deber implica la obligación de cumplir con el mismo; y que puede devenir de fuentes como un contrato o la ley misma. De tal manera que cuando el médico viola ciertos preceptos jurídicos como lo es el caso de un tipo penal, indudablemente se tendrá que determinar si existe o no Responsabilidad Profesional; que como se ha observado, ya en el primer capítulo ha evolucionado notablemente dentro de nuestra legislación.

Evidentemente, la importancia de estudiar al médico como sujeto de Responsabilidad Penal radica en que trabaja directamente con la vida y salud del paciente, los más preciados bienes que el derecho tutela. De ahí que el determinar dónde principia y donde termina la Responsabilidad Penal médica no debe ser ni excesiva, en el sentido de dar una total impunidad al médico, ni tampoco el ser tan severos con ellos, ya que no se debe perder de vista que tanto en el ejercicio médico como en las demás profesiones, sus ejecutores son seres humanos; sino partir de un punto de vista intermedio, el cual le tocará definir

a la autoridad permitida para ello, que deberá de tomar en cuenta los principios fundamentales de la teoría del delito.

De acuerdo con esto, y retomando lo planteado en el capítulo II de ésta tesis, respecto a la Responsabilidad Jurídica de todo profesionista, así como atendiendo a la teoría del delito; Luis Jiménez de Asúa define a la Responsabilidad Penal como: "...es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativo-objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción y omisión típicamente descritas por la ley."⁴⁵

Por su parte, Rivera Silva define a la Responsabilidad como: "...la obligación que tiene un individuo a quien le es imputable un hecho típico, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad (dolo u omisión espiritual) y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción..."⁴⁶

En este caso, la responsabilidad penal, recae en el médico, la cual no debe confundirse con su responsabilidad civil emergente del delito que impone la obligación de indemnizar a la víctima del mismo que con el carácter de accesorio se rige

⁴⁵ Citado por, Navarro Vega, Ignacio Javier, *Op. Cit.*, pág. 52.

⁴⁶ *El Procedimiento Penal*, 14 ed., México, Edit. Porrúa, 1984, pág. 163.

por el derecho civil, pudiendose hacer efectiva sobre terceros, que no han intervenido en la ejecución del delito.

Atendiendo al artículo 7o., del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

No obstante, doctrinariamente se ha definido infinidad de veces el concepto de delito, atendiendo a sus elementos, por lo que existen diversos criterios, conformandose así concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.. Y para efectos de la Responsabilidad Profesional Penal del médico se observarán fundamentalmente los siguientes elementos del delito: la conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, así como las circunstancias excluyentes en el delito de Responsabilidad Médica.

2.1. Conducta.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."⁴⁷

De acuerdo con éste concepto, en la responsabilidad, el comportamiento del médico puede ser una acción o una omisión, de ahí que:

La acción, comisión o comportamiento positivo, es todo hecho o movimiento humano voluntario, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Mientras que la omisión o comportamiento negativo es la abstención de obrar o dejar de hacer lo que se debe ejecutar. De ésta manera, en los delitos de acción se hace lo prohibido, por lo que se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión será una ley dispositiva.⁴⁸

Atendiendo a lo anterior, la acción cuenta con tres elementos: Voluntad, actividad, y un deber jurídico de abstenerse o no hacer lo que la norma le prohíbe.

Los elementos de la omisión simple son: Voluntad (no ejecutar voluntariamente el movimiento corporal al no observar

⁴⁷ Castellanos, Fernando. *Ob. Cit.* pág. 149.

⁴⁸ *Ibidem.* *Ob. Cit.*, págs. 152-153.

el deber de cuidado), inactividad (la voluntad se encamina a no efectuar la acción ordenada por el derecho), y el deber jurídico de obrar o hacer lo que la norma dispone, donde se provoca un resultado puramente formal.

Los elementos de la omisión por comisión son: la voluntad (no ejecutar el movimiento corporal teniendo obligación de hacerlo o por no preveer lo que es previsible como en los delitos culposos), donde no se quiere el fin último, pero hay voluntad en el acto; la inactividad; y el deber jurídico de obrar o abstenerse (se viola una norma dispositiva, además de una prohibitiva por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material).

Respecto a la voluntad o no voluntad de los delitos de omisión o de comisión por omisión, Jiménez de Asúa, basado en el problema de causalidad dice que no pueden fundamentarse tan sólo internamente, sino externamente, en virtud de que la importancia del delito, depende de la acción esperada; de ahí que éstos delitos se planteen exactamente del mismo modo y forma que el hacer activo, solo que no en referencia a la omisión como tal, sino en relación a la acción positiva pensada y a su resultado, donde la omisión es causal en orden al resultado.⁴⁹

⁴⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho penal. México*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995, págs. 151 y 152.

Tomando en cuenta diversos puntos de vista, encontramos que la ausencia de conducta, se manifiesta por la existencia de fuerza física exterior irresistible, movimientos reflejos y por la fuerza mayor. Mientras que el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo y la demencia son más bien causas de inimputabilidad; asimismo, en la coacción moral como se obra en virtud de un miedo invencible más bien es un motivo de inculpabilidad.

Cabe mencionar que la excluyente correspondiente se encuentra en el artículo 15 fracción I del Código Penal:

" El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;"

2.2. Tipicidad.

"...El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."⁵⁰

⁵⁰ *Castellanos, Fernando. Ob. Cit., pág. 167.*

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Respecto a éste elemento del delito, 'la Responsabilidad Profesional médica' hasta la fecha no ha sido prevista como tal en el Código penal, sino que más bien éste delito, si lo existiera tiene que adecuarse al tipo de 'Responsabilidad Profesional' establecido en el Título Décimo Segundo, Capítulo Primero denominado 'Disposiciones Generales' en su artículo 228 del Código Penal vigente:

"Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos."

Al observar el tipo penal de 'Responsabilidad Profesional' nos podemos percatar que en él podrá caer cualquier profesionista; sin embargo en el siguiente capítulo del mismo

título están los 'Delitos de abogados, patronos y litigantes'; por ende las conductas delictivas de las demás profesiones quedan tipificadas en el tipo penal de 'Responsabilidad Profesional', y sin lugar a dudas el legislador no dió mayor relevancia a la profesión que trata con la vida y salud del ser humano; bienes que prevalecen sobre los demás en una escala de valores.

Inclusive, nos percatamos de que la Responsabilidad Profesional, únicamente existirá si se ejecutan otros delitos, por tanto la vida de éste tipo penal se subordina a cualquier otro delito que cometa el médico en el ejercicio de su profesión.

Como sabemos, los tipos penales pueden contener los siguientes elementos: objetivos, subjetivos y normativos.

Respecto al elemento objetivo, se trata del empleo de un verbo principal referido al comportamiento dentro de la descripción y que puede llegar a comprender un resultado, debido a que hay tipos que no tienen comportamiento; a este resultado se le conoce como sustantivo; a su vez, éste elemento puede llegar a comprender referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto (jurídico o material), al tiempo, al lugar, a la ocasión (corporaciones a las que el vilipendio se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de

peligro para un mayor número de agentes, desastres públicos, abuso de confianza o miseria en el hurto, etc.) y al medio.³¹

Aplicando lo anterior, de acuerdo con nuestro Código Penal, al tipo penal de Responsabilidad Profesional, encontramos que: "Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares... en el ejercicio de su profesión...". Lo anterior se refiere al sujeto activo, así como la referencia a la ocasión de que se deben de encontrar en el ejercicio de su profesión.

Mientras que para determinar el elemento objetivo se requiere desprender lo siguiente: "...serán *responsables* de los *delitos* que *cometan*... en los términos siguientes... Además de las sanciones fijadas para delitos que resulten consumados... se les *aplicará*..."

Como podemos observar, el elemento objetivo no se encuentra bien delimitado, por lo que se tiene que recurrir a las palabras claves resaltadas con letra cursiva, para comprobar que en dicho elemento existe tanto verbos como resultados y que en forma conjunta determinan que para ser responsable del delito de Responsabilidad Profesional y poderse aplicar sus sanciones, se debieron haber cometido otros delitos en el ejercicio de su profesión.

³¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Ob. Cit.*, pág. 166.

Continuando con el análisis del tipo de responsabilidad profesional, encontramos al elemento subjetivo, que según Jiménez de Azúa: "...se refieren a estados anímicos del autor en relación a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito..."³²

Lo anterior significa que el elemento subjetivo no es más que la intención o el fin, los motivos, las emociones o los sentimientos del sujeto; y aplicado al tipo penal de Responsabilidad Profesional sólo habla algo relacionado con ello en su primera fracción, donde manifiesta que los delitos principales que cometa el profesionista, independientemente de que sean dolosos o culposos se aplicará la misma sanción por Responsabilidad Profesional; por lo tanto el tipo penal no alude a elementos subjetivos específicos ni nada respecto a que se agrave su sanción si los delitos principales que se cometan sean dolosos o culposos, además de que si tomamos en cuenta el principio constitucional de que en materia penal, no se pueden aplicar penas por analogía ni por mayoría de razón entonces se aplicará siempre la misma penalidad, independientemente de las penas previstas para los otros delitos cometidos.

Con éste análisis del tipo de Responsabilidad Profesional, encontramos que por tener principios generales para cualquier profesionista, no se pone el énfasis suficiente en ninguna

³² *Ob. Cit.* pág. 167.

profesión en específico, como lo es el caso de la Responsabilidad Profesional Médica. En consecuencia debería crearse un tipo penal independiente, como el de Responsabilidad Profesional Médica, por virtud de los objetos o bienes jurídicos tutelados en el ejercicio de ésta profesión, a saber 'la vida y la salud', del cuál no se menciona nada en el actual tipo penal de Responsabilidad Profesional; inclusive faltaría determinar la pena en base a dos parámetros específicos; el primero, referido al elemento subjetivo del tipo penal que se relaciona con el dolo y la culpa, donde se manejaría la intención del sujeto; y el segundo, atendiendo al grado de preparación que tenga el sujeto activo en la actividad médica, ya que no puede recibir la misma penalidad un auxiliar de la medicina, que un médico profesionalista en la materia. De ahí que convendría el hacer un título especial en el Código Penal donde exista el tipo penal de Responsabilidad Profesional del médico, además de disposiciones anexas de delitos propios relacionados con su función y de sus auxiliares.

Cabe agregar que existen causas de atipicidad: " a) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente

exigidos, y f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial."³³

Esto quedaría fundado a través de la fracción II del artículo 15 del Código Penal:

"El delito se excluye cuando:

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;"

Con relación a lo anterior, Jiménez de Azúa menciona que la ausencia de tipicidad se basa en el principio de *nulum crimen, nulla poena sine lege*, no hay delito sin tipo, reforzado con la idea que como en materia penal no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no existirá entonces delito.³⁴

Puesto que el objeto de ésta tesis es la creación de un tipo penal de Responsabilidad Médica, convendría manifestar la propuesta de un tipo penal, como sigue:

³³ Castellanos Tena, Fernando, *Ob. Cit.* Pág. 175.

³⁴ *Ibidem*: pág. 173.

"El profesionista, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, y en general toda persona relacionada con la práctica médica serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de dicha actividad, como del poner en peligro evidente y comprobado la vida de un individuo; por impericia, negligencia o imprudencia; en los términos siguientes y sin perjuicio de lo establecido por la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resultn consumados, según sean dolosos o culposos; cuando se tratare de un profesionista se le aplicará suspensión de seis meses a diez años en el ejercicio de su profesión; y si se tratare de cualquier persona relacionada con la práctica médica se le aplicará suspensión de tres meses a cinco años en el ejercicio de la disciplina médica; pero en ambos supuestos podrá ser definitiva en caso de reincidencia

Cuando se hubiere actuado por impericia, negligencia o imprudencia poniendose en peligro la vida, se aplicará únicamente lo concerniente a la suspensión.

Para los efectos de ésta disposición, se entiende por:

a) Impericia: La insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o actividad, que importe un desconocimiento de los procedimientos más elementales.

B) Imprudencia: El obrar precipitadamente con actos inusitados y fuera de lo corriente, traducidos en la falta de cautela que la práctica médica exige.

C) Negligencia: Descuido u omisión en la ejecución de la medicina, ya por no guardar la precaución necesaria o por indiferencia en el acto que se realiza.

II. Estarán obligados a la reparación del daño por actos propios; pero si se tratare nde profesionista, además lo estará por los actos de sus auxiliares cuando éstos obren de acuerdo a las instrucciones de aquellos; mientras que las personas relacionadas con la práctica médica además estarán obligadas solidariamente con quien hubiesen colaborado a sabiendas de que el hecho era ilícito."

2.3. Antijuridicidad.

Otro elemento del delito es la antijuridicidad que se refiere a la contradicción objetiva de lo que dispone o prohíbe una norma del derecho, de ahí que en materia penal la antijuridicidad

sea la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.”

En éste caso existirá Responsabilidad Profesional Médica, cuando la conducta del profesional de la medicina sea antijurídica, es decir, cuando transgreda el contenido del artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, teniendo en cuenta que aunque no se exprese en éste, el bien jurídico tutelado en la Responsabilidad Profesional será el bienestar de la colectividad, esto atendiendo a que la antijuricidad puede ser formal o material (transgresión a una norma establecida por el Estado y contradicción a los intereses colectivos, respectivamente); aunque si el tipo penal fuera exclusivamente referido a la Responsabilidad Médica, estaríamos en presencia de los bienes jurídicos de la vida y la salud.

Cabe mencionar que el aspecto negativo a la antijuricidad son las causas de justificación o actos realizados conforme a derecho y que por ello hacen desaparecer la antijuricidad. Además de que nuestra legislación penal no las distingue de las demás excluyentes de responsabilidad, reuniendo sin distinguos a la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad que conforman juntas las excluyentes de responsabilidad. No

³³ *Cfr. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., págs. 177 y 178.*

obstante, la ley considera como causas de justificación: la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, considerando además el consentimiento de la víctima. De éstas han surgido diversos puntos de vista relacionados a cuáles son las que se pueden aplicar específicamente en la Responsabilidad Profesional Médica, donde el legislador ha omitido especificar las causas justificantes en este caso en específico.

En relación a lo anterior, dentro de las causas de justificación tratadas por el legislador, no se especifican los casos de tratamiento médico quirúrgico que según Jiménez de Asúa se trata de toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de la persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados; que en base a el fin reconocido por el Estado (protección de la salud), la esfera de libertad que el Estado deja a los individuos (falta de figura delictiva) y la justificación suprallegal (excluyentes de responsabilidad no especificadas por la ley); debería plantearse como causa de justificación específica, sin embargo, este problema se ha solucionado con la aplicación de las causas de justificación de estado de necesidad, y el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.⁵⁶

⁵⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Ob. Cit.*, págs. 207-209.

Respecto al estado de necesidad y cumplimiento de un deber, el artículo 15, fracciones V y VI del Código Penal menciona:

"El delito se excluye cuando:

V.-Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere del deber jurídico de afrontarlo

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro."

Con respecto a las lesiones a consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos, Castellanos menciona que se han tratado de justificar desde diversos puntos de vista; el primero, a través del consentimiento del paciente o de su familia, lo cual no es posible si consideramos que el derecho penal es de derecho público; otros lo justifican por la ausencia de dolo, lo cual es irrelevante, ya que basta que el sujeto activo se proponga producir la lesión; por último dice que se justifica con el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, lo cual critica

diciendo que ésto no es posible ya que si atendemos a ésto, no quedarían amparadas por ésta justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, los auxiliares y sus semejantes en una operación de emergencia; por lo que considera que más bien se trata de un estado de necesidad.⁵⁷

Contrariamente a ésta posición y con fundamento en que toda eximente es la realización de un acto que en condiciones ordinarias debería de ser considerado como delito, Villalobos manifiesta que la ejecución de un acto de carácter generalmente prohibido pero con el deber o con el derecho de ejecutarlo (ya sea por el ejercicio de una función, cargo público, profesión reconocida, de una orden o de una autorización expedida por quien tenga competencia para ello) en condiciones especiales, es decir con la presencia de un concurso de intereses que obliga a optar por el más importante, procederá la justificante de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho de manera formal (autorización oficial expresa o tácita) y el estado de necesidad de manera material (preponderancia de intereses).⁵⁸

Podemos decir que atendiendo a los razonamientos planteados con anterioridad, el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho si se pueden aplicar como excluyente de responsabilidad en el caso de los médicos y sus auxiliares

⁵⁷ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. *Op. Cit.*, págs. 211, 214-215.

⁵⁸ Cfr. Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 5a. ed., México, Edil. Porrúa, 1990, págs. 553-558.

(lesiones, secreto profesional, entre otros.), si tomamos en cuenta que el médico está ejerciendo la medicina como derecho autorizado por la ley, y que por tanto cumplió con su deber (procurar la vida y la salud), siempre limitado hasta lo previsible, afrontando el riesgo y sin incurrir en malpraxis, ya que en razón de su profesión el médico está predispuesto a cometer errores que no constituyen delito por su naturaleza iatrogénica; donde si se cumplen con los elementos planteados por la ley: a) la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, b) siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y c) que el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho no se realicen con el sólo propósito de perjudicar a otro; ciertamente el médico podrá valerse de ésta causa de justificación.

Apoyando ésta postura si partimos del principio de que el médico busca aliviar o curar al paciente, y si para el desempeño de su actividad observa las reglas aconsejadas por la técnica de su profesión, actuando adecuadamente, sin incurrir en negligencia o imprudencia, o error culposo, resulta indudable que tiene la obligación de afrontar el riesgo profesional, cualquiera que sea el resultado de su actuación.

Asimismo Ricardo Luis Lorenzetti afirma que: "...en un ejercicio de la medicina sin pericia, sin diligencia, sin cuidado, entraña un ejercicio legítimo por abusivo. Esta postura

significa la adopción de una antijuricidad de tipo subjetivo, en la medida en que requiere para su conformación típica elementos propios de la culpabilidad (impericia, negligencia)."³⁹

Mientras que si atendemos a los elementos del estado de necesidad: a) una situación de peligro, real o inminente; b) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado, es decir, propio o ajeno; c) que el bien jurídicamente tutelado que se lesione sea de menor o igual valor que el salvaguardado; d) que la conducta no se ocasione dolosamente; e) ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial; f) que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. Podremos darnos cuenta, que ésta excluyente de responsabilidad únicamente podrá aplicarse a toda aquella persona que no tenga el deber jurídico de actuar.

Respecto al consentimiento como excluyente de responsabilidad profesional, la fracción III del artículo 15 del Código Penal establece:

"El delito se excluye cuando:

³⁹ *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Argentina, Robinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1986, pág. 211.

Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;"

Al exigirse que el bien jurídico sea disponible, se entiende que la vida y la salud del paciente no son bienes jurídicos de los que pueda disponer de ninguna manera el médico, ni siquiera el titular de los mismos, ya que es un derecho inherente al ser humano; del que se han inusitado diversas polémicas cuando se dice que el paciente puede disponer de su vida y su salud como quiera. No obstante, surgen problemas como en el caso de cambio de sexo y cirugía plástica, entre otros, donde el médico se podría amparar del consentimiento del paciente, siempre y cuando en la cirugía no incurra en malpraxis.

Sin embargo cuando se trata de salvar la vida del paciente efectuando alguna operación que tal vez puede quitarle la vida

muchas veces se pide su consentimiento, pero entonces aquí entraríamos a la preponderancia de intereses cayendo en el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho del médico.

2.4. Imputabilidad.

La imputabilidad es la "...capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal."⁶⁰

De acuerdo con esto, para que el profesional de la medicina sea culpable de una conducta, debió indudablemente de actuar en base a su querer y entender, determinado por su estado de salud mental o su desarrollo físico.

Asimismo, Castellanos determina la diferencia entre la imputabilidad y la Responsabilidad, manifestando que la Responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado, que resulta de la relación sujeto-Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley por su conducta, mediante una sentencia. Mientras que son imputables únicamente los que tienen desarrollada la mente y no padecen

⁶⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Ob. Cit.*, pág. 218.

alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer.⁶¹

En consecuencia, existen causas que excluyen la imputabilidad o causas de inimputabilidad en la fracción VII del artículo 15 del Código penal:

"El delito se excluye cuando:

VII.-Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de éste código;"

Sin embargo, el legislador no especificó lo que debe entenderse por trastorno mental y por desarrollo intelectual retardado. En relación a ésto, Castellanos Fernández manifiesta que:

⁶¹ *Ibidem*, pág. 219.

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, pero la ley no distingue entre los trastornos mentales transitorios de los permanentes; sin embargo no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente, la ley es cuidadosa al referirse a un trastorno mental de tal magnitud, que impide al agente comprender el carácter ilícito del hecho. Asimismo quedan comprendidos los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que por ésta causa les impida comprender el carácter ilícito del hecho aún.⁶²

Puesto que al médico, con el otorgamiento de su título y su permiso para ejercer la medicina, se le reconoce indudablemente capacidad o imputabilidad en cualquier orden y sobre todo en el ejercicio de la medicina; es entonces casi imposible que un médico, en el ejercicio de su profesión sea inimputable y que por ésta causa haya cometido un daño sobre su paciente.

2.5. Culpabilidad.

La Culpabilidad es "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."⁶³

⁶² Cfr. Castellanos Tena, *Fernando. Ob. Cit.*, pág. 226 y 227.

⁶³ *Ibidem*, pág. 234.

Asimismo, partiendo de la idea de que la culpabilidad en materia penal deviene de la teoría de la culpa, se puede manifestar en dos formas: dolosa y culposa.

Dichas formas de culpabilidad se encuentran definidas en el artículo 9o. del Código Penal:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

De acuerdo con esto, podemos decir, que el médico puede ser autor de delitos en el ejercicio de su profesión como el aborto, violación de secreto, la extensión de certificados falsos, prescripción de estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica, pero que serán tratados en su momento. Otras veces podrá cometer delitos dolosos o culposos donde la conducta delictiva es completamente indiferente al título profesional como el fraude.

Hay casos, donde un médico amparado y aprovechando su condición profesional, comete delitos de carácter doloso, es decir, que voluntaria y premeditadamente viole algún deber, ejecutando en algún paciente, una conducta tipificada por el Código Penal, que tiene como consecuencia una responsabilidad profesional. Al respecto, se han planteado tres tipos de dolo: Directo, indirecto y eventual.

El dolo directo es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado (voluntariedad en la conducta) y lo quiere; el dolo indirecto se manifiesta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho; y el dolo eventual existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de ello, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.⁶⁴

No obstante, la mayor incidencia de Responsabilidad Profesional deviene definitivamente de la conducta culposa del Médico.

La conducta culposa del médico puede manifestarse de dos maneras: Consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación. La primera existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como

⁶⁴ Cfr. *Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 240.*

posible (voluntariedad de la conducta causal), que no quiere e inclusive abriga la esperanza de que no ocurrirá (representación de la posibilidad de un resultado). La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación es una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable (voluntariedad de la conducta causal), pero mediante la cuál se produce una consecuencia penalmente tipificada (no hay representación del resultado de manera previsible).⁶⁵

Esta última clase de culpa se refiere a la falta de diligencia o prudencia con la que puede obrar el médico y que antiguamente se le clasificó según la mayor o menor facilidad de preveer, como lata (cuando no se emplea la diligencia que todos los hombres, aún los menos cuidadosos, suelen poner en sus cosas, es decir cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona), leve (cuando no se pone la atención y el cuidado que ordinariamente se acostumbra o pondría un buen padre de familia o por alguien cuidadoso) y levisima (cuando no se pone la diligencia que pondría una persona vigilante y cuidadosa o muy diligentes).

Actualmente, atendiendo al artículo 60 del Código penal, la calificación de la gravedad de la culpa queda al arbitrio del juez tomando en cuenta ciertas circunstancias señaladas en el mismo y en el artículo 52. No obstante, la culpa del médico sería la considerada como leve, en virtud que la tiene ya que el

⁶⁵ *Ibidem*: pág. 247.

médico es ese hombre que por virtud de ser profesional, pondrá su atención de alguien cuidadoso.

La culpa inconsciente, también ha sido definida como: "...la acción u omisión que por imprudencia, ignorancia, impericia o negligencia, causa un daño a otro."⁶⁵

Estos conceptos, aunque de carácter civil, son adecuados para determinar cuándo se da la culpa inconsciente y por lo tanto es necesario definirlos:

a) Jiménez de Azúa dice: "...La imprudencia supone obrar, emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos..."⁶⁷

De acuerdo con éste concepto y aplicado a la Responsabilidad Médica, podemos decir que la imprudencia no es más que la actuación precipitada, o falta de cautela que la prudencia exige, sin tomar las adecuadas precauciones que se requieren en la atención médica así como en sus consecuencias; y que se puede deber por la falta de experiencia, comprensión del caso, o el no saber qué hacer.

b) "La negligencia estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales o en los de la vida ordinaria."⁶⁸

⁶⁵ De la Garza Salazar, Jaime y otros. *Ob. Cit.*, pág. 24.

⁶⁷ *Ob. Cit.*, pág. 253.

⁶⁸ *Ibidem.* pág. 253.

En consecuencia, la negligencia médica es la falta de cuidado, descuido u omisión en la ejecución de la medicina, ya sea porque el médico no guarde la precaución necesaria (hacer) o por indiferencia en el acto que realiza (no hacer).

La negligencia en la mayoría de los casos se da en cirugía, obstetricia, neonatología; alergia medicamentosa; historia clínica; o en el mismo abandono.

c) La impericia es según Oderigo "...la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importe un desconocimiento de los procedimientos más elementales..."⁶⁹

Por consiguiente la impericia puede deberse por la falta de aptitudes, habilidades, práctica, así como por la ignorancia que no es más que el desconocimiento de algún hecho, cosa, técnica u oficio. De ahí que en el caso del médico, la impericia se presenta generalmente en terapéuticas peligrosas, en casos de cirugía, anestesiología; o por errores de diagnóstico o tratamiento.

Cabe mencionar que por lo regular las distintas formas de la culpa médica inconsciente, en los casos de Responsabilidad Profesional Médica, se presentan juntas, de ahí que en la

⁶⁹ Citado por: López Balado, Jorge. *Los Médicos y el Código Penal, Argentina*, Edit. Universidad, 1987, pág. 95.

práctica sea difícil distinguir entre ellas, en virtud de su relación tan estrecha. A su vez, hay autores que determinan que otra forma de dicha culpa sea la inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo; no obstante si tomamos en cuenta que para que exista culpa se debe estar en presencia de la imprudencia, impericia o negligencia y que no siempre en una falta a un reglamento existe, entonces no podemos considerar a la inobservancia de reglamentos como una causa más de culpa.

Tomando en cuenta que la culpabilidad debe constituirse por los elementos intelectual y volitivo, entonces las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho que ataca el elemento intelectual y la coacción sobre la voluntad que afecta el elemento volitivo y que por tanto absuelven al sujeto en el juicio de reproche.⁷⁰

Atento a lo anterior así como otras opiniones doctrinarias, se manejan como causas de inculpabilidad, la no exigibilidad de otra conducta y el error de hecho invencible. Respecto a la primera, el artículo 15 fracción IX del Código Penal dice:

“El delito se excluye cuando:

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente

⁷⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Ob. Cit.* págs. 258 y 259.

exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;"

De ahí, que sea difícil que la intervención del médico sea sin su voluntad, a menos que existiera una coacción sobre la voluntad o una causa externa que sea capaz de producir una reacción de temor suficiente para pensar en la causación de un daño, lo cuál es más conocido como temor fundado.

En relación al error, debemos tener en cuenta que se trata de un conocimiento falso e incorrecto de la verdad, que se conoce pero equivocadamente. Existe error de hecho y de derecho, el segundo no produce efectos de eximente ya que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica su violación; mientras que el primero si exige de inculpabilidad tal y como lo apreciamos en la fracción VIII del artículo 15 del Código penal:

" El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código:"

"Art. 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso A de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso B de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate."

De acuerdo con éstos artículos el error esencial de hecho para tener efectos eximentes debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa; de tal manera que el sujeto cae en error esencial cuando actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente por desconocimiento de la antijuricidad de la conducta y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

Asimismo, el error se divide en dos clases: de tipo y de licitud, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal donde el agente ignora obrar típicamente; o sabiendo que obra típicamente, cree hacerlo

protegido por una justificante. Cabe mencionar, que el error accidental (en el golpe, en la persona, o un suceso) como no cae sobre las circunstancias de hecho no elimina la culpabilidad.⁷¹

De ésta forma, el artículo 15 del Código Penal, fracción VIII en su apartado A se refiere al error de tipo; mientras que el apartado B se refiere al error de licitud.

Aplicando lo anterior a la Responsabilidad Médica podemos decir que el error excusable de responsabilidad implica la falta de culpa y la existencia de una razón admisible para equivocarse, lo cuál difícilmente se podría aplicar en la conducta del médico, ya que cuándo ejerce, su única finalidad es "curar" y aunque no supiera de la existencia de tipos penales o de una conducta ilícita que devenga de su actuar, si sabe que en sus manos está la salud y la vida de su paciente donde si no actúa con toda su cautela llegando a lesionar o a un homicidio se trata de escudar de que por el ejercicio de su profesión está fuera de toda culpa; por lo que la ley prevé el homicidio y lesiones culposas.

Cabe mencionar, que cuando se habla de el riesgo profesional, nos estamos refiriendo a la imprevisibilidad o inevitabilidad, es decir, cuando se trata de un hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del médico; lo cuál se aplica

⁷¹ *Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit., págs. 260, 261, 263-264.*

sobre todo en ésta profesión, ya que el médico sólo será responsable de sus actos hasta donde éstos sean previsibles y evitables. De ahí que estemos en presencia de ésta situación en los casos de iatrogenia y no en los de malpraxis donde difícilmente existirá error que excluya la responsabilidad.

Respecto al caso fortuito, Ricardo Luis Lorenzetti, dice que se trata de una causa ajena al médico, como lo sería la enfermedad del paciente, el cuál también debe ser un acontecimiento, imprevisible, inevitable, actual e imputable a la conducta del médico, que podrá presentarse al mismo tiempo con el riesgo profesional o con la culpa del médico.⁷²

Sin embargo, no podemos decir que toda enfermedad sea un caso fortuito, ya que en algunas de ellas, la ciencia va muy adelantada, pero en los casos en los que no lo está estaremos más bien en un caso de iatrogenia que cae evidentemente dentro del campo del riesgo profesional. No obstante, lo que si podríamos tomar como caso fortuito sería el fracaso del tratamiento; no porque no haya sido indicado correctamente, sino por la conducta del enfermo, que no lo siguió a la letra o simplemente no lo lleva a cabo, o en los casos en que lo interrumpe porque decide cambiar de médico o institución médica; o porque simplemente el estado, resistencia o la respuesta que pudiera tener el paciente ante el tratamiento

⁷² *Cfr. Ob. Cit.* págs. 273-277.

administrado, ya que no todos los organismos responden de la misma manera.

En nuestro Código Penal, el caso fortuito se toma como excluyente de responsabilidad a través de su artículo 15, fracción X:

" El delito se excluye cuando:

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito."

2.6. Punibilidad.

La punibilidad es el merecimiento de una pena, en virtud de la ejecución de un delito.

De acuerdo a lo anterior, y al punto de vista de varios autores la punibilidad solo es la consecuencia del delito, no un elemento del mismo; mientras que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

En el caso de la Responsabilidad Profesional, tomando en cuenta la fracción I y II del artículo 228 del Código Penal, las penas son las siguientes:

"Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables...

I. Además de las sanciones fijadas para delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos."

Como es de observarse existen en caso de Responsabilidad profesional dos penas específicas, a saber, la suspensión en el ejercicio de la profesión y la reparación del daño.

En lo concerniente a la suspensión en el ejercicio de la profesión se aplicará indistintamente, se trate de profesionistas y sus auxiliares; lo cual no es correcto si partimos de la visión de que por el hecho de que el profesionista es una persona más preparada que sus auxiliares, tenga que acatar la misma pena que éstos. Asimismo, la pena será la misma, independientemente de que los delitos principales cometidos por el profesional o sus auxiliares sean dolosos o culposos; lo cual también es injusto, ya que los delitos culposos deben atacarse pero en menor grado que los dolosos.

De la naturaleza del artículo 228, podemos decir que cuando el médico incurre en responsabilidad profesional, su suspensión o inhabilitación es especial, ya que se trataría más bien de una pena accesoria al delito principal que se consuma y que podrá ser temporal o definitiva, lo cuál quedará al arbitrio del juez, que tomará en cuenta la gravedad del los delitos relacionados con el ejercicio profesional médico y el grado de culpabilidad, en términos del artículo 52 del Código Penal vigente. En vista de lo anterior, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito determina que el caso de responsabilidad médica es más bien una circunstancia agravadora que un delito que resulte consumado y no un tipo penal autónomo, como a continuación se reproduce:

"RESPONSABILIDAD MEDICA."

"CIRCUNSTANCIA AGRAVADORA Y NO"

"TIPO PENAL AUTONOMO."

"El análisis del contenido del artículo 228"

"del Código Penal Federal, lleva a la"

"conclusión de que no contiene los"

"elementos de un tipo penal autónomo,"

"sino que describe una circunstancia"

"personal del sujeto activo, como lo es la"

"profesión, y a virtud de ello la"

"procedencia de una penalidad accesoria"

"caso de resultar responsable de la"

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

Primer Tribunal Colegiado en Materia
Penal del Primer Circuito, tesis
jurisprudencial, tomo X, noviembre
de 1991, amparo en revisión, pág. 306.

Anteriormente, a las reformas que sufrió el artículo 60 del Código Penal, la tesis jurisprudencial, emitida por la Primera Sala en el informe de 1980, número 71, página 38 por amparo directo, manifestaba que la suspensión para ejercer la profesión de médico estaba considerada tanto en dicho precepto que sancionaba los delitos imprudenciales, como en el artículo 228 del mismo ordenamiento, aunque no por ello se trataba de dos delitos, uno cometido por imprudencia y otro intencional, fundamentándose en que el segundo no tiene los elementos de un tipo penal pero si una circunstancia que hace operar una agravación de la sanción.

De acuerdo con esto, el artículo 60 establecía:

"Los delitos de imprudencia se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o

privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio..."

El artículo 60 de la Ley Penal vigente determina:

"En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico de delito doloso, con excepción de aquellos que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delito culposo solo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este código."

En lo que respecta a la Responsabilidad Médica, únicamente, podrían aplicarse ese tipo de suspensión en los casos de los artículos 290, 291, 292, 293 y 302, referentes a los tipos penales de lesiones y homicidio culposos, que en ejercicio de su profesión podrá cometer el médico. De ahí que fuera de éstos casos, la suspensión que deberá ser aplicada a

consecuencia de otros delitos, será la predispuesta por el artículo 228, del Código penal vigente.

Por otra parte, aunque la Responsabilidad Profesional, sea considerada como agravante y no como tipo penal autónomo por la jurisprudencia; sería inadecuado que dejara de existir como tal en el Código Penal, porque de lo contrario, se tendría que preveer en forma enunciativa, en qué delitos puede incurrir el médico y en consecuencia, manifestar en cada uno de ellos la suspensión cuando se trate de un profesional médico, donde de alguna manera estaríamos limitando su responsabilidad para otros delitos que ni siquiera se le hubiesen ocurrido al legislador, y que al ser cometidos por el médico, ya no estaría en presencia de una conducta delictuosa. De ahí mi propuesta antes descrita en el subtema de tipicidad, donde manifiesto que más bien se debe manejar un tipo penal autónomo de responsabilidad profesional médica, donde se deje la posibilidad de que el médico pueda incurrir en cualquier delito previsto en el Código Penal, siempre y cuando se halle en ejercicio de su profesión. Además de que considero que el problema tratado en jurisprudencia es más bien de punibilidad y no de tipicidad.

Por lo que respecta a la fracción II, del artículo 228, tenemos a la reparación del daño a la que estarán obligados los

profesionistas, como pena accesoria de la ejecución del delito de Responsabilidad Profesional e inclusive cuando sus auxiliares obren por instrucciones del profesional, que en éste caso será el médico.

En vista de lo anterior, Arilla Bas Fernando manifiesta que la reparación del daño también es conocida como acción civil, para diferirla de la acción penal. Por ende, la acción civil derivada de un delito, no puede funcionar sino en correlación con la acción penal, de ahí que se le considere como de carácter accesorio de la acción penal y que se puede hacer valer contra todo aquél que está obligado por la ley al pago de la reparación del daño (inculpado -reparación del daño- o alguno de los terceros enumerados en el artículo 32 del Código penal -responsabilidad civil-); de ésta manera la reparación del daño por ser pena pública, será solicitada por el Ministerio Público en el Proceso, mientras que la responsabilidad civil se tramitará por el mismo ofendido mediante un incidente por separado del procedimiento penal; de ahí que en el caso de que deje de existir el proceso penal, en consecuencia la pena pública de reparación del daño se extinguirá, no así la responsabilidad civil.⁷¹

⁷¹ Cfr. *El Procedimiento Penal en México*, 13a. ed., México, Edit. Kratos, S.A. de C.V., 1991, págs. 29-32

En éste caso, cuando el Médico, se halle en responsabilidad médica a consecuencia de otro delito consumado, no solo se le aplicará suspensión sino además una reparación del daño; ambas a arbitrio del juez y no al Ministerio Público, el cuál sólo podrá solicitar la reparación del daño en su pliego consignatorio, para que en la sentencia el juez decida si se aplica o no.

Por otra parte, el factor negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias que son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena; por lo tanto en el caso de Responsabilidad Médica, no se aplica propiamente este aspecto, ya que en todo caso se tendría que observar el cumplimiento de un deber.

3. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL, SOLIDARIA Y COLECTIVA.

Con la responsabilidad individual, nos referimos evidentemente al profesional de la medicina, que en éste caso se trata del médico o a la de sus auxiliares por hechos propios; a la Responsabilidad Solidaria, cuando responden tanto los médicos, como sus auxiliares; y a la colectiva, por hacer referencia a la Responsabilidad de las Instituciones de Salud.

Respecto a la responsabilidad penal individual del médico, por sus hechos propios, ya ha sido tratada con anterioridad, en el rubro de punibilidad y que se sustenta a través del artículo 10 del Código penal:

“La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delinquentes, excepto en los casos especificados por la ley.”

Si tomamos en cuenta que el médico, por el hecho de ser el jefe del equipo médico, responderá por los hechos de los que lo secundan, entonces siempre que medie culpa en el auxiliar (instrumentadores, enfermeros, secretarios, etc.), la responsabilidad del médico podrá ser indirecta o directa, sumándose a la responsabilidad directa del que causó el daño, en caso de que éste pueda ser individualizado y halla actuado bajo sus instrucciones, pero si hubiese sido así, el auxiliar

responde en forma directa individualizada. Pero cuando varios médicos atienden conjuntamente a un paciente, que generalmente son un anestesista, homoterapeuta y un cardiólogo, ya sea formando un equipo o no (uno será el jefe y los demás sus colaboradores), y si no puede individualizarse el causante del daño, habrá responsabilidad solidaria, sin hacer a un lado, la idea, de que cada uno de ellos trate de eximirse de la misma probandolo.

Respecto a lo anterior, podemos decir que el artículo 228 del Código Penal, especifica que el médico, sólo será responsable solidario de su auxiliar, cuando éste hubiere obrado bajo instrucción de aquél.

En cuanto, a la situación de responsabilidad por las deficiencias de los miembros de una clínica, o institución de salud, ya sea de carácter privado o estatal, por relación directa o indirecta, dependiendo de la existencia o inexistencia de un contrato (este último se da en los casos de emergencia), nuestro Código penal en su artículo 11 (*supra*, pág. 38) sólo manifiesta que dichas instituciones podrán ser suspendidas, cuando se estime necesario para la seguridad pública (por responsabilidad colectiva); siempre y cuando, no se trate de las instituciones del Estado, como lo serían el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Por lo que concierne a la Responsabilidad Colectiva, lo único que se señala es la de los encargados de las instituciones de salud, de acuerdo con el artículo 230 del Código penal.

Por otra parte, éste tema puede apoyarse a través la primera parte del artículo 40 de la Ley General de profesiones:

"Artículo 40. Los profesionistas podrán asociarse, para ejercer, ajustándose a las prescripciones de las leyes relativas; pero la responsabilidad en que incurran será siempre individual."

En vista de lo anterior, podemos decir que la responsabilidad profesional, de manera principal siempre irá enfocada al médico, ya que la mayoría de veces se encuentra presente en los delitos relacionados con su profesión, siendo difícil que en estos casos no se encuentre involucrado, independientemente de que se encuentre rodeado de personal relacionado con la medicina. Sin embargo, no se hace a un lado la posibilidad de que pueda existir la responsabilidad, únicamente de sus auxiliares, sin instrucción de éste, o de la propia institución en la que labore, donde las conductas del encargado serían ajenas a las funciones del profesional de la medicina. Cabe agregar que en materia Federal, se observa el caso de responsabilidad tanto individual como solidaria del médico ya que éste y sus auxiliares son miembros de una Institución de carácter colectivo Federal.

4. DELITOS QUE SE RELACIONAN CON LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA.

Como ya se mencionó, para que un médico pueda incurrir en Responsabilidad Profesional como delito tipificado, es imprescindible que existan otros delitos, que evidentemente tengan que ver con el ejercicio de su profesión, donde los valores que se tutelan son la vida y la salud.

Como podrá observarse, aunque no se encuentran la mayoría específicamente establecidos como delitos que puedan cometer los médicos como responsables sino por profesionistas en general; vemos en la práctica que el médico puede cometer delitos tanto *dolosos* como *culposos*. Por ende, cuando son dolosos, pueden referirse a actos ajenos de la medicina (el médico no se encuentra en el ejercicio de su profesión), actos en que aprovecha su situación de médico (homicidio y lesiones dolosas), o actos que son agravados por su condición de profesional de la medicina.

Atendiendo a lo anterior, podemos admitir la posibilidad de que la Responsabilidad Profesional del Médico se deba a la comisión u omisión de delitos *dolosos*, pero no hay duda de que la mayoría de las conductas delictivas en que puede incurrir serán *culposas*, donde el homicidio y las lesiones cometidas por el dicho profesional, se deberán indudablemente a su

imprudencia, negligencia o impericia, que ya fueron estudiadas con antelación. De ahí que entraremos de lleno al homicidio y lesiones dolosas, y posteriormente a otros delitos que puede cometer el médico en el ejercicio de su profesión y que están previstos en el Código Penal y en la Ley General de Salud.

En consecuencia, debemos determinar, lo que se entiende por homicidio y lesiones, en virtud de los artículos 302 y 288 respectivamente del Código Penal vigente:

"Art. 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."

"Art. 288. Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

De acuerdo con los conceptos anteriores, el objeto jurídicamente protegido será la vida, la integridad corporal y la salud. Sin embargo, como se puede apreciar, de éstas disposiciones legales, no se determina un sujeto activo en específico, que en un momento dado pudiera incurrir en alguno de éstos tipos penales; no obstante, sabemos que el médico en el ejercicio de su profesión, puede incurrir en alguno de ellos, ya sea culposamente, como ya se verificó en el capítulo

anterior; o dolosamente, donde en el caso del homicidio, pueden surgir, alguna de las siguientes figuras, a saber, la eutanasia y la eugeneia.

Respecto a la eutanasia, se han abordado distintos enfoques:

a) Ayudar a morir sin abreviar la duración de la vida: medidas curativas no punibles, donde el médico se limita a facilitar a un moribundo alivio a sus males.⁷⁴

b) Aliviar abreviando la duración de la vida: cuando el paciente padece una enfermedad dolorosa y aún larga, que el médico transforma en una menos dolorosa pero a expensas de la duración de la vida; donde si actúa con convencimiento de que su medicación no adelantará la muerte, no previendo el final mortal, entonces no habrá responsabilidad; si el médico ha pensado como posible ese resultado aunque no haya creído que se produjera, será homicidio imprudente aun y cuando la muerte fuere inevitable sin su intervención; pero cuando ha contado con la posibilidad de que la muerte ocurriera y aún así ha seguido adelante, buscando un efecto aliviador, su hecho puede calificarse de homicidio con dolo eventual.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. López Bolado, Jorge. *Ob. Cit.*, pág. 109

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 109 y 110.

c) La verdadera eutanasia: se ayuda a morir al enfermo administrándole una medida médica que no sólo obra mortalmente sino que también tienen que ser lo menos dolorosa posible, en vista de que la enfermedad es incurable, donde el dolo es directo.⁷⁶

d) La no intervención del médico: cuando el médico no hace nada para prolongar la vida del paciente aunque cuente con los medios para ello, por el sufrimiento de una enfermedad incurable, que sería dolo eventual por omisión.⁷⁷

e) Ayuda al suicidio: El médico, proporciona el veneno a quien desea suicidarse o aconseja la manera más rápida y segura de llevar a cabo su propósito, donde no se le sancionará como homicidio sino como ayuda al suicidio. En cuanto a éste delito, la primera parte del artículo 312 del Código Penal, dice:

"El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años".

La eugenesia, consiste en móviles basados en la idea de inutilización social de los seres que se quieren eliminar, donde

⁷⁶ Cfr. López Bolado, Jorge. *Ob. Cit.*, pág. 110.

⁷⁷ *Ibidem*, pag. 111.

el sujeto pasivo podría ser un sujeto condenado a morir; mientras que en la eutanasia los móviles son piadosos.⁷⁸

No obstante lo anterior, muchas de las veces el homicidio y las lesiones dolosas no se deben a las causas anteriores; sino que tienen que ver con otras circunstancias (motivos afectivos, venganza o razones económicas), las cuáles se tendrían que estudiar en cada caso concreto; ya que podrían ejecutarse tanto en el ejercicio de la profesión médica, como fuera de ésta.

Por otra parte, como ya se mencionó, otro delito, muy común en el campo médico, es el referente a las lesiones, que como ya se explicó en el capítulo anterior, por lo general son culposas, no obstante existe la posibilidad de que el médico actúe con dolo, para lo cual será necesario que se investigue de que tipo de lesiones se trata, ya que de esto dependerá la punibilidad de dicho delito consumado.

En lo que respecta, concretamente a la responsabilidad médica, pareciera que el actuar del médico por su malpraxis, sólo podría encuadrarse en las disposiciones que encierra nuestro Código Penal en los delitos contra la vida y la integridad corporal, que se consideran en específico como el homicidio y las lesiones. Sin embargo, en la práctica, no sólo observamos la tipicidad de esas conductas, sino que además encontramos, que el médico puede incurrir en otras *categorías*

⁷⁸ *Ibidem*, págs. 112-113.

de delitos, dentro de las cuáles encontramos una en donde se exige que el sujeto activo sea específicamente un médico, como lo es el caso del *ABANDONO DE PERSONA*, contemplado dentro del mismo capítulo de Responsabilidad Profesional en su artículo 229:

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

Este delito es que puede incurrir el médico, y que por consecuencia, le traerá responsabilidad profesional, es evidentemente un delito de peligro, ya que se tipifica por la sola puesta en peligro de las personas afectadas, lo cual les puede traer como resultado un daño mayor que puede afectar la salud física o psíquica o la propia vida del sujeto pasivo, a consecuencia de la omisión por parte del profesional de la medicina, y que en éste caso será evidentemente dolosa, siempre y cuando el médico hubiere otorgado la responsiva, lo abandonen sin causa justificada y sin dar aviso a la autoridad correspondiente.

Otra categoría de delitos relacionados con la actividad médica, son aquellos que resultarán agravados, en virtud de que el sujeto activo tenga la calidad, de ser un profesionalista,

como es el caso del médico y que le acarrearían en consecuencia una *responsabilidad agravada*, como en el supuesto del aborto, revelación de secretos y delitos sexuales, entre otros.

El *ABORTO*, como sabemos es un delito contra la vida y la integridad corporal, que de acuerdo a nuestro Código Penal puede ser realizado con la participación de un médico, como se desprende de los siguientes artículos:

"Art.330.-Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión."

"Art.331.-Si el aborto lo causare un *médico, cirujano*, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión."

"Art.334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que ésto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

Como podemos percatarnos, existen tanto abortos punibles como no punibles, lo cuál se determinará a través de una valoración médica, que especificará de qué tipo se trata, desde el punto de vista de nuestra legislación. Entre los no punibles, encontramos al terapéutico (artículo 334), el proveniente de una violación (artículo 333), o por imprudencia de la mujer (artículo 333); mientras que dentro de la clasificación de los punibles, encontramos aquél en el que interviene el consentimiento de la madre (consentido) o sin su consentimiento (artículo 330); otro consentido es el establecido por el artículo 331, en el cuál puede existir el auxilio de cualquier otra persona, dentro de las que encontramos con mayor frecuencia al médico, que según el artículo 331, la penalidad le será agravada por el hecho de ser un profesionista. En este, caso se debe destacar, que nuestra legislación también maneja ciertas lagunas como el hecho de dar la misma penalidad, tanto al médico, comadrón o partera; de los cuáles éstos últimos no son profesionistas; cabe mencionar que también existe el aborto procurado con o sin móviles de honor (artículo 332).

Dentro de ésta misma categoría de *delitos agravados*, el médico como profesional puede cometer el delito de *REVELACION DE SECRETOS*, previsto en los siguientes artículos del Código Penal:

"Art. 210.- Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, *al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.*"

"Art. 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, *cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.*"

En relación a lo anterior, encontramos el artículo 36 de la Ley General de Profesiones:

"Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confieren por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas."

De ésto se desprende que el médico, tiene la obligación de informar al Estado (a través de la Secretaría de Salud), cuando la enfermedad de un paciente cause algún peligro a la comunidad, ya que si bien es cierto, que es un deber del médico, el secreto profesional, cuando existe una justa causa

quedará excluido de la imputación de éste delito, amparado por la excluyente de responsabilidad penal de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

Cabe mencionar, que algunos médicos-ginecólogos, al efectuar un exámen ginecológico indebido, llegan a cometer delitos sexuales como el de *ABUSO SEXUAL*, donde la conducta del médico puede quedar tipificada en el artículo 260 del Código Penal:

"Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."

En vista de éste artículo, el médico se puede encontrar en alguno de los siguientes supuestos, es decir que haya tenido como fin el excitar sexualmente a la víctima, satisfacer un impulso sexual, o el mal uso de métodos o sistemas inaplicables. De acuerdo con ésto, la mujer debió haberse comportado pacíficamente, toda vez que, no contó con los elementos suficientes como para poder resistirse, puesto que al no saber de medicina, le hacia suponer que no se hallaba en peligro, ante lo cuál estaremos en presencia de un delito

doloso. Sin embargo, no puede decirse siempre que el médico halla pretendido esa finalidad sino que más bien se debió a su torpeza; en estos casos se puede hablar de negligencia o imprudencia.

En relación a lo anterior, la tesis jurisprudencial emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, en 1993, tomo XII-julio, pág. 297, determinó que los médicos deben cuidar especialmente el pudor de los enfermos y es de su obligación en tratándose de mujeres, que la exploración se haga en presencia de una enfermera, de lo contrario se apartará de las normas contenidas en la guía técnico administrativa de la institución para la que labore.

Sin que el médico sea necesariamente ginecólogo, muchas de las veces comete otros delitos sexuales como el de *VIOLACIÓN O DELITOS EQUIPARADOS AL MISMO* y que de acuerdo con los artículos 265 y 266 del Código Penal; éstos quedarán agravados por el hecho de tratarse de un profesional de la medicina, en virtud del artículo 266 bis fracción III de la misma Ley:

Art. 265.- Al que *por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo*, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de sus sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

" Art. 266.- *Se equipara a la violación* y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;y

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejercita violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."

" Art. 266 bis.- *Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán* hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

III. *El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.*"

Como es de observarse, nuestra legislación no menciona específicamente, que el profesional que puede cometer la violación sea el médico, ya que únicamente deja abierta la posibilidad de que el sujeto activo en el caso del artículo 266 bis podrá ser cualquier profesionista que por lo regular se encuentre en el servicio público o ejerza su profesión, lo cual es también una laguna en el Código Penal.

Otra *categoría* de delitos cometidos por el profesional de la medicina, es aquella en que *se prevé la posibilidad de que este sea el sujeto activo, sin que en ellos exista directamente una agravación por virtud de su profesión*, como lo es el caso de la falsificación de documentos y la falsedad en declaraciones judiciales.

En primer término tenemos a la **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL**, prevista en los siguientes preceptos del Código Penal:

"Artículo 243.- El delito de falsificación de documentos públicos o privados se castigará con prisión de seis meses a tres años o de 180 a 360 días multa."

"Artículo 246.- También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243:

IV. El *médico* que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley, o de cumplir una obligación que ésta impone, o para adquirir algún derecho;"

De la misma manera, el médico puede incurrir en Responsabilidad profesional cuando cometa el delito de *FALESDAD EN DECLARACIONES JUDICIALES Y EN INFORMES DADOS A UNA AUTORIDAD*, tomando en cuenta que puede tomar el caracter de testigo o perito:

" Art. 247.- Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa:

I. Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, faltare a la verdad:

II. *Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trate de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictámen, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan. La sanción podrá ser hasta quince años de prisión para el testigo o perito falsos que fueren examinados en un procedimiento penal, cuando al reo se le imponga una pena de más de veinte años de prisión, por haber dado fuerza probatoria al testimonio o peritaje falsos;"*

De esta categoría de delitos, en los que se encuentran la *Falsificación de documentos en general y Falsedad en declaraciones*, se desprende otra laguna en nuestra legislación ya que se da una misma punibilidad independientemente de que el sujeto activo sea o no un médico, y que por su calidad de profesional de la medicina, se debe prestar más atención, puesto que se juega con los bienes jurídicos más preciados, que son la vida y la salud. Asimismo, en lo que respecta, a la falsedad en declaraciones, cuando el médico está fungiendo como perito, los médicos de ciertas instituciones hacen a un

lado sus deberes como médicos, tomando en cuenta únicamente su deber con la institución para la que trabajan y es por ello que obran contrariamente cuando deben dar su punto de vista como peritos

Existe otra *categoría* de delitos, que se refiere a aquellos que pueden cometer los médicos, *sin que en ellos se mencione nada respecto a algún profesionista*, dando pie a la consumación del encubrimiento y la privación ilegal de la libertad, entre otros.

En virtud de lo anterior, encontramos que el médico tiene el deber de denunciar los delitos de los que tome conocimiento en el ejercicio de su profesión, como en el caso de envenenamientos u otros atentados personales en los cuáles haya prestado los socorros de su profesión, para la averiguación de los delitos que se configuren en ciertos supuestos, de lo contrario incurrirá en el tipo penal de *ENCUBRIMIENTO*, previsto en el artículo 400, fracciones II y III del Código Penal:

“ Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

II. *Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito:*

III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe:"

Teniendo en cuenta lo anterior, podremos decir, que si se manifiestan todos los elementos del tipo penal de encubrimiento en el caso del médico, entonces hablaremos de un delito doloso. Sin embargo muchas de las veces, dicho profesionista no sabe a ciencia cierta cuál fué el motivo de ciertas características que puede presentar una víctima como en el caso de las lesiones, que pudieron ser consecuencia de un accidente o de un delito desconocido por el médico, de ahí que no sea punible el hecho de que el médico no halla efectuado la denuncia fuera de los plazos especificados por la ley, ya que posiblemente su demora no fue con el propósito de entorpecer un procedimiento penal; inclusive, como existe el secreto profesional, se debe valorar, de manera efectiva el caso concreto, para no cometer una injusticia

No obstante, el médico también se podría encontrar inmerso en un grado de participación, respecto a un delito cualquiera, en el ejercicio de su profesión, acorde con el artículo 13 fracción VII del Código Penal que manifiesta:

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;"

Cabe agregar que en ciertos casos el médico también se puede encontrar en presencia del delito de *PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD Y DE OTRAS GARANTIAS* previsto en el artículo 364 del Código Penal:

" Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I. *Al particular que, fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días, la pena será de un mes más por cada día; y*

II. *Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas."*

En relación a lo anterior, el médico se encontrará en presencia de éste delito por expedir un documento falso y que trae como consecuencia que a una persona sana se le detenga en un manicomio o en un hospital, por considerarla enferma, siempre y cuando, fuere el encargado de estas instituciones. Además, por lo regular, en éste delito encontramos que el médico fungió como un participante de dicho delito, porque por

lo regular se encuentran implícitos varios individuos; donde podría pactarse el cometer otra clase de conductas delictuosas en contra de la víctima.

Cabe agregar que de acuerdo a lo expuesto en el capítulo I de ésta tesis, en el inciso referente a la *Ley General de Salud* (*supra* pág. 13), se plantea otra categoría de delitos, los cuáles en su mayoría pueden ser cometidos por cualquier persona, aún por profesionales de la medicina; no obstante la mayoría se agravarán, si éstos últimos dieron lugar a dichos ilícitos, en virtud de ser parte de personal médico que pudiera estar en el ejercicio de dicha profesión, independientemente de las penas que correspondan por la comisión de cualquier otro delito; esto si tomamos en cuenta de que no todos los delitos se encuentran previstas en el Código Penal, sino también en leyes especiales como la *Ley General de Salud*; de los cuáles destacan los siguientes:

Los artículos 459 y 460, que se refieren *al que pretenda sacar o saque del territorio nacional, sin permiso de la Secretaría de Salud, sangre humana o derivados de la misma*; donde dicho delito puede ser cometido por cualquier persona, pero cuando se trate de un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas de las salud, se les añadirá además de las penas de prisión previstas para éstos casos, la suspensión del ejercicio de su profesión hasta por cuatro años.

La importancia de éstos delitos especiales, radica, en que en la actualidad existe un tráfico muy grande de la sangre de los individuos, y que por tener el médico, la factibilidad de tener a su alcance éste objeto, puede incurrir en dicho delito de manera dolosa; además de que la pena de suspensión en su profesión será mayor que la prevista en el artículo 228 del Código penal

Asimismo, dentro de la Ley General de Salud, también destacan los artículos 461 y 462, referentes a la conducta de *sacar o pretender sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud; al que ilícitamente obtenga, conserve o utilice, prepare o suministre los mismos incluyendo fetos de seres humanos; sangre y sus derivados. De tal manera que o al que comercie con éstos, si el sujeto activo es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas de la salud, por tener dicha calidad se les aplicará además de la pena de prisión impuesta para cualquier persona, la suspensión de su profesión por cuatro años en la primera hipótesis, y en las siguientes, podrá ser de uno a tres años y hasta cinco en caso de reincidencia.*

Como es de saberse, también es un problema de actualidad el tráfico de órganos, efectuado por los médicos en el ejercicio de su profesión; sin embargo, al igual que en los artículos anteriores, la pena de suspensión de profesión es idéntica a la

de un auxiliar de la medicina con la de un médico profesional, lo cuál es inadecuado; sin embargo, en éste delito especial también se observa un aumento de dicha suspensión en comparación con el artículo 228 del Código Penal vigente.

Otro delito especial en que puede incurrir el médico es el señalado en el artículo 462 Bis de la Ley General de Salud, referente a la circunstancia de que *si en un establecimiento o local destinado al depósito de cadáveres ocurre un deceso, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 262 y el responsable o empleado de aquél no procura impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, en el caso de que se trate de un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud,* además de imponérsele la pena de prisión prevista para cualquier persona se les aplicará suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, y hasta cinco años más en el caso de reincidencia.

Este tipo penal, encuadrado en el caso del médico, requiere forzosamente que éste profesional, sea el responsable o empleado del establecimiento donde ocurre dicho deceso, de lo contrario, no se podrá tipificar su conducta; e igualmente la suspensión de su profesión será diversa a la establecida en la legislación penal.

Otra categoría dentro de los delitos que traen responsabilidad profesional, es aquella en que se manifiesta

como sujeto activo al la personas relacionadas con la práctica médica: dentro de la que encontramos una conducta de parte de los médicos sin ética profesional, y que es abordada por el artículo 465 de la Ley General de salud, referente a que el profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, y en general a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el título quinto de ésta ley, se le impondrá pena de prisión de uno a ocho años y suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, además de que ésta pena podrá aumentar si dicha conducta se lleva a cabo con personas que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse como menores, incapaces, ancianos, o sujetos privados de la libertad.

Como es de observarse, esta disposición legal, a diferencia de los delitos especiales anteriores, va dirigida directamente a sujetos relacionados con las disciplinas de la salud, dentro de los cuáles encontramos a los médicos, además de que las penas impuestas son tanto la prisión, como la multa y la suspensión. Esta última igualmente se atribuye tanto a médicos profesionales de la medicina como a sus auxiliares, que como hemos venido diciendo desde un principio, es inadecuado, porque no tienen el mismo nivel de preparación.

Esto evidentemente se relaciona con ciertos avances biotecnológicos, como son los casos de manipulación genética, ciertos tratamientos experimentales, la hibernación o congelamiento momentos antes de la muerte cerebral, métodos de manipulación de la natalidad, clonismo, entre otros; los cuales en muchos de los casos pueden traer desventajas para el paciente, pero que jurídicamente no se han tratado específicamente ni en el Código penal, ni en la Ley General de Salud; de ahí que hasta la fecha sean únicamente vistos como problemas científicos, de lo cual, muchos médicos se escudan para fundamentar que sus actos no caen dentro de la malpraxis, sino en el campo de la iatrogenia.

Otro delito especial determinado por la Ley General de Salud, lo encontramos en su artículo 468, como sigue:

"Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, que sin causa legítima se rehuse a desempeñar las funciones o servicios que solicite la autoridad sanitaria en ejercicio de la acción extraordinaria en materia de salubridad general, se le aplicará de seis meses a tres años de prisión y multa por el equivalente de cinco a cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate."

Como se desprende de este artículo, una vez más se dirige de manera específica como sujeto activo al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud; pero nuevamente encontramos la misma punibilidad para éstas personas, que

aunque de calidades diferentes, por cometer el mismo delito, se les aplicará la misma pena, además de que ésta conducta es un deber inherente al médico, como se señaló en el capítulo anterior

Ya habíamos mencionado, que en el Código Penal, se encuentra la figura de abandono de persona, por parte del médico que otorga responsiva, pero el artículo 469 de la Ley General de salud, prevé el *ABANDONO DE PERSONA EN CASO DE URGENCIA*, como delito especial, como a continuación se desprende:

" Artículo 469 - *Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años.*

Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial."

Lo anterior, se relaciona con el segundo párrafo del artículo 33 de la Ley General de Profesiones que establece:

"...En caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieren al profesionista, se prestarán en cualquier hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que éste último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista "

En virtud de éste caso de urgencia, nacería la obligación del médico, de prestar su auxilio como profesionista, por ser un delito de peligro para la víctima, donde la punibilidad en éste caso sería tanto la prisión, como la multa y la suspensión temporal o definitiva, dependiendo de la gravedad del daño ocasionado: sin embargo, volvemos a notar el inconveniente de que se aplica la misma punibilidad a cualquier persona de la disciplina de la salud, sin hacer distingos.

Otro delito especial, muy frecuente es precisamente la *INSEMINACIÓN ARTIFICIAL* en una mujer sin su consentimiento o con el, si ésta fuere menor o incapaz, y si la mujer es casada, no podrá inseminarse sin el consentimiento de su cónyuge, lo cual se encuentra establecido por el artículo 466 de la Ley General de Salud; que aunque no determina al sujeto

activo, en la práctica observamos que por lo regular se trata de un médico, y al cuál se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, pero si lo hay se le impondrá prisión de dos a ocho años.

Este delito ha tenido un sin fin de criticas, ya que la concepción humana, ya no se dá únicamente de manera natural, sino además por nuevos procedimientos, consecuencia de los avances científicos, que muchos de los médicos toman como excusa, para manifestar que no han incurrido en responsabilidad profesional, y aunque ésta actuación ya se encuentra regulada por la ley penal mexicana existen legislaciones en derecho comparado, donde la punibilidad aumenta cuando el médico es un servidor publico, lo cual no está previsto en nuestra legislación

En vista de que hay *MÉDICOS-SERVIDORES PÚBLICOS* existirá otra categoría de delitos, que por tener los profesionales de la medicina esa calidad no estarán exentos de ser sujetos activos de los delitos cometidos por servidores públicos previstos en el Código Penal vigente. En vista de lo anterior, nuestra Ley General de Salud, prevé en su artículo 470 lo siguiente:

"Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en éste capítulo, participe un *servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones*, además de la penas a que se haga acreedor por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial.

En caso de reincidencia la inhabilitación podrá ser definitiva."

Observemos, que éste artículo hace mención a los servidores públicos que cometan los delitos únicamente previstos en la Ley General de Salud, y que en consecuencia se harán acreedores a las penas impuestas en los mismos, dejando de imponer las mismas, en caso de que se incurra en alguno de los delitos del Código Penal, ya que éstos casos se aplicarán únicamente las sanciones que se señalan en los mismos, y la calidad de servidor público, sólo determinará la competencia para su conocimiento e investigación.

Cabe señalar, que aunque en éste apartado se trató de englobar los delitos que comete el médico con mayor frecuencia, aún podría incurrir en otro tipo de delitos fuera de los casos antes expuestos, en el ejercicio de su profesión.

Asimismo en este tema no se estudiará lo relativo a las personas que en ciertos casos ejercen la actividad médica sin serlo, cometiendo el delito de usurpación de funciones, y que tiene que ver con esto los artículos 29, 62, 68 y otros de la Ley General de Profesiones, en virtud de no tratarse específicamente de la Responsabilidad Profesional Médica.

CAPITULO IV.

PERSECUCIÓN E INTEGRACIÓN DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL FUERO FEDERAL.

1.- La Averiguación Previa ante el Ministerio Público de la Federación.

1.1. Requisito de procedibilidad.

1.2. Competencia del Ministerio Público de la Federación en la Responsabilidad Profesional Médica.

1.3. Integración de la Averiguación Previa.

2 - La Resolución del Ministerio Público de la Federación en relación a la Responsabilidad Profesional Médica.

2.1. Ejercicio de la Acción Penal.

2.2. Acuerdo de reserva.

2.3. No ejercicio de la Acción Penal.

I. LA AVERIGUACION PREVIA ANTE EL MINISTERIO PUBLICO DE LA FEDERACION.

Antes de entrar directamente al estudio de la Averiguación Previa aplicada a la Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal, es indispensable aplicar el método deductivo, y por ende manejar ciertos conceptos básicos para entender éste último capítulo de tesis.

En relación a lo anterior, en primer término manifestamos de acuerdo con Rivera Silva, que el Procedimiento Penal se define como: "...el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente."⁷

Teniendo en cuenta que el procedimiento penal son un conjunto de actividades reguladas por preceptos legales, el mismo autor lo divide en tres periodos, a saber: a) Periodo de preparación de la acción procesal; b) Periodo de preparación del proceso; y c) Periodo del Proceso. De ahí que el tema a tratar en éste capítulo recaiga indudablemente dentro del primer periodo del Procedimiento Penal.

⁷ Rivera Silva, Manuel, *Ob. Cit.*, pág. 5.

Por lo tanto, el período de Preparación de la acción Procesal principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso, y que dará pie a una investigación, a través del requisito de procedibilidad que se requiera; a continuación el Ministerio Público, inicia su averiguación previa; y de ésta manera, termina con el acto en que dicha autoridad solicita la intervención del órgano encargado de aplicar la ley, que se traduciría en el ejercicio de la acción procesal penal a través de la consignación.

Según Rivera Silva, el fin de este período, consiste en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público, con auxilio de la policía judicial pueda exitar al Órgano Jurisdiccional para que cumpla con el siguiente período procedimental.⁸⁰

Al mencionar la función persecutoria, los doctrinarios señalan que las autoridades encargadas de la investigación de los delitos son el Ministerio Público y a la Policía Judicial. No obstante el artículo 21 Constitucional señala que la policía sólo es auxiliar del Ministerio Público y que a la letra dice:

⁸⁰ *Cfr. Ob. Cit., págs. 26 y 27.*

"...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

Además de que estas actividades quedan reglamentadas en el Código de Procedimientos Penales del orden Federal y en el del orden común; así como en las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General de la República y la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.

Asimismo, la función persecutoria, "...consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley."¹¹

Tomando en cuenta la definición anterior, podemos decir que la función persecutoria incluye dos actividades: La actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal. Ambas serán estudiadas con mayor profundidad en el transcurso de este trabajo.

¹¹ Rivera Silva, Manuel. *Op. Cit.*: pág. 39.

1.1. Requisito de Procedibilidad.

Como ya se precisó, el período de preparación de la acción procesal penal inicia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso, conocido como requisito de procedibilidad y sin el cual sería imposible empezar la actividad investigadora o averiguación previa. De ahí que los requisitos de procedibilidad son indispensables para que se inicie el procedimiento.

Si tomamos en cuenta el artículo 16 Constitucional, los únicos requisitos de procedibilidad permitidos son la denuncia, la querrela o acusación.

La denuncia se define como "...es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos..."⁸²

En relación a la denuncia, Colin Sanchez, manifiesta que como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito sin importar que el informante sea o no el afectado, por lo que más bien debería llamarse *notitia criminis*, que se refiere propiamente a la noticia que del delito tiene el

⁸² *Ibidem*; pág. 96

Ministerio Público en forma directa e inmediata, por conducto de los particulares, agente de la policía, encargado de un servicio público, el juez en el ejercicio de sus funciones o por querrela, ya que la denuncia como requisito de procedibilidad es la instancia para que el juez pueda avocarse al conocimiento e instrucción del proceso, a través del ejercicio de la acción penal, en virtud de que no puede actuar de oficio.⁸¹

No obstante, si tomamos en cuenta la definición dada por Rivera Silva, se desprenden de la denuncia tres elementos fundamentales:

a) Relación de actos que se estiman delictuosos: Consiste en exponer lo sucedido, pudiendo ser de forma oral o escrita.

El denunciante, deberá proporcionar todos aquellos datos y elementos de prueba que estén a su disposición para facilitar la Averiguación Previa que corresponda, así como sus datos personales que sirvan para tenerlo plenamente identificado, para que en caso de incurrir en falsedad de declaraciones se le exija responsabilidad penal, además en cumplimiento al artículo 16 constitucional referente a la situación procedimental en la Averiguación Previa.

b) Hecha ante el órgano investigador: Debe ser definitivamente ante un Representante social, como en el caso

⁸¹ Cfr. Collin Sánchez, Guillermo, *Ob. Cit.* págs. 315-316

del Ministerio Público de manera juridico-procesal o ante cualquier autoridad que no sea la investigadora en casos urgentes, quienes darán a conocerla al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.

c) Hecha por cualquier persona: Entendiendo por persona a cualquier individuo persona física, moral, particular o autoridad.

Cabe agregar que la denuncia también tiene la característica de ser obligatoria, ya que de lo contrario se estaría en presencia del delito de encubrimiento.

Asimismo, el efecto principal de la denuncia es obligar al órgano investigador a que inicie su labor, que en temas posteriores, se tratará adecuadamente.

Otro requisito de procedibilidad es indudablemente la querrela o acusación y que se define como: "...relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito..."⁴⁴

De la anterior definición se desprenden los siguientes elementos

⁴⁴ Cfr. Rivera Silva, Manuel. *Ob. Cit.*, pág. 109.

a) Una relación de hechos: Puede ser en forma verbal o escrita.

b) Hecha por la parte ofendida: Es un requisito indispensable, ya que en los delitos de querrela necesaria no sería eficaz actuar oficiosamente, porque se podrían ocasionar a un particular daños mayores que los que experimenta la sociedad con el mismo delito.

En relación a éste elemento, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 264 señala que cualquier ofendido por el delito puede querellarse aún y cuando sea menor de edad, y tratándose de incapaces podrán hacerlo por éstos sus ascendientes, hermanos o sus representantes legales: mientras que el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 115 previene que el menor de edad puede querellarse por sí mismo y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela, si no hay oposición del ofendido. Cabe mencionar, que en caso de querellas presentadas por las personas morales o físicas por medio de apoderado, se exige la exhibición de poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, según el artículo 264 y 120 de los Códigos de Procedimientos para el Distrito y Federal, respectivamente.

c) Que se manifieste en la queja el deseo de que se persiga el autor del delito.

Evidentemente, si nos remitimos directamente a lo establecido en el tipo penal vigente de Responsabilidad Profesional, el requisito de procedibilidad podrá ser 'denuncia' o 'querrela', dependiendo del delito anexo que haya cometido el médico; que en la mayoría de los casos serán el homicidio y las lesiones. Respecto al primero, sabemos que se trata indudablemente de un delito perseguible de oficio, mientras que en el caso de las lesiones sólo algunas son de querrela y las demás por oficio.

Cabe mencionar que cuando la denuncia o querrela se presenten verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el servidor público que la reciba, además si es verbal o escrita deberá contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio. Asimismo, cuando sea por escrito el servidor público, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación del último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querrela o denuncia; además de que en ella se deben describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición.

1.2. Competencia del Ministerio Público de la Federación en la Responsabilidad Profesional Médica.

Para entrar al campo de la competencia, en el caso específico de la Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal, debemos de tomar en cuenta ciertos antecedentes, a saber, la jurisdicción y la competencia.

La palabra jurisdicción significa "decir el derecho", por lo que para que se lleve a cabo la actividad jurisdiccional es necesario concretar o individualizar el derecho; de ahí que Rivera Silva la defina como: "...es la creación de una norma individual que posee efectos ejecutivos, enlazando un hecho concreto a una consecuencia determinada en la ley, o es el hecho creador de verificar si se da in concreto una situación de hecho que la norma general determina in abstracto".⁵⁵

Por ende, la actividad jurisdiccional en materia penal, sólo puede realizarse mediante el requerimiento del órgano facultado para ello, que en éste caso se trata del Ministerio Público, ésto en virtud de su facultad constitucional.

Respecto a lo anterior, hay diversos puntos de vista, como el que la jurisdicción penal se manifiesta en atención a la naturaleza del bien jurídico tutelado y a la calidad del autor

⁵⁵ Rivera Silva, Manuel. *Op. Cit.*: pág. 68.

del delito, distinguiéndose como categorías de jurisdicción: a) la ordinaria; b) la federal; c) la militar; y d) la constitucional. Pero siempre tomando en cuenta que la competencia en materia penal es la facultad que las leyes conceden a los tribunales para ejercer la jurisdicción en los casos concretos y la cuál se precisa en razón a la materia (toma en cuenta la jerarquía del tribunal, la gravedad del delito, y el monto de la pena), al territorio, a la función (dependiendo de la etapa del procedimiento es atendida por diversos tribunales), a la persona, y al grado (instancia que le corresponde a cada tribunal).²⁶

Otro punto de vista, lo manifiesta Rivera Silva, al decir que todo órgano jurisdiccional para actuar debe estar capacitado tanto subjetiva como objetivamente. La primera se refiere a los requisitos que se necesitan para ser juez en general, que varían según la calidad de cada uno ya sea en materia federal o del orden común; la segunda se refiere al límite de la jurisdicción o volumen de la facultad de declarar el derecho, es decir, la competencia. Esta última se determina por ciertos elementos que se harán recaer, ya en el orden común o en el orden federal, de tal manera que en el primero se establece en razón al territorio, la pena, o acumulación; mientras que en el segundo se toma en cuenta la naturaleza del delito donde se ve por un interés jurídico de carácter federal o

²⁶ Cfr. González Blanco, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano, en la doctrina y en el derecho positivo*. México, Edit. Porrúa, págs. 75-79.

que afecte a la Federación, el territorio, así como la calidad del sujeto activo.⁴⁷

Lo anterior se apoya, que en materia penal, existen ámbitos de validez, dentro de los cuáles encontramos al ámbito de validez por materia, consistente en que las leyes penales serán aplicadas, dependiendo del tipo de delitos de que se traten, a saber de materia federal o de materia común, en sustento del artículo 124 constitucional; el cual establece que todas aquellas funciones no conferidas en forma expresa a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados miembros; además de que el artículo 73 fracción XXI faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la Federación, así como también se le faculta de la misma manera al poder legislativo de cada Estado, debiendo respetar los postulados constitucionales. Asimismo el artículo 10. del Código Penal de 1931, menciona que dicho Código será aplicado en el Distrito Federal por los delitos de la competencia de los tribunales comunes, y en toda la República para los delitos de la competencia de los tribunales federales, ésto tomando en cuenta que todos los delitos son de competencia común, excepto los que el legislativo federal ha señalado como federales.

Pues bien, una vez especificado, lo que debemos entender por jurisdicción, competencia y ámbito de validez por materia,

⁴⁷ *Cfr. Ob. Cit., págs. 75-79.*

podremos observar que cuando un médico incurre en Responsabilidad Profesional, éste delito puede caer dentro del orden común o del orden federal; donde dicha distinción se hará en razón a la calidad que pueda tener el médico en cuestión. Es decir, si se trata de un médico particular o del sector privado, entonces la competencia será del orden común, pero si se tratara de un médico-servidor público, obviamente será de orden Federal.

Como el objeto de ésta tesis es el estudio de la Responsabilidad Profesional Médica en el orden Federal, es importante tomar en cuenta lo ya expuesto en los dos capítulos anteriores, donde se mencionó que para dicha responsabilidad se deberá tener presente lo establecido por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, La Ley Federal de las Entidades Paraestatales, las Leyes específicas de cada uno de los Institutos de Salud que fungen como entidades paraestatales y otras.

Para poder determinar que éste delito puede recaer en el orden federal, además nos debemos remontar al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación:

"Los jueces federales penales conocerán:

I. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales;

f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;"

Siguiendo el mismo orden de ideas y atendiendo al artículo 108 constitucional (*supra* pág. 52), los médicos que sean empleados en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, serán responsables de los actos u omisiones en que incurran en el ejercicio de sus funciones. Y si atendemos a lo especificado por los artículos 45 y 48 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal:

"Artículo 45.- Son organismos descentralizados las entidades creadas por Ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios cualquiera que sea la estructura legal que adopten."

"Artículo 48.- A fin de que se pueda llevar a efecto la intervención que, conforme a las leyes, corresponde al Ejecutivo Federal en la operación de las entidades de la Administración Pública Paraestatal, el Presidente de la República las agrupará por sectores definidos, considerando el

objeto de cada una de dichas entidades en relación con la esfera de competencia que ésta y otras leyes atribuyen a las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos."

Asimismo, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales en sus artículos 1o. Párrafo segundo, 2o., y 5o. manifiestan:

"Artículo 1o. . . .

Las relaciones del Ejecutivo Federal, o de sus dependencias, con las entidades paraestatales, en cuanto a unidades auxiliares de la Administración Pública Federal, se sujetarán, en primer término, a lo establecido en ésta ley y sus disposiciones reglamentarias y, sólo en lo previsto, a otras disposiciones según la materia que corresponda."

"Artículo 2o. Son entidades paraestatales las que con tal carácter determina la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal."

"Artículo 5o. El Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y los demás organismos de estructura análoga que hubiere, se seguirán rigiendo por sus leyes específicas en cuanto a las estructuras de sus órganos de gobierno y vigilancia, pero en cuanto a su funcionamiento, operación,

desarrollo y control, en lo que no se oponga a aquellas leyes específicas se sujetarán a las disposiciones de la presente ley..."

Cabe mencionar que en las Leyes de los Institutos de Salud que son entidades paraestatales, se menciona que las personas que desempeñan cualquier empleo dentro de éstos quedarán sujetos a la responsabilidad civil o penal en que pudieran incurrir como encargados de un servicio público. Inclusive, aunque el médico pudiera incurrir en responsabilidad penal, siendo la que nos interesa, no se descarta la posibilidad de que por ser un servidor público pueda tener una responsabilidad de otro carácter.

Inclusive, nuestro Código Penal en su título décimo, denominado 'Delitos cometidos por Servidores Públicos', en su artículo 212 señala:

"Para los efectos de este título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales..."

De acuerdo a lo anterior, únicamente se establece que se entiende por servidor público, sin embargo, en éste título no marca de forma específica el delito de Responsabilidad Profesional, aunque por las características que señala dicho precepto, se sobreentiende que existen médicos-servidores públicos.

Asimismo, si atendemos a lo establecido por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 7 de mayo de 1996 que en su artículo 2o. fracción V dice:

"Artículo 2o. Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

V. Perseguir los delitos del orden federal;"

Podremos comprender que la Responsabilidad Médica en el Orden Federal, sea atendida por la Procuraduría General de la República, y que tomando en cuenta su Ley Orgánica del 7 de mayo de 1996, su Reglamento del 27 de agosto de 1996, así como las reformas del mismo a través del decreto del 27 de diciembre de 1996; donde se establecía dentro de sus artículos transitorios que los artículos 2, en lo relativo a las Subprocuradurías de Procedimientos Penales "A", "B" y "C",

26, 29, 30, 31, 32 y 42 de éste reglamento entrarían en vigor, ya no a partir del 1o. de enero como se había establecido en primera instancia, sino hasta el 1o. de junio de 1997; no obstante, por decreto del 30 de abril de 1997, se reforma nuevamente éste reglamento, disponiendo que los artículos 2o., en lo relativo a las Subprocuradurías de Procedimientos Penales "A", "B" y "C", 26, 30, 31, 32 y 42 de éste reglamento, entrarán en vigor el 1o. de enero de 1998. Además de que dicho reglamento abroga el publicado el 8 de octubre de 1993, excepto los artículos 1o., 5o., 14, 16 y 17 en lo relativo a las Subprocuradurías de Averiguaciones Previas y Control de Procesos, Direcciones Generales de Averiguaciones Previas, de Control de Procesos y Jurídica, que continuarán en vigor hasta el 31 de diciembre de 1997. Asimismo, los asuntos que a la entrada en vigor de éste Reglamento se estén tramitando en las Subprocuradurías de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos, Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos, continuarán a cargo de las mismas hasta que el Procurador los asigne a las áreas correspondientes; las demás áreas deberán entregar los asuntos a su cargo a aquellas a las que se les haya atribuido la competencia correspondiente.

En base a lo anterior, el artículo 1o. del reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría del 8 de octubre de 1993 manifiesta que dentro de su organización se encuentra presente tanto la Subprocuraduría de Averiguaciones Previas como la Dirección General de Averiguaciones Previas, mientras que sus

atribuciones las encontramos en el artículo 14 del mismo reglamento como es el caso de la investigación de los delitos del orden federal; además esta dirección se encuentra dividida en Fiscalías Especializadas, con fundamento al acuerdo A/021/91 emitido por el Procurador, dentro de las cuáles encontramos a la Fiscalía Especializada para la atención de los Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Previstos en Leyes Especiales donde se atienden las Averiguaciones relativas a los delitos de Responsabilidad Profesional, que en su mayoría son de los profesionales de la Medicina. Y que por disposiciones establecidas en el nuevo reglamento, estas averiguaciones se continuarán ventilando en esta Fiscalía mientras que el Procurador asigne dichos asuntos a sus áreas correspondientes, no obstante, que el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica, entre en vigor el 1o. de enero de 1998.

Asimismo, encontramos que el nuevo reglamento de la Ley Orgánica de fecha 27 de agosto de 1996 establece en su artículo 2o. La creación de las Subprocuradurías de Procedimientos Penales "A", "B", y "C"; Direcciones Generales de Control de Procedimientos Penales "A", "B" y "C" ; Direcciones Generales del Ministerio Público Especializado "A", "B" y "C"; entre otras. En consecuencia desaparecen la Subprocuraduría de Averiguaciones Previas, la Dirección General de Averiguaciones Previas y la Dirección General Jurídica, cuyas funciones se desplazan en su mayoría a las antes señaladas.

De esta manera, las facultades de los Subprocuradores se encuentran en el artículo 11 de éste nuevo reglamento, mientras que las atribuciones de las Direcciones están en los artículos 31 y 32.

Por lo tanto, a partir, del 1o. de enero de 1998, todos los asuntos que lleguen, relativos al delito de Responsabilidad Profesional que en el Fuero Federal se cometan, serán perseguidos evidentemente por las Direcciones Generales del Ministerio Público Especializado "A", "B" y "C"; donde la aprobación de su dictámen de no ejercicio de la acción penal y reserva será aprobado por las Direcciones Generales de Control de Procedimientos Penales "A", "B" y "C".

Por otra parte, es importante señalar, que muchas de las denuncias hechas contra algún médico-servidor público pudieron haber sido llevadas por la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, donde el Ministerio Público adscrito debió determinar la resolución de incompetencia, ya que esas investigaciones deben ser llevadas por la Procuraduría General de la República, de la misma manera, ésta no puede llevar investigaciones que por fuero común le conciernen a la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.

1.3. Integración de la Averiguación Previa.

Como ya se menciono en el inciso referente a los requisitos de procedibilidad, la persecución de los delitos le corresponde al Ministerio Público que se auxiliará con un policia, dentro de la cuál se encuentra la actividad investigadora que es propiamente la Averiguación Previa.

En la actividad investigadora, el Ministerio Público se dedica a la búsqueda de pruebas necesarias para comprobar la existencia de un delito determinado, lo que sería un presupuesto forzoso para poder ejercitar la acción penal. De ahí que se conceptue a la Averiguación Previa de las siguientes formas:

"...conjunto de actividades de investigación de la existencia del cuerpo del delito y probable responsabilidad, formadas tanto por las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público como preparación del ejercicio de la acción penal, como las prácticas en forma excepcional por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público. "38

³⁸ Garduño Garmendia, Jorge. *El Ministerio Público en la Investigación de los Delitos*. México, Edit. Limusa, 1991, pág. 48.

Mientras tanto Franco Villa señala: "La Averiguación Previa es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Público, durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los tribunales competentes."⁸⁹

Por su parte, Osorio y Nieto afirma que como fase del procedimiento penal, puede definirse la Averiguación Previa como "...la etapa procedimental durante la cuál el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."⁹⁰

En virtud de las reformas, este autor contempla en su definición los elementos del tipo penal y no al cuerpo del delito, asimismo habla del órgano investigador sin determinar si se trata del Ministerio Público o de la Policía; respecto a esto, ya quedó establecido que la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público con auxilio de un policía.

⁸⁹ *El Ministerio Público Federal, México, Edit. Porrúa, S.A. 1985, pág. 150.*
⁹⁰ *Osorio y Nieto, César Augusto, La Averiguación Previa, 7a. ed., México, Edit. Porrúa, S.A., 1994, pág. 2*

En relación a lo anterior, Rivera Silva establece tres principios fundamentales que rigen a la actividad investigadora:

1. La iniciación de la investigación se rige por los requisitos de procedibilidad, ya que nunca se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la averiguación previa.

2. Se rige por el principio de oficiocidad, ya que una vez iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente lleva a cabo la búsqueda.

3. La investigación está sometida al principio de legalidad, ya que no queda al arbitrio del órgano investigador la forma de llevarla a cabo, sino que queda sujeta a lo establecido por la ley.⁹¹

Respecto a este último principio, como es de saberse todas las diligencias que se deban practicar dentro de la Averiguación Previa del delito de Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal; quedarán sujetas indudablemente al Código Federal de Procedimientos Penales, La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, a su reglamento, así como a los acuerdos y circulares emitidos por el Procurador y que son de carácter administrativo, además de las Bases de Colaboración que en su caso se establezcan; de ahí que muchos

⁹¹ Cfr. *Ob. Cit.*, pág. 40 y 41

afirmen que la Averiguación Previa es de carácter administrativo, e indudablemente pertenece al orden público.

Siguiendo éste orden de ideas, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, determina los actos que se deberán seguir por parte del Ministerio Público dentro de la Averiguación Previa, así como el auxilio que puede obtener de otras instituciones, con fundamento en los artículos 8o. y 13.

El artículo 8o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría contiene en esencia lo indicado por el artículo 2o. del Código Federal de Procedimientos Penales; asimismo ésta misma ley adjetiva trata en sus artículos del 113 a 133 bis lo relacionado con la Averiguación Previa.

Para que el Ministerio Público de la Federación pueda comprobar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad en que pudo haber incurrido un médico en el ejercicio de su profesión, deberá atender a lo dispuesto por el artículo 180, primer párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

"Art. 180.- Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculcado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que

menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho..."

De acuerdo a lo anterior, el Ministerio Público de la Federación, cuando se encuentre en presencia del delito de Responsabilidad Profesional Médica, deberá iniciar la Averiguación Previa, donde se manifestará el lugar, la fecha, la hora, la mesa a donde se lleva a cabo la investigación, así como el funcionario, en éste caso el Ministerio Público que ordene el levantamiento del acta. Posteriormente se hace la síntesis de los hechos o exordio, donde se narra brevemente los hechos que motivan el levantamiento del acta; declaración de quien proporciona la noticia del delito que puede ser un particular, un agente o cualquier persona de tal manera que se le interrogue como testigo, donde evidentemente deben existir los requisitos de procedibilidad; asimismo deberá allegarse de todos los documentos médicos que se le pudiesen facilitar, ya sea por parte del denunciante o en estos casos de malpraxis, directamente la autoridad pide a la Institución de Salud en donde labora el médico presunto responsable, de manera inmediata el expediente clínico o su fotocopia, para evitar que la información que contenga pueda ser alterada; trámite que se llevará a cabo, a través de la Dirección Jurídica de ambas instituciones, pero en caso de no encontrarse dicho expediente, las instituciones de salud llegan a mandar un resumen, de ahí que el Ministerio Público pueda recurrir a la Policía Judicial Federal como su auxiliar con fundamento en el artículo 19 de la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República para que proceda a la investigación, localización y presentación del expediente clínico en el archivo clínico del hospital.

En el expediente clínico como ya se explicó en el capítulo anterior, se observarán horas, fechas, descripciones, diagnósticos, tratamientos, exámenes, autorizaciones y hasta la legibilidad de lo que el médico escribió. Todos estos elementos, representarán una gran ayuda para que la autoridad pueda determinar si se está o no en presencia de Responsabilidad Profesional, e inclusive ordene las comparecencias necesarias; ya que una vez levantada el acta, en caso de que la denuncia hubiese sido por escrito, se pida su inmediata ratificación; y posteriormente, llamar a testigos, involucrados y al inculcado mismo. De esta manera en la declaración de la víctima o el ofendido, se le debe tomar protesta de conducirse con verdad, a quien se le preguntarán sus datos generales y se les invita a hacer una narración concreta y breve de los hechos, donde el Ministerio Público, deberá llevar el interrogatorio, de tal manera que una vez asentada la declaración en el acta se le permitirá al declarante leerla para ratificarla y firmarla o el Ministerio Público podrá dar lectura de ella pero será firmada por el declarante.

En el caso de los testigos, igualmente se les tomará protesta, solicitándoles posteriormente información general relacionada a los hechos, siempre que le consten.

De la misma manera el presunto responsable, que en éste caso es el médico, hará su declaración, por lo que se le exhortará de conducirse con verdad y se le interrogará teniendo en cuenta el artículo 20 constitucional.

Cabe mencionar que dentro de la Averiguación Previa, existen ciertas cuestiones como la razón y la constancia, que según Osorio y Nieto; la primera se refiere al registro que se hace de un documento en casos específicos como los que presentan las partes o que deban obrar en el proceso, los que deberán agregarse a éste o cuando los sujetos relacionados con la averiguación presenten documentos; mientras que la segunda se refiere al acto que realiza el Ministerio Público durante la averiguación en virtud del cual se asienta formalmente un hecho relacionado con la averiguación que se integra, ya sea respecto de lo que se investiga o del procedimiento que se está verificando, haciéndose en dicha averiguación el asiento respectivo.⁹⁷

Respecto a lo anterior, muchas de las veces, la víctima o el ofendido, lleva ya un dictámen médico, de un hospital privado, donde se determina por el médico de dicha institución, que existe Responsabilidad Profesional, por parte del médico-servidor público, de ahí que el Ministerio Público tenga que

⁹⁷ *Cfr. Osorio y Nieto, Cesar Augusto, Ob. Cit., págs. 32 y 33.*

proceder a asentar en la Averiguación Previa una razón de dicho documento.

Además de las diligencias realizadas por el Ministerio Público, también se requiere en la investigación la intervención de peritos en la materia de la medicina, ajustándonos a lo establecido por los artículos 34 y 35 de la Ley Reglamentaria del artículo 50. Constitucional que establecen:

"Art. 34. Cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convinieren las partes. Los peritos deberán tomar en consideración para emitir su dictámen, las circunstancias siguientes:

I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;

II. Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se presente el servicio;

III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener buen éxito;

IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido, y

V. Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

El procedimiento a que se refiere este artículo, se mantendrá en secreto y sólo podrá hacerse pública la resolución cuando sea contraria al profesionista."

"Art. 35. Si el laudo arbitral o la resolución judicial en su caso, fueren adversos al profesionista, no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberá además, indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufre. En caso contrario, el cliente pagará los honorarios correspondientes, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los daños que en su prestigio profesional hubiere causado al profesionista. Estos últimos serán valuados en la propia sentencia o laudo arbitral."

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales determina, la intervención de los peritos, siempre y cuando se llenen ciertos requisitos, y que tomando en cuenta la naturaleza de la Responsabilidad Profesional Médica, se ajustan sus

artículos 220, 221, 225, 228, 233, 235, 236 y 238, principalmente.

En la actualidad la Autoridad Ministerial, somete su resolución en base a dos peritajes principales: a saber, la opinión técnica y el dictámen pericial oficial emitido por la Procuraduría General de la República.

En relación a la opinión técnica, el dos de mayo de 1990, se suscribieron bases de colaboración entre la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Salud, para el delito de Responsabilidad Profesional en el Orden Federal o cuando estén involucrados Servidores Públicos, donde se dio participación a la Academia Nacional de Medicina, con la finalidad de aportar las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de hechos, a la comprobación de los elementos del tipo, de la responsabilidad, de la existencia del daño y la fijación del monto de la reparación.

En éstas bases, la Secretaría de Salud con participación de la Academia u otras instituciones de prestigio en materia de salud, se comprometen a apoyar la Procuraduría, cuando ésta lo solicite, emitiendo una opinión técnica en los casos de los artículos 228 y 229 del Código Penal, siempre y cuando se refiera a un servicio público federal, profesional o técnico de las disciplinas de la salud.

Para que se emita la opinión técnica, una vez iniciada la Averiguación Previa, la Procuraduría le requiere a la Secretaría de Salud, que por conducto de su Dirección General de Asuntos Jurídicos, designe a la institución médica para que emita su opinión respecto a la denuncia, la declaración ministerial de los presuntos responsables con relación al fondo del asunto, así como sobre el expediente clínico y la técnica empleada en la atención médica objeto de la denuncia.

De ahí, que la Secretaría de Salud se obligó a designar a los profesionales que se requirieran como mínimo dos en cada caso, para emitir la opinión técnica y posteriormente remitirla a la Procuraduría; además a establecer mecanismos de colaboración con las Instituciones prestadoras de servicios de Salud de prestigio en el país, para cumplir con el objeto de dichas bases, asimismo los profesionales que designaría la Secretaría serían trabajadores de la misma o en su defecto solicitaría el apoyo de la Academia o de otras Instituciones reconocidas; en cada caso, los profesionistas serían propuestos por la Academia o las Instituciones reconocidas proporcionando sus nombres, domicilios, profesiones y demás datos que se requirieran, de tal manera que las opiniones técnicas emitidas por estas se turnarían a la Secretaría de Salud a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos para que por su conducto se haga llegar a la Procuraduría.

Con la misma finalidad, en noviembre de 1990, se suscribieron Convenios de Colaboración entre la Secretaría de Salud, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Posteriormente, a partir del primer trimestre de 1991 se inició la suscripción de instrumentos de similar naturaleza con los gobiernos de cada una de las Entidades Federativas, en donde las instancias estatales de salud, emiten, a solicitud de las Procuradurías de Justicia locales, las respectivas opiniones técnicas.

En consecuencia, las opiniones técnicas que se emiten hasta la actualidad, tienen su fundamento jurídico en éstas bases de colaboración. No obstante, es importantísimo mencionar que el día tres de junio de 1996, el Ejecutivo Federal, mediante decreto, crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuyo propósito principal está enfocado a contribuir a la resolución de los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de servicios médicos en el ámbito nacional; para ello se le ha dotado de plena autonomía técnica como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con la finalidad de que actúe como mediador en términos de amigable composición, asegurando que sus opiniones, acuerdos y laudos, puedan evitar posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos.

De acuerdo con lo anterior, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico no afectará el ejercicio de otros derechos y vías que la ley concede a las partes como medios de defensa, sin generar duplicidades, ya que no conocerá de quejas o inconformidades previamente resueltas por cualquiera de las Comisiones de Derechos Humanos; mientras tanto, coadyuvará con las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia en el desarrollo de los procesos que se ventilen ante ellas, al poder recurrir éstas a un organismo facultado para la elaboración de dictámenes y peritajes en la materia, como lo es dicha Comisión; esto atendiendo a lo establecido por la fracción IX del artículo 4o. de su Decreto de creación.

Esta Comisión también habrá de coordinarse con las academias, colegios y consejos médicos, comités de ética y sociedades médicas de Instituciones públicas y privadas, al remitirles el resultado de sus deliberaciones sobre casos específicos o de indole general, a fin de que instrumenten las medidas previstas para estos casos en sus propios ordenamientos, esto de acuerdo a la fracción VIII del artículo 4o de su Decreto de creación.

"La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y

consejos médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito...”

Como nos podremos dar cuenta, mediante ésta fracción se dejan firmes las Bases de Colaboración ya mencionadas (*supra* pág. 168), en virtud de que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, es un órgano desconcentrado de la propia Secretaría de Salud, de donde procedería su facultad de poder emitir dictámenes periciales en auxilio de la Secretaría de Salud; sin embargo ya no será necesario remitirselos a dicha Secretaría, sino directamente a la autoridad solicitante, en base a la fracción IX del mismo decreto

Hasta la fecha, la Procuraduría General de la República no ha pedido opinión técnica alguna a dicha Comisión de Arbitraje Médico, argumentando que no existen acuerdos de colaboración entre ambas, relativos al auxilio de dicha Comisión en la elaboración de dictámenes, y aunque su decreto de creación establezca que tiene la facultad de emitir opinión técnica, también es cierto que en realidad no tiene una base constitucional, e inclusive la mayoría de las facultades que se

le atribuyen son constitucionalmente dadas a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 102 constitucional, apartado B; y por tanto, al ser órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, que no tiene esas facultades, se está violando la ley, aunque eso no inhibe que los objetivos de dicha Comisión de Arbitraje Médico sean los requeridos por la sociedad y por ende que jueguen un papel importante, pero se encontraría dentro del derecho si más bien fuera un órgano dependiente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Por otro lado tenemos el dictamen pericial oficial de la Procuraduría General de la República, emitido por peritos oficiales de la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales, que con fundamento en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría los servicios periciales de la institución, son auxiliares del Ministerio Público de la Federación; además el artículo 25 del reglamento de dicha Ley Orgánica establece dentro de sus facultades el auxiliar al Ministerio Público en la búsqueda, preservación y obtención de indicios y pruebas tendientes a la acreditación de los elementos del tipo penal y a la probable responsabilidad a través de la elaboración de sus dictámenes, que en el caso de que se trata seran de carácter médico.

En éste orden de ideas, el peritaje oficial, se solicita después de que se obtuvo la opinión técnica de la institución

designada por la Secretaria de Salud, de tal manera éste dictamen oficial al igual que cualquier otro peritaje, suele estar dividido en tres partes, a saber, los hechos, consideraciones y conclusiones.

Los hechos son la enunciación de los datos que se presentan oscuros y sobre los cuales debe versar el dictamen; las consideraciones, el estudio del objeto del peritaje, con la técnica especial, que en éste caso será en medicina; y las conclusiones, que son los datos obtenidos con el estudio especial, traducidos a un lenguaje entendible por cualquier persona.⁹¹

De las partes de éste peritaje, las que más interesan al Ministerio Público para tomar alguna resolución son las conclusiones, donde los dos médicos que se eligen por parte de la Procuraduría señalan si existe o no Responsabilidad Profesional.

En vista de lo anterior, podemos decir que la opinión técnica se ha convertido en un requisito que se debe de cumplir en la integración de la indagatoria referente a la Responsabilidad Profesional Médica. Sin embargo, en la práctica es de tomarse en consideración o no, según las características del caso en concreto; siendo a criterio del Ministerio Público, de la Dirección General de Averiguaciones

⁹¹ *Cfr. Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., págs. 239-240.*

Previas (a partir del 1o. de enero de 1998 corresponderá a las Direcciones Generales del Ministerio Público Especializado "A", "B", y "C"), así como de la Unidad de Legislación y Dictámenes, dependiente de la Coordinación General Jurídica de la Dirección General Jurídica de la Procuraduría General de la República, (a partir del 1o. de enero de 1998, dicha facultad la tendrá las Direcciones Generales de Control de Procedimientos penales "A", "B" y "C") darle mayor valor probatorio al Dictámen Médico Pericial de la Institución, en el caso de que éste y la Opinión Técnica sean contradictorios; de ahí que únicamente el Ministerio Público solicite la Opinión Técnica, por si en un momento dado la requirirera con el objeto de integrar la indagatoria.

Es de destacarse, que dentro de la Procuraduría no existe circular o acuerdo alguno, que señale la obligación del Ministerio Público de solicitar la Opinión Técnica para resolver por lo que respecta a la Responsabilidad Profesional Médica; resultando innecesaria dicha práctica, toda vez que cuando ésta es requerida a la Secretaría de Salud, transcurre un tiempo de tres a cuatro meses para que ésta sea obtenida y poder resolver la indagatoria; esto en virtud de que tanto la opinión técnica como el dictámen médico pericial se solicitan una vez que se encuentra debidamente integrada la averiguación, esto es, que se cuenta con las declaraciones de todos y cada uno de los médicos que proporcionan la atención, así como toda la documentación como es entre otros: el expediente clínico

original, notas medicas, nombramientos y cédulas profesionales, etc., retardando la resolución de la investigación, hasta una vez que se cuenta con la opinión técnica.

Por otro lado, los inculpados así como sus abogados, suelen escudarse con ésta opinión técnica para inconformarse con la resolución del Ministerio Público de la Federación, cuando ésta es contraria al dictámen médico pericial de la Procuraduría, en el que se indica que hubo negligencia, imprudencia e impericia en el tratamiento prestado al paciente, lo cuál acarrea como consecuencia fricciones entre éstos y el Ministerio Público; quien pudo no haber tomado en cuenta dicha opinión, ya que fué expedido por una Institución que en el noventa y nueve por ciento de los asuntos, asegura que no hubo responsabilidad por parte de los médicos de las Instituciones de Salud Pública.

Por todas estas circunstancias, el Ministerio Público ya no presta mucha atención a dicha opinión técnica, que más bien se ha convertido en una costumbre, en ocasiones innecesaria; además que las propias bases de colaboración entre la Procuraduría y la Secretaría de salud, dejan al libre albedrío del Ministerio Público solicitar la Opinión técnica, con fundamento en su primera base:

" PRIMERA.- Estas bases tienen por objeto establecer los mecanismos de colaboración técnico-científica entre las

signantes, a fin de que "LA SSA", con la participación de "LA ACADEMIA" u otras instituciones de prestigio en materia de salud apoye a "LA PGR", *cuando ésta lo solicite*, emitiendo una opinión técnica en los casos que prevén los artículos 228 y 229 del Código Penal, siempre y cuando se refiera a un servidor público, profesional o técnico de las disciplinas de la salud".

En consecuencia, es principalmente en el dictámen oficial de la Procuraduría, en el que se basa el Ministerio Público para su determinación, ya que las opiniones técnicas en un noventa y nueve por ciento aseguran que no hay Responsabilidad por parte de dichos médicos, de ahí mi propuesta de que la opinión técnica desaparezca y en su lugar dictamine la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, siempre y cuando perteneciera a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ya que al ser órgano desconcentrado de la Secretaría de salud, volveríamos a caer en el mismo círculo vicioso.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, el delito de Responsabilidad Profesional siempre estará relacionado con otros delitos, principalmente el de lesiones y homicidio donde el bien jurídico protegido es la integridad anatómica y funcional, así como la vida, por ende se deben tomar en cuenta los siguientes artículos del Código Federal de Procedimientos Penales.

"Artículo 169.- Cuando se trate de lesiones externas éstas serán objeto de inspección con asistencia de peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabará dictámen de aquellos peritos, que las describa y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para este fin."

"Artículo 170.- En el caso de las lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de otras diligencias que resulten precedentes, se practicará inspección haciendose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el dictámen pericial en que se expresaran los síntomas que presenten, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esa circunstancia, agregandose el dictámen pericial."

"Artículo 171.- Si se tratare de homicidio, además de otras diligencias que sean procedentes, se practicará la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictámen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado, se procederá a exhumarlo."

Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el Ministerio Público, o el tribunal en su caso, estimen que no es necesaria."

"Artículo 172.- Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en el expediente, declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas."

Aplicando lo anterior al delito de Responsabilidad Profesional Médica, los delitos de lesiones y homicidio en que pudiera verse involucrado un médico tratante, corresponderá al perito médico oficial de la Procuraduría General de la República, observar dichos lineamientos, con la finalidad de que su dictamen sea lo más veráz posible y de ésta forma proporcionar al Ministerio Público de la Federación los elementos necesarios para que determine si existe o no responsabilidad por parte del médico-presunto responsable.

2. LA RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.

Como ya se estableció, una vez que se ha hecho la integración de la Averiguación Previa, es decir, tomado declaraciones, testimonios y agregando documentos, y dictámenes periciales, corresponde al Ministerio Público de la Federación, proceder a la determinación de la Averiguación Previa.

Siguiendo las ideas de ciertos autores encontramos que el Ministerio Público, se podrá encontrar en ciertas situaciones, en base a las cuales tendrá que fijar alguna de sus resoluciones, pudiendo ser las que a continuación se enumeran.

2.1. Ejercicio de la Acción Penal.

Una vez, que el Ministerio Público de la Federación ha cumplido con lo establecido en los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, le corresponde continuar con la segunda etapa de la función persecutoria establecida en el artículo 21 constitucional, es decir, el ejercicio de la acción penal, cuyo cumplimiento, es obligación

del Ministerio Público una vez que se haya agotado la averiguación y haberse cersiorado de la existencia de una conducta típica perpetrada por un sujeto y la imputación que como consecuencia se puede hacer, en virtud de que terminó la etapa de la preparación del ejercicio de la acción penal o investigación, procediendo entonces al inicio del ejercicio de la misma, atendiendo para ello, a la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que a continuación se transcribe:

"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo, b) el resultado y su

atribuibilidad a la acción u omisión; e) el objeto material; d) los medios utilizados; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

Atento a lo anterior, Osorio y Nieto dice que se entiende por elementos del tipo penal: "...el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellas no se integra el ilícito penal."⁹⁴

Mientras tanto, la probable o presunta responsabilidad, no es más que la posibilidad de que pudiera ser imputable a un sujeto la comisión de un delito, por el cual tenga la obligación de responder por haber actuado con antijuricidad y culpabilidad y no exista causa legal que justifique su proceder.

⁹⁴ *Ob. Cit.*, pág. 25.

El mismo tratadista manifiesta que: "Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción, preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia."²⁵

En vista de lo anterior, si el investigador, ha logrado comprobar tanto los elementos del tipo como la probable responsabilidad, podrá ejercitar la acción penal, que en virtud de alguna de tres circunstancias que se den, y que podrá ser sin detenido o con detenido, como a continuación se explica:

Cuando el delito es sancionado con pena privativa de libertad, preceda denuncia, acusación o querrela, el sujeto no se encuentre detenido, y existan los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado; entonces el Ministerio Público, ejercitará la acción penal sin detenido, pero en su pliego consignatorio estará obligado a solicitar la orden de aprehensión, con fundamento en el artículo 16 y 102

²⁵ *Ibidem*, pág. 26

constitucionales, en relación con los artículos 134, 168 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como podemos observar, ésta hipótesis (acción penal sin detenido), comunmente se aplica en el caso de Responsabilidad Profesional, en el que aún y cuando su tipo penal no especifique una pena privativa de libertad (requisito necesario para solicitar la orden de aprehensión), dicha descripción manifiesta que sólo existirá responsabilidad por parte del profesionista, cuando éste cometa un delito diverso al de responsabilidad profesional; vgr. En el caso de los delitos de homicidio y ciertas lesiones (casi siempre culposos), que señalan una pena privativa de libertad y en caso de configurarse, el médico se verá inmerso necesariamente en dos delitos; a saber, el homicidio o lesiones por un lado, y la responsabilidad profesional por el otro; dando paso a que el Ministerio Público ejercite la acción penal sin detenido

Otra hipótesis en la que se puede encontrar el Ministerio Público es que de sus investigaciones se desprenda que existe un delito que no merece pena privativa de libertad; entonces, deberá ejercitar la acción penal sin detenido, solicitando al órgano jurisdiccional en su pliego consignatorio, gire una orden de comparecencia. Pudiendo advertirse que la Responsabilidad Profesional no tiene pena de prisión y que no obstante debe ir aunada a otros delitos, que en un mínimo de casos no son de pena privativa de libertad.

Quando el delito cometido por un médico, se considere como grave por la ley, se haya detenido el sujeto activo, en éste caso el médico, bien sea por flagrancia o caso urgente y se encuentren reunidos los requisitos del artículo 134 en relación con el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público procederá al ejercicio de la acción penal con detenido.

En relación a lo anterior, debemos tomar en cuenta las siguientes definiciones:

La acción penal es: "...atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto."⁸

Por su parte, Rivera Silva, distingue entre la acción penal y la acción procesal penal; manifestando que la primera es el 'derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, siendo un derecho en abstracto del Estado que se concreta surgiendo la obligación de actuar'; y cuando el órgano encargado de la existencia del derecho persecutorio (Ministerio Público) se cerciore de la existencia del delito y prepare su petición, entonces se inicia la preparación del ejercicio de la acción penal o acción procesal penal a través de la Averiguación Previa, donde una vez que el Ministerio Público la agota y se cerciora de la conducta típica

⁸ Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, pag. 23

y de la imputación de la misma, entonces nace el inicio del ejercicio de la acción penal o acción procesal penal, que no es mas que 'un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estime delictuoso'. En consecuencia, asegura que la acción procesal penal no solo comprende el inicio (exitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto o consignación), sino también otros dos periodos, es decir, el de desarrollo y el de culminación, representados a través de actuaciones como la aportación de pruebas, órdenes de comparecencia, aseguramientos precautorios, formulación de conclusiones, de agravios y alegatos.⁹⁷

Evidentemente, ésta idea se apoya en el artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece:

"En el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del proceso judicial.
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

⁹⁷ *Cfr. Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., pág. 45*

IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y

VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos".

Volviendo al inicio del ejercicio de la acción procesal penal, identificada a través de la consignación o pliego consignatorio como un acto más de naturaleza administrativa, que consiste en un documento por medio del cual el Ministerio Público pone en conocimiento del Órgano Jurisdiccional los hechos ilícitos que se han establecido en base a su averiguación, y que tiene la característica de ser informal porque su formulación no requiere de requisitos especiales de forma para su elaboración, no obstante que debe estar debidamente fundado y motivado para que el juez pueda seguir con el procedimiento.

Entonces es necesario determinar lo que debemos entender por fundamentación y motivación. El primero consiste en señalar los preceptos legales del Código Penal que tipifiquen y sancionen el hecho delictuoso, así como las leyes correspondientes en que se apoyan las facultades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y la competencia del Órgano Jurisdiccional al cual se solicita la aplicación del Derecho al caso concreto; y por motivación, el dejar asentado en actuaciones las diligencias de investigación que acrediten la

comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.⁹⁸

No obstante lo anterior, si tenemos en cuenta que la consignación o inicio del ejercicio de la acción penal no es más que una resolución, tendremos en cuenta en lo que se relacione, los requisitos que se marcan para las resoluciones judiciales como son principalmente:

I. Un preámbulo, que deberá contener: 1. Lugar en que se pronuncie, 2. Fiscalía y mesa que la dicte (*supra* pág. 155), 3. Nombres y apellidos del inculpado, ocupación (médico) e institución pública del sector salud al que pertenezca, 4. Delito o delitos que se le imputen.

II. El resultando, que deberá contener: Un breve extracto de los hechos y las diligencias practicadas al integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

III. Un considerando, que debiera contener: Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la resolución, además el desglose de los elementos del tipo de conformidad con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

⁹⁸ Cfr. Garduño Garmendia, Jorge. *Ob. Cit.*, págs. 84-85

IV. La resolución o puntos resolutivos, que deberá mencionar concretamente el ejercicio de la acción penal a través de la consignación, así como el tribunal de Distrito en turno en materia penal al que se le enviará dicha consignación, la solicitud de orden de aprehensión en su caso, la solicitud de que se dé intervención al Ministerio Público de dicha adscripción, así como la solicitud de la reparación del daño correspondiente.

Es indispensable manifestar que el órgano jurisdiccional, a través del auto de radicación tiene la obligación de fijar su jurisdicción así como resolver las cuestiones planteadas por el Ministerio Público en su pliego consignatorio; en virtud de lo cual se abre el periodo de preparación del proceso.

2.2. Acuerdo de Reserva.

Otra de las resoluciones que puede tomar el Ministerio Público, es el acuerdo de reserva, que podrá dictar siempre y cuando exista imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa ya que por la falta de ciertas diligencias aún no se puedan comprobar los elementos del tipo ni la probable responsabilidad, o que se hayan comprobado los elementos del tipo, pero no sea posible demostrar la probable responsabilidad del médico en éste caso.

Este tipo de obstáculos que no permiten la continuación de la Averiguación pueden ser de dos clases, debidos a una situación de hecho o por una dificultad material superable para practicarlos. En el primer caso, atendiendo al artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales, la autoridad no podrá consignar sino hasta que reúna los requisitos establecidos en los artículos 134 y 168 del mismo ordenamiento, y en su caso los precisados por los artículos 14 y 16 constitucionales; mientras que en el segundo caso, donde no se han podido practicar las diligencias por una dificultad material, la cuál debe ser de tal naturaleza que evidentemente impidan la actuación del Ministerio Público, como la indispensabilidad de un testimonio para la comprobación del delito, y que no pueda tomarse en virtud de que la persona que deba declarar se encuentre fuera del país y no sea posible su presentación.

Cabe agregar que cuando la Averiguación se manda a reserva, no ha concluido la investigación, inclusive el Ministerio Público podrá llevar a cabo más diligencias, ya que en un futuro posiblemente pueda obtener mayores indicios para en un momento dado ejercitar la acción penal, lo cual caracteriza a dicho acuerdo como una resolución de carácter temporal; ésto atendiendo a lo establecido por el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En base al artículo anterior, el acuerdo A/007/92, de 3 de abril de 1992, establece dos casos en los que se podrá formular consulta de reserva:

1. Que el probable responsable o indiciado no esté plenamente identificado, o
2. Que resulte imposible desahogar algún medio de prueba y los ya existentes sean insuficientes para determinar el ejercicio o no de la acción penal.

Por otra parte, si atendemos a lo dispuesto por el artículo 110 del Código Penal en materia Federal que establece:

"La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delio o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio

público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que de motivo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este código.”

Para los efectos de la Averiguación Previa, se tomará en cuenta lo establecido por el artículo 107 del Código Sustantivo en materia penal señalando que cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente; y en tres años fuera de ésta circunstancia, es decir cuando se trate de un delito perseguible de oficio.

Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado (averiguación previa), la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos

perseguidos de oficio; y sería en éste momento cuando la prescripción podría interrumpirse por las causas señaladas en el artículo 110 del mismo ordenamiento. Asimismo cuando se deje de actuar como en el caso del acuerdo de reserva, la prescripción de las acciones empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

Por otra parte, cuando el investigador solicite la intervención de la Policía Judicial Federal para que ésta se avoque a la investigación de los hechos, en el oficio deberán precisarse, con claridad, los puntos respectivos; si no hubiese pronta respuesta por parte de la Policía, no se cumplieren los puntos precisados o en su caso se observara negligencia o dolo en la investigación o informe, el Ministerio Público girará oficio recordatorio, precisando nuevamente los puntos a investigar, así como enviar copia del recordatorio a los superiores jerárquicos de los elementos comisionados y a la Unidad de Inspección Interna de la Policía Judicial y Servicios Periciales, quienes intervendrán de acuerdo a su competencia, de tal manera que si existe responsabilidad de dichos comisionados, procederán a levantar las actas administrativas que correspondan.

Asimismo, cuando solicite el Ministerio Público de la Federación, la intervención de peritos, indicará los puntos que considere necesarios dilucidar y sobre los que deberá versar su peritaje, pero si no obtuviere rápida respuesta, procederá de la

misma forma que con los comisionados de la policía. Lo mismo sucederá si el investigador pide auxilio a otro servidor público de la misma Institución, sólo que la copia del oficio recordatorio se la hará llegar a la Contraloría Interna o al Organó de control que corresponda.

Si se trata de cualquier otra autoridad, o dependencia de la Administración Pública Federal, de los Estados o de los municipios, la copia del oficio recordatorio la enviará al superior jerárquico requerido y a la Unidad de Área de Control de donde éste preste sus servicios.

En el caso de que el investigador requiera de cualquier otra persona relacionada con la investigación, podrá hechar mano de los medios de apremio del Código Federal de Procedimientos Penales

Cuando el Ministerio Público consulte la reserva a la Coordinación General Jurídica: solicitará al denunciante, querellante u ofendido aporte mayor información, o proponga nuevas pruebas para desahogar, elaborará el acuerdo fundado y motivado, señalando el término de prescripción de los hechos investigados, donde consulte la reserva del expediente. En el caso de que el denunciante, querellante u ofendido no aporten lo suficiente y cuando no hubiere obtenido por su lado otros medios de convicción, además señalará claramente en el acuerdo las causas por las cuáles se consulta la reserva enumerando las

diligencias faltantes que considere necesarias para el esclarecimiento de la indagatoria, y previo visto bueno de su superior jerárquico, que en este caso se trata del Fiscal, turnará a la Coordinación General Jurídica, a través de su Unidad de legislación y Dictámenes, para que emita su dictámen. En consecuencia si la consulta no fué aprobada, el investigador deberá cumplir fielmente con las instrucciones que se le indiquen en el dictámen.

No obstante, si fue aprobada la reserva, entonces, la Coordinación Jurídica remitirá el expediente al Director General de Averiguaciones Previas, en espera de que se alleguen de nuevos medios de convicción para continuar con la integración de la Averiguación.

En el caso de que posteriormente, el investigador se allegara de nuevos medios de convicción, entonces, se recabará la indagatoria para practicar las diligencias conducentes y si desahogadas no fueren suficientes, subsistiendo la causa de reserva, el Ministerio Público, procederá a formular el acuerdo correspondiente.

Cabe mencionar, que en dicha Coordinación Jurídica, siempre habrá un cuerpo que permanentemente revisará las averiguaciones previas en las que se apruebe la reserva en el Sector Central.

2.3. No ejercicio de la Acción Penal.

La última hipótesis que puede presentarse al Ministerio Público es que cuando habiéndose practicado todas las diligencias que requiere la averiguación, no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto, requisitos indispensables para el ejercicio de la acción, de acuerdo al artículo 134 de la Ley Adjetiva Federal. De ahí que la autoridad determine entonces el no ejercicio de la acción penal y la resolución de archivo.

Esta resolución, en contraposición al acuerdo de reserva, no permite que posteriormente de su determinación, se vuelva a poner en movimiento la averiguación con el fin de realizar nuevas diligencias, ya que tiene la característica de ser definitiva: por lo que archivada una averiguación, no se podrá poner posteriormente en movimiento. No obstante podrá ser impugnada como se explicará en el desarrollo de éste tema

Los casos en que no se ejercitará la acción penal, están determinados por el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales en los siguientes términos:

"El Ministerio Público no ejercitará la acción penal:

I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal;

II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;

III. Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguido legalmente, en los términos del Código Penal, y

V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancia que excluyen la responsabilidad penal".

Aplicando estos supuestos a la Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal, el primero se refiere a que no se reunieron los requisitos marcados por el tipo penal establecido en el artículo 228 del Código Penal en materia Federal y los demás que puedan estar relacionados con la responsabilidad del médico, y que ya se establecieron en el capítulo anterior; el segundo consiste, en que el médico, aunque pudo haber estado presente en la atención al paciente,

ciertamente su actuación no fué la causa que le trajo algún inconveniente a éste, sino que se pudo deber a otra circunstancia, de ahí que sea imposible demostrar su probable responsabilidad; en la tercer hipótesis se habla de un obstáculo material insuperable que como prueba no permitió comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del médico, lo cuál no debe ser confundido con el obstáculo material superable por el que se toma la resolución de reserva; el cuarto supuesto se refiere indudablemente a que la responsabilidad penal se pudo haber extinguido en virtud de los supuestos establecidos por el Código Penal, es decir, por muerte del inculcado, por prescripción y por perdón de la parte ofendida en caso de que se acompañe de un delito perseguible a petición de parte; pero no se extinguirá por amnistia, en virtud de que ésta última solo se da en los asuntos de carácter político.

Asimismo, atendiendo al acuerdo A/006/92 emitido por el Procurador General de la República el 3 de abril de 1992, otras causas de no ejercicio de la acción penal serán:

1. Que la conducta o hecho atribuible al inculcado haya sido materia de una sentencia judicial emitida con anterioridad
2. Que la Ley quite al hecho investigado el carácter de delito que otro anterior le otorgaba.

Por otra parte, este mismo Acuerdo establece que una vez formulada la consulta fundada y motivada, de no ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público procederá a hacerla del conocimiento del denunciante, querellante u ofendido, asentando razón en autos para efectos del artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales, para que formule sus observaciones en un plazo no mayor de quince días naturales, contados a partir de la notificación que se realice.

En el caso de que el denunciante, querellante u ofendido manifestare su conformidad sobre la resolución del Ministerio Público, se asentara razón de ello al término del plazo, procediendo el investigador a remitir la Averiguación Previa a la Coordinación General Jurídica en el Sector Central, para que se dictamine sobre dicha resolución.

Mediante cédula fijada en una tabla de avisos para el público local, se notificará al denunciante, querellante u ofendido, asentando debida razón en autos

Pero en el caso de que el denunciante, querellante u ofendido hagan ciertas observaciones, previa razón de ello, el Ministerio Público procederá a su estudio practicando las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos e integración correcta de la indagatoria o reiterará la propuesta del No ejercicio de la Acción Penal, esta última decisión deberá

ser notificada nuevamente al ofendido, observando las formalidades citadas.

Si hubiese transcurrido el plazo otorgado al denunciante, sin respuesta alguna, el Ministerio Público asentará razón de ello y procederá a remitir la indagatoria a la Coordinación General Jurídica en el Sector Central, que a través de su Unidad de Legislación y Dictámenes revisará que se haya cumplido con las formalidades señaladas a este acuerdo y de haber sido satisfechas producirá un dictámen que será sometido a la consideración del Subprocurador o Delegado que en su caso corresponda, quienes autorizarán en definitiva el *No ejercicio de la acción penal y archivo* de la indagatoria correspondiente; pero en caso de que no se cubran éstos requisitos, entonces la Unidad de Legislación y Dictámenes a través de los Agentes del Ministerio Público Federal Auxiliares, en el Sector Central, devolverán la Averiguación Previa al Representante Social consultante haciendo las observaciones que estime convenientes.

No obstante, lo expuesto por el acuerdo A/006/92, el artículo 21 Constitucional reformado por publicación del Diario Oficial en fecha 31 de diciembre de 1994, donde se agrega el párrafo tercero y que a la letra dice:

"Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser

impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley."

Además tomando en cuenta, el artículo 133 de la Ley Adjetiva Penal Federal vigente, entonces, cuando el denunciante, querellante u ofendido estuvieren inconformes, con la resolución de no ejercicio del Ministerio Público, podrán ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de quince días contados a partir de que le fué notificada dicha resolución, por lo que dicho Procurador, decidirá en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal, y aunque se manifieste en el mismo que contra la resolución del Procurador no cabe recurso alguno, sino únicamente la responsabilidad; además de que la Ley adjetiva no prevé recurso alguno contra la resolución del Ministerio Público, toda vez que es de carácter administrativo y no judicial, también es cierto que la Ley Suprema abre la posibilidad de impugnar por la vía jurisdiccional, dicha resolución; de ahí que ésta impugnación en todo caso sería a través del juicio de amparo, ya que por tratarse de un acto de autoridad y una vez que se han agotado todos los recursos posibles, puede intentarse por el denunciante, querellante u ofendido.

Cabe mencionar, que aunque el Ministerio Público no haya ejercitado la acción penal, y por ende no solicitó la reparación del daño, el ofendido tiene la facultad de intentar por la vía civil la reparación del daño, inclusive cuando exista

sobreseimiento o sentencia absolutoria dictada por el juez penal, con fundamento en el último párrafo del artículo 34 del Código Penal:

"...Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente."

Cabe mencionar, que tanto la consulta de reserva, como la de no ejercicio de la acción penal, serán dictaminadas por la Unidad de Legislación y Dictamen de la Dirección General Jurídica hasta el 31 de diciembre de 1997, ya que a partir del 1o. de enero de 1998, corresponderá dicha atribución a las Direcciones Generales de Control de Procedimientos Penales "A", "B" y "C"; de acuerdo a lo expuesto en el subtítulo de Competencia en la Responsabilidad Profesional Médica de éste capítulo de tesis.

CONCLUSIONES

1. La Responsabilidad Profesional Médica, se deriva de dos garantías constitucionales, a través de los artículos 40. Párrafo cuarto y 50. Párrafo primero; los cuales protegen el derecho a la salud y la libertad de trabajo, respectivamente. Siendo ambos, tanto garantías individuales como derechos sociales.

2. Las leyes de carácter Federal, relativas al ejercicio individual y colectivo de la medicina son la Ley General de Salud y La ley Reglamentaria del artículo 50. Constitucional; ésta última prevé que debe existir una reglamentación particular en cada una de las profesiones, que hasta la fecha los profesionales de la medicina no la tienen.

3. Desde la época precortesiana, se ha penado de alguna manera, la responsabilidad en que pueden incurrir los médicos, por falta a sus deberes; teniendo una gran evolución, hasta llegar al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1871, 1929 y 1931.

4. La responsabilidad como género, tiene cuatro acepciones, como deberes de un cargo, causa de un acontecimiento, como capacidad mental, y como merecimiento. Dentro de ésta última interviene el Derecho, estableciendo dos tipos de Responsabilidad, a saber, la

responsabilidad objetiva y la Responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa.

5. La Responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa, tiene diferentes características, dependiendo de la materia jurídica en que nos remontemos, a saber, la civil o la penal.

6. Asimismo, la Responsabilidad Profesional Médica en específico, se encuentra dentro de la Responsabilidad Profesional en general; la cual puede ser moral o jurídica, por lo tanto, ésta última podrá ser en materia civil, penal o administrativa, dependiendo de la vía que se tome y la calidad del profesionista.

7. Para poder determinar, Responsabilidad Profesional Médica, en cualquier materia, es indispensable tener en cuenta ciertos presupuestos; es decir, la Bioética, Iatrogenia, Praxis y Malpraxis.

8. Si el Médico, viola alguno de sus deberes, puede incurrir en malpraxis, y por lo tanto su conducta posiblemente sería constitutiva del delito de Responsabilidad Profesional, previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

9. El delito de Responsabilidad Profesional, tiene elementos; a saber, la conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, y punibilidad, así como ciertas excluyentes de responsabilidad, que han sido objeto de discusión.

10. En el elemento de la tipicidad, observamos, ambigüedades, ya que en el actual tipo penal, previsto en el Título Décimosegundo, capítulo primero, artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, efectivamente se prevé la Responsabilidad Profesional en general, mas no la Responsabilidad Profesional Médica en específico, de ahí que el tipo vigente carezca de ciertos elementos que son necesarios mencionar de manera específica relativos a las conductas dolosas o culposas en que puedan incurrir los profesionales de la medicina, independientemente de que dentro de éste título se manejen ciertas conductas dispersas en que pueda caer el médico en el ejercicio de su profesión; lo anterior es una de las propuestas centrales de ésta tesis.

11. Cabe mencionar, que siempre que el Médico incurra en Responsabilidad, evidentemente, debió realizar cierta o ciertas conductas que lo hicieron caer en otros tipos penales, los cuales se encuentran tanto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal; así como en la Ley General de Salud. Dichos delitos pueden ser dolosos o culposos, y en consecuencia pueden devenir de una responsabilidad individual, solidaria y colectiva.

12. Dentro del tema de la Integración de la Averiguación Previa, encontramos que el Delito de Responsabilidad Profesional Médica procede a través del requisito de procedibilidad de denuncia o de querrela, dependiendo de la

naturaleza del delito principal cometido por dicho sujeto, los cuáles son casi siempre perseguibles de oficio, como lo es el homicidio y determinadas lesiones.

12. La Responsabilidad Profesional Médica, puede ser del orden Común o del orden Federal, dependiendo de la calidad del profesional de la medicina. Por ende, si se trata de servidores públicos, el delito cometido es Federal y por exclusión los que no tengan esta calidad cometerán un delito Común.

13. La Averiguación Previa del delito de Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal, que es el tema de esta tesis, se llevará a cabo en la Procuraduría General de la República, dentro de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Previstos en Leyes especiales perteneciente a la Dirección General de Averiguaciones Previas, hasta el 31 de diciembre de 1997, ya que a partir del 1º de enero de 1998, dichas averiguaciones, serán llevadas a cabo por las Direcciones Generales del Ministerio Público Especializado "A", "B" y "C".

14. La investigación de la Responsabilidad Profesional Médica, depende de dos peritajes, a saber, de la opinión técnica emitida por la Secretaría de Salud, y del peritaje oficial de la Procuraduría General de la República.

15. La Opinión técnica, en la práctica no se toma en cuenta, porque la mayoría de las veces se manifiesta que no

existe Responsabilidad Profesional, ya que no es conveniente para la Secretaría de Salud afirmar lo contrario; de ahí mi proposición, de hacer desaparecer dicho peritaje y tomar en cuenta más bien un peritaje que pueda expedir la Comisión de Arbitraje Médico de reciente creación, siempre y cuando fuera un organismo dependiente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y no de la Secretaría de Salud, ya que las actividades que realiza la Comisión de Arbitraje Médico constitucionalmente pertenecen a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

16. Actualmente, el Ministerio Público, toma como base para determinar su resolución, las conclusiones emitidas por el peritaje oficial de la Procuraduría General de la República, así como su propio criterio jurídico.

17. El Ministerio Público, en materia de Responsabilidad Profesional Médica en el Fuero Federal, puede tomar una de las siguientes resoluciones, el ejercicio de la acción penal, consulta de reserva o consulta de no ejercicio de la acción penal. La primera de éstas resoluciones se dirigirá al Tribunal de Distrito en turno, y las otras dos serán revisadas por la Unidad de Legislación y Dictámen de la Dirección General Jurídica, hasta el 31 de diciembre de 1997, y a partir del 1o. de enero de 1998, serán revisadas por las Direcciones Generales de Control de Procedimientos Penales "A", "B" y "C".

BIBLIOGRAFÍA

Achaval, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. s/e, Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, págs. 260.

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 13a. ed., México, Edit. Kratos, 1991, págs. 478.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., México, Edit. Harla, 1984, págs. 621.

Burgoa O. Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. México, Edit. Porrúa S. A., 1984, págs. 447

Las Garantías Individuales. 18a. ed.; México; Edit. Porrúa S.A. 1984; págs. 744.

Castellanos, Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 27a. ed.; México, Edit. Porrúa, 1989, págs. 359.

Castro Juventino V.. Garantías y Amparo. 5a. ed.; México; Edit. Porrúa, 1986 ; págs. 565.

Colin Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. México, Edit. Porrúa, 1990, págs. 656.

De Buen L. Néstor. Derecho del Trabajo. T.I. 2a. ed. ; México, Edit. Porrúa S.A. ; 1977 ; págs. 613.

Del Castillo Del Valle, Alberto. Garantías Individuales y Amparo en Materia penal. México ; Edit. Duero S.A de C.V. ; 1992 ; págs. 166.

De la Garza Salazar Jaime, Jorge Fernández Ruiz y otros. La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, págs. 123.

Flores y Troncoso, Francisco de Asis. Historia de la Medicina en México, desde la época de las Indias hasta la presente. T. I , México, Instituto Mexicano del Seguro Social, 1954, págs. 369

Historia de la Medicina en México, desde la época de las Indias hasta la presente. T.II, México, Instituto Mexicano del Seguro Social, 1982, págs. 472.

Franco Villa, José . El Ministerio Público Federal. México, Edit. Porrúa S.A. 1985, págs.534

Garduño Garmendia, Jorge. El Ministerio Público en la Investigación de los Delitos. México, Edit. Limusa, 1991, págs. 99.

Grandini González Javier. Medicina Forense : Texto, Preguntas, Respuestas y Atlas. México, Distribuidora y Editora Mexicana, S.A. de C.V., 1995, págs. 187.

Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. México, 1995, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, págs. 367.

López Bolado, Jorge. Los Médicos y el Código Penal. Argentina, Edit. Universidad., 1987, págs. 397.

Lorenzetti, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los Médicos. Argentina, Robinzal y Culzoni S.C.C. Editores., 1986, págs. 345.

Lifshitz, Alberto y David Trujillo. Los Derechos Humanos del Paciente Hospitalizado. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos., 1992, págs. 34.

López Bolado, Yungano y Bruno Poggi. Responsabilidad Profesional de los Médicos. 2a. ed. Argentina, Edit. Universidad, 1992, págs. 369.

Navarro Vega, Ignacio. Dinámica del Derecho Mexicano 7.
La Responsabilidad Penal de los Médicos en México. Vol. 7.
México, Procuraduría General de la República, 1976, págs. 117.

Ocaranza, Fernando. Historia de la Medicina en México,
la Medicina en el México Precortesiano. T.I, México, Ediciones
Botas-México, 1934, págs. 213.

Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación
Previa 5a. ed. México, Edit. Porrúa, S.A., 1990, págs. 487.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil III.
Teoría General de las Obligaciones. 5a. ed., México, Edit.
Porrúa, 1974, págs 531

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 14 ed.,
México, Edit. Porrúa, 1984

Universidad Nacional Autónoma de México. Diccionario
Jurídico Mexicano. T.VIII; México, UNAM; 1984; págs.433

Velasco Suárez, Manuel. Bioética y Derechos Humanos.
México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, págs.
23.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte
General. 5a. ed., México, Edit. Porrúa, 1990, págs. 654.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 117a. ed., México, Edit. Porrúa, 1997.

Ley General de Salud. 3a. ed., México, Ediciones Delma, 1995.

Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento. Diario Oficial de la Federación 26 de mayo de 1945, 2 de enero de 1974 y 22 de diciembre de 1993.

Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal. 57a. edit., México, Edit. Porrúa, 1996; y reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

Código Civil para el Distrito Federal. 62a. ed., México, Edit. Porrúa, 1993.

Código Federal de Procedimientos Penales. 52 a. ed., México, Edit. Porrúa, 1997.

Ley Federal de las Entidades Paraestatales. 19a. ed., México, Ediciones Delma, 1997.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. 19a. ed., México. Ediciones Delma, 1997.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 19a. edit. México. Ediciones Delma, 1997.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Diario Oficial de la Federación 3 de febrero de 1995 y 10 de mayo de 1996.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. México. Edit. Porrúa, 1996.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Diario Oficial de la Federación 8 octubre de 1993 y 27 agosto de 1996 y reformas del 27 de diciembre de 1996 y 30 de abril de 1997.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. 3a. ed., México, Ediciones Delma, 1995.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud. 3a. edit., México, Ediciones Delma, 1995.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. 3a. edit., México, Ediciones Delma, 1995.

Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y su Reglamento. Diario Oficial de la Federación 3 de junio de 1996.

Bases de Colaboración entre la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Salud del 2 de mayo de 1990.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis Jurisprudencial número 71, 1980, pág. 38.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Tesis Jurisprudencial, T. X-noviembre, 1991, pág.306.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, Tesis Jurisprudencial, T. XII-julio, 1993, pág.297.