

20721
65



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGATIVA
DE BRINDAR ATENCIÓN MÉDICA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
IGNACIO CUÉLLAR AYALA

Asesor: LIC. MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Junio del 2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**TESIS
FALLA
DE
ORIGEN**

PAGINACION

DISCONTINUA

AGRADECIMIENTOS

Por medio de éstas líneas, deseo agradecer, primero a Dios, por concederme vida y salud, la necesaria para concluir mis estudios en la Unibversidad y realizar el presente trabajo; después a mis padres y hermanos, por su apoyo incondicional y el reconocimiento de que sin su ayuda no lo hubiera logrado; en tercer lugar a mi asesor, en principio, por aceptar serlo sin haber sido su alumno siquiera, luego, por su guía invaluable y amistad brindada durante el desarrollo del presente; y, por último a todas las personas que de una u otra manera me orientaron, impulsaron y procuraron mi salud.

GRACIAS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B

OBJETIVO

No menos de una vez, nos hemos enterado por los medios masivos de comunicación o por algún familiar o amigo, de que una persona que acudió a solicitar atención médica a un hospital, tuvo que esperar con exceso el tiempo razonablemente necesario para que le atendieran, y, no en pocos de ellos, el trato recibido por parte de los prestadores y aveces por el personal administrativo de las instituciones de salud, no fue el que era de esperarse, sino que, o bien, el servicio médico fue brindado con un tiempo excesivo de retraso, atendido de modo deficiente, le negaron el servicio por carecer de algún documento (carnet u hoja rosa), ó, por no tener dinero para solventar los gastos; y, en otros, ni siquiera eso, algunas veces porque de acuerdo con el personal de las instituciones de salubridad no contaban con el material y equipo médicos necesario, o, porque los profesionales argumentaron que ya no les correspondía pues había terminado su turno; faltando a su deber y demostrando una gran falta de ética profesional, amén de la obligación legal que tienen como médicos y como profesionistas, colocando en una situación riesgosa para la salud del enfermo o atenuando la existente de manera que pudiera originar la pérdida o disminución en las funciones de algún miembro u órgano o la pérdida de la vida del usuario o de su producto (en caso de embarazo).

Ahora, si bien es cierto que, éste no representa un problema nacional, si lo es que no tiene que ser necesario esperar a que así sea para tomar y ejecutar las medidas necesarias para combatirlo, ya que está en juego el bien jurídico más preciado que es la vida y la salud. Además, éstos hechos ni siquiera debieran suscitarse, ya que son razonablemente evitables, por ello es preciso tomar las medidas necesarias para que cuando la sociedad acuda a un centro de salud a solicitar atención médica para sí o para otro, tenga confianza de que recibirá "atención oportuna y de calidad idónea," como lo establece la Ley General de Salud (art. 51).

Cabe hacer notar, que aún cuando la gran mayoría de los casos publicitados de responsabilidad profesional médica, son de hechos ocurridos en instituciones de los sectores público y social, en las privadas también ocurren, solo que éstas personas, a diferencia de las que acude a hospitales de aquéllos sectores que muchas veces la única manera que tienen de hacerse escuchar es acudir a los medios masivos de información, éstos últimos disponen de recursos económicos para acudir con otro médico y para contratar los servicios de un abogado, en su caso.

Es por lo anterior que nos hemos planteado la tarea de estudiar el marco legal y las condiciones de trabajo en que se desenvuelven los médicos, técnicos y los auxiliares de los servicios médicos, para que conociendo las causas o factores que inciden en la comisión de éstas faltas y el marco jurídico que rige su actuación, proponer acciones que, primero, faculten a la autoridad penal procurar y vigilar el cumplimiento del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional y su reglamentación y, segundo, que las personas que han sido sancionadas por negligencia médica, acrediten antes de volver al ejercicio profesional, que cuentan con los conocimientos mínimos necesarios de su especialidad, principalmente los que originaron la falta, para evitar que vuelvan a cometerla. También, sugerimos medidas de tipo administrativo, (que aunque no es nuestra encomienda, es innegable que son necesarias) las cuales ayudarán a que la sociedad tenga un acceso a un cada vez más efectivo derecho a la protección de su salud.

OBJETIVO

INDICE

INTRODUCCION I

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SALUD PUBLICA

1.1 EPOCA ANTIGUA.....	1
1.1.1 Mesopotamia	1
1.1.2 Grecia	2
1.1.3 Roma.....	2
1.2 EDAD MEDIA	3
1.2.1 Jerusalén	3
1.2.2 Francia	3
1.3 EPOCA CONTEMPORANEA.....	4
1.3.1 Declaración francesa.....	4
1.3.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	4
1.3.3 Legislaciones que universalizan el derecho a la salud.....	4
1.4 EN MEXICO.....	5
1.4.1 Entre los aztecas	5
1.4.2 Durante la colonia	6
1.4.3 En México independiente	6
1.4.4 Constitución de 1917	7
1.5 Base constitucional del derecho a la salud.....	8
1.5.1 Ley reglamentaria del derecho constitucional a la protección de la salud.....	11
1.5.2 Derechos de los usuarios y obligaciones de los prestadores de servicios de atención médica.....	12

CAPITULO 2. DE LOS DELITOS DE OMISION.

2.1 CONCEPTO.....	15
2.1.1 Los delitos de omisión para Jiménez de Asúa.....	16
2.1.2 Los delitos de omisión para Vincenzo Manzini	17
2.1.3 Los delitos de omisión para Eduardo Novoa Monreal.....	18
2.2 DELITOS DE OMISION PROPIOS	19
2.2.1 El tipo	19
2.2.2 La Antijuricidad.....	22
2.2.3 La Culpabilidad	22
2.2.4 Formas de autoría y participación.....	24
2.3 DELITOS DE OMISION IMPROPIOS	24
2.3.1 El tipo.....	25
2.3.2 La antijuricidad	30
2.3.3 La culpabilidad	30
2.3.4 La llamada tentativa de omisión	31
2.3.5 La participación.....	32
2.3.6 El llamado delito de omisión impropio culposo	32
2.4 CAUSALES DE JUSTIFICACION QUE REVISTEN MAYOR ACTUALIDAD EN LA PRACTICA MEDICA	32
2.4.1 El consentimiento.....	34
2.4.2 El estado de necesidad.....	37
2.4.3 El cumplimiento de un deber.....	39
2.4.4 La no exigibilidad de otra conducta.....	40

D

TESIS CON
FALLA DE CARGEN

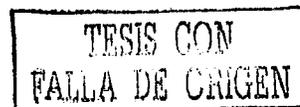
**CAPITULO 3. ANALISIS JURIDICO DEL DELITO PREVISTO Y SANCIONADO
EN EL ARTICULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**

3.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	43
3.2	DEFINICION LEGAL	43
3.3	ELEMENTOS DEL TIPO.	46
	a) Que exista una negativa de brindar atención médica.	46
	b) Que esa negativa se a sin causa justificada	46
	c) Que sea en caso de notoria urgencia.	46
	d) La existencia de un peligro.	46
	e) Por falta de intervención.	47
3.4	CLASIFICACION.	47
3.5	ESTRUCTURA DE UN TIPO SISTEMATICO DOLOSO PROPIO DE OMISION SIMPLE, SIN RESULTADO MATERIAL CONSUMADO COMO EL DEL ARTICULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD	50
3.5.1	Tipo objetivo	50
3.5.1.1	Una situación generadora del deber de realizar la acción.	51
3.5.1.2	Omisión de la acción obligada	51
3.5.1.3	Capacidad de ejecutar la acción omitida.	52
3.4.1.4	Autor.	52
3.4.1.5	Víctima.	52
3.4.1.6	Bien jurídico protegido.	53
3.4.1.7	Objeto material.	53
3.4.2	Tipo subjetivo.	54
3.4.2.1	Dolo.	54
3.4.2.2	Elementos subjetivos del injusto.	54

**CAPITULO 4. MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MEDICOS,
TECNICOS O SUS AUXILIARES**

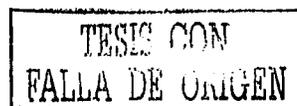
4.1	ALTERACIONES EN LA SALUD QUE NO SON CAUSA DE RESPONSABILIDAD	56
4.1.1	Iatrogenias.	56
4.1.2	Clasificación de las iatrogenias	56
4.1.3	La culpa como base jurídica de la práctica médica	57
	Especies de la culpa:	
	Impericia.	
	Negligencia.	
	Imprudencia.	
4.2	RESPONSABILIDAD PENAL Y REPARACION DEL DAÑO	62
4.2.1	Prisión y multa.	64
4.2.2	Reparación del daño	65
4.3	LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5º CONSTITUCIONAL RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL	76
4.4	EL CARACTER NO VINCULATORIO DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO.	76
4.4.1	Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.	76
4.4.2	Integración y atribuciones	76
4.4.3	El carácter no vinculatorio de las resoluciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico	77
4.5	RESPONSABILIDAD CIVIL	79
4.5.1	Causas y excluyentes de responsabilidad	80
4.5.2	El daño moral	83

E



4.5.3 La legislación vigente	85
4.5.3.1 Elementos de la responsabilidad civil.....	86
1º Una acción u omisión.....	86
2º El daño.....	87
3º La relación de causa efecto entre la acción u omisión y el daño	89
4.5.3.2 Trascendencia de la responsabilidad penal a la civil	89
4.6 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	91
4.6.1 Sujetos de responsabilidad administrativa.....	91
4.6.2 Faltas administrativas, sanciones y procedimiento de ejecución de las mismas, conforme a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.....	92
Faltas	92
Sanciones	92
Procedimiento para aplicación de sanciones.....	92
Ejecución de sanciones.....	93
ANEXOS.....	96
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	99

F



INTRODUCCION

Desde la época del rey Hammurabi (Mesopotamia siglos XVII o XVIII), las faltas de los que ejercían el arte de curar eran sancionadas. A través de los siglos y hasta la fecha, han existido diferentes ordenamientos legales que han sancionado las faltas de los médicos o quienes estaban encargados de cuidar de la salud de las personas. Así tenemos, por ejemplo, el Código de Hammurabi, la Ley Cornelia, Las capitulares de Carlo Magno. Se pensaba que las penas deberían ser proporcionales a las medidas de las faltas, es decir, existía una graduación de las penas, las cuales de leves a las más graves, consistían en: pago en dinero; arreglo económico; restitución cuando se provocaba la muerte de un esclavo; expulsión, con la consiguiente pérdida de bienes; amputamiento de la mano del médico culpable; y, hasta la muerte. Las penas se imponían dependiendo de la condición social del sujeto infractor, así, era menor la falta si la víctima era un esclavo y más grave si era libre y aún más si pertenecía a la clase alta y, de la misma manera era mayor la sanción si la falta la cometía un esclavo y no un hombre libre. También, ya desde entonces, los jueces se auxiliaban de los médicos para determinar la responsabilidad en varios delitos en los que es indispensable la opinión médica.

Así, comprobaremos que, aunque el sistema legal de las culturas de la antigüedad no tenía la perfección del de ahora, sentó las bases para el actual, y sancionaba conductas que aún en nuestros días se siguen considerando antijurídicas.

Ya durante la Revolución francesa se hicieron pronunciamientos respecto del derecho a la salud de las personas y posteriormente en los tratados internacionales como el de la ONU. Sin embargo, con la simple enunciación de la existencia del derecho no es suficiente, es decir el ejercicio del derecho a acceder a los servicios de salud no es autoaplicativo. Es necesario que cada Estado, dentro de su territorio genere las condiciones propicias para el ejercicio de éste derecho: las formas en que la población pueda tener obtener esos servicios, de la manera más pronta y eficaz posible; de crear grupos o instituciones que vigilen que así sea y, en caso de que las personas no logren obtener ese servicio, haya órganos encargados de sancionar a el o los responsables cuando esto se deba a acciones culposas de las personas que tienen la obligación de proporcionar esa atención, y además, de tomar las providencias necesarias para que este tipo de conductas no se repitan.

En el capítulo primero, habremos de hacer un repaso de los antecedentes de la salud pública y de la responsabilidad legal profesional de los médicos y demás personas que se dedican a la profesión de curar, a partir de la antigüedad hasta nuestros días.

La mayoría de las veces, cuando un médico comete una falta en el ejercicio de su profesión lo es por culpa, ya sea que haya actuado imprudentemente u omitido observar las precauciones que las reglas de su profesión ordena tener en un caso concreto. Estas faltas, unas pueden ser cometidas mediante conductas positivas (que consisten en un hacer), p.e. un homicidio por aborto o una operación mal practicada. Otros, mediante omisiones culpables p.e. omisión de auxiliar a un incapaz o enfermo o el abandono de las obligaciones alimentarias. La segunda forma de comportamiento es la que ahora nos preocupa, y, por ello abordaremos el estudio de los delitos de omisión en sus dos especies. En el segundo capítulo, haremos una recopilación de las que consideramos son algunas de las opiniones más acertadas acerca de ésta clase de delitos, sus aspectos más importantes, así como los casos en los que no existe responsabilidad médica.

Con frecuencia sucede que los medios informativos, ya sea la radio o la televisión, informan de casos en que a determinadas personas les es negado la atención de salud que necesitan. Por desgracia vemos que éstos, generalmente se presentan en instituciones del sector público y social, en las que una persona acude a solicitar atención de urgencia, y a menudo ese servicio no es brindado y, en el mejor de los casos, tienen que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pasar varias horas antes de la atención, poniendo en peligro la salud o la vida del enfermo o acentuando el peligro ya existente. En otros, no es atendido el enfermo alegando que la persona no cuenta con hoja rosa o carnet. El capítulo anterior nos servirá de punto de partida para un mejor análisis y comprensión del delito previsto y sancionado en el artículo 469 de la Ley General de Salud, el cual es el tema central de éste trabajo, y que dice.

"Art. 469.- Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar atención 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 veinte 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, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial".

Si bien éste artículo únicamente sanciona le caso en que se pone en peligro la vida, olvidando los casos en que la salud puede resultar gravemente afectada por una atención a destiempo, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, salva la omisión al definir lo que debe entenderse por urgencia. En el capítulo tercero haremos un análisis jurídico del artículo 469 de la Ley General de Salud y elaboraremos nuestra propia interpretación.

La conducta que ahora estudiamos, si bien es cierto que no representa un problema que haya alcanzado sus niveles más críticos, sí es de interés primordial, pues, el tan alto valor de los bienes jurídicos salud e integridad corporal así lo justifican. En ella intervienen factores como la falta de ética, sobrepoblación, escasez de personal operativo cuando menos en hospitales de los sectores público y social, falta de equipo, material o medicamento, la deficiente comunicación entre el médico y su paciente, la falta de obtener el consentimiento informado y sobre todo la falta de conocimientos médicos o el mal empleo de los mismos por exceso o defecto en la actuación de los profesionales, técnicos o auxiliares de los servicios médicos.

La negligencia médica refiere algunos autores, es un fenómeno relativamente nuevo. En nuestro país Carrillo Fabela menciona que en los años 70 se presentaron las primeras denuncias por responsabilidad profesional médica, por su parte Tello Flores, dice que el primer caso se presentó en Monterrey en la década de los 80. A pesar de la no coincidencia entre éstos autores, lo que es claro, es que los antecedentes que existen en nuestro país, en ésta materia, son relativamente recientes.

En 1983 fue publicada la Ley General de Salud que es el ordenamiento jurídico que actualmente nos rige en materia de sanidad, el cual tiene por objeto, "reglamentar el derecho a la salud que tiene toda persona en términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general". Esta ley, contiene un apartado que hace referencia especial a las conductas que atentan contra la salud pública y establece sanciones de carácter administrativo y otras penal, que se habrán de aplicar al sujeto infractor, sin perjuicio de las que correspondan conforme a otras leyes.

En el cuarto y último capítulo, veremos las diferentes sanciones que corresponden a los profesionistas médicos, dependiendo de la ley que infrinjan. Así tenemos que un profesional, técnico o auxiliar de los servicios médicos, con una sola conducta puede transgredir diferentes leyes y en consecuencia, hacerse merecedor de la imposición de sanciones de diferente naturaleza, como la administrativa, civil y penal.

Para finalizar, hemos elaborado nuestras conclusiones en las cuales previa consideración del problema planteado y que demuestra las gráficas mostradas en el capítulo ANEXOS, así como los ejemplos presentados durante el desarrollo del presente trabajo, en las que proponemos la recalificación de los profesionales, técnicos o auxiliares de los servicios médicos que hayan sido condenados por delitos en el ejercicio de su profesión de que poseen los conocimientos mínimos necesarios para el ejercicio de la misma, por parte de la Academia Nacional de Medicina, sin olvidar los problemas de carácter administrativo que se presentan en las instituciones de salud, en especial las del sector social como el Instituto Mexicano del Seguro Social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Desde un punto de vista meramente biológico-médico, la salud es estado normal de las funciones orgánicas o intelectuales.¹ La organización Mundial de la Salud define éste concepto como "...un estado de completo bienestar físico, mental y social. No consiste únicamente en la ausencia de enfermedad o dolencia". La noción de salud pública, para Osorio y Nieto, es más amplia que la de salud individual a la que se refieren las anteriores definiciones. "La salud pública abarca el estado sanitario de la población, la organización sanitaria de una comunidad, ya sea a nivel municipal, estatal o federal, en la cual pueden concurrir autoridades y particulares, medidas sanitarias y preventivas, actividades de investigación científica en materia de salud. La propia Organización Mundial de la Salud ha expresado respecto a la medicina preventiva que ésta es la ciencia y el arte de prevenir la enfermedad, prolongar la vida y fomentar la salud física y mental por medio de los esfuerzos organizados de la colectividad, destinados a sanear el medio, controlar las enfermedades infecciosas, educar sanitariamente a la población, organizar los servicios médicos asistenciales para el diagnóstico precoz y la profilaxis y desarrollar un mecanismo social que asegure a cada individuo un nivel de vida adecuado para mantener su salud".²

1.1. EPOCA ANTIGUA.

1.1.1. Mesopotamia.

A lo largo de la historia, ha habido una responsabilidad médica acorde con las circunstancias particulares, las condiciones del medio y el pensamiento filosófico dominante de cada época.

La historia demuestra que éste concepto ya se conocía desde la más remota antigüedad; en las culturas mesopotámicas, el Código de Hammurabi, redactado alrededor del siglo XVIII antes de Cristo, es quizá el primer documento que habla de la posibilidad de iatrogénesis, al establecer castigos para el médico en caso de fracasar en su actividad profesional, así tenemos lo establecido en el artículo 218 de su cuerpo legal, el que menciona "si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano"; en el artículo 219 de ese mismo cuerpo legal establece "si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo"; y, en su artículo 220 menciona "si ha abierto la cuenca de un ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio".³ Igualmente contemplaba la muerte del médico que, entre otras causas, no atendiera con la prudencia y cuidado necesarios ocasionando daño al paciente, o bien, se le cortaban las manos.⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹ DICCIONARIO Médico. Editorial Salvat, 13a. edición, Barcelona, 1994, página 1096.

² DELITOS FEDERALES, Editorial Porrúa, 4a. edición, México, 1998, página 30.

³ CARRILLO FABELA Luz María Reyna. La responsabilidad profesional del médico. Editorial Porrúa, 3a edición, Mexico, 2000, paginas 1 y 2

⁴ YUNGANO Ricardo Arturo y otros. La responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad, 2a. edición, Buenos Aires, 1992, página 28.

1.1.2. Grecia.

En Grecia, famosa entre otras cosas por su creencia politeísta, no podían faltar las divinidades relacionadas con la medicina, como por ejemplo Higiá, diosa de la salud; Panacéa, curadora de todos los males; Palas Atenea, diosa de las ciencias, las artes y de las cosas médicas. El origen mitológico de la medicina se remonta al dios Apolo, los Aselepiades -descendientes de Esculapio- formaron comunidades médicas que se establecieron en las cercanías de los santuarios. Además, es hasta el siglo V a.C. cuando con los conceptos de phísis (naturaleza) y tekne (arte), se marca la diferencia entre la concepción mítica del mundo y el paso hacia el logos. A partir de esto la ciencia médica se basa en fisiología a la que se asocian hombres como Hipócrates, conocido por su famoso juramento y por su Corpus entre otras cosas como el "Historial Clínico del Enfermo" y sus estudios sobre el histerismo.⁵

Al igual que en Egipto, se formaron colegios secretos y, si se actuaba conforme a las reglas y fórmulas admitidas, no se incurría en responsabilidad cualquiera fuera la suerte del enfermo, pero, si se apartaba de ellas podía ser castigado el médico, incluso con la pena de muerte. En Egipto, existían colegios en los templos de Heliópolis, Memphis y Tebas, entre otras ciudades. El papiro de Ebers (Museo Británico), menciona estudios médico-legales, atribuidos a Toth (el dios sabio).⁶

El avance de la medicina fue fomentado con la creación de centros culturales como el Liceo de Aristóteles. Gracias a grandes filósofos y estudios sobre el hombre, la medicina fue otra ciencia que se benefició con sus reflexiones e investigaciones.

En el siglo II d.C. surge Galeno, gran crítico de la medicina griega, conocedor de la anatomía, la fisiología, semiología, terapéutica e higiene. En algunas obras médicas y en algunos de los tratados de medicina se ha considerado a Galeno como padre de esta ciencia.

En materia de responsabilidad profesional médica, la doctora Luz María Reyna Carrillo Fabela, en su obra titulada La Responsabilidad Profesional del Médico, nos refiere que Glaucus, médico de Ephestion, fue condenado a morir en la cruz por la indignación que a Alejandro le produjo el abandono en que el médico había dejado a su cliente, abandono que trajo como consecuencia la muerte de éste.⁷ Se distingue el daño voluntario del involuntario, valorado éste en el doble de aquél. Esquinos y Demóstenes nos informan que "los médicos comparecían como testigos ante los jurados para dar su parecer sobre la existencia y gravedad de las heridas".⁸

1.1.3. Roma.

"Nos dice Alva y Alcoer que durante el imperio romano se promulgó la Lex Aquilea, la cual responsabilizaba a los médicos por negligencia profesional y se les castigaba imponiéndoles una sanción. Esta ley regía a los médicos, en ella se habla por primera vez de culpa gravis que ha servido de base a muchas legislaciones. Continúan diciendo que existía la Ley Cornelia, la cual preveía castigo para los médicos que actuaran con negligencia ó dolo, asimismo dicha ley prohibía el aborto".⁹

Tello Flores por su parte nos dice, que la Lex Cornelia de Sulla, establecía que "aquel que diera afrodisiacos e indujera un aborto, merecía o se le imponía un castigo severo; y con respecto del médico que causaba la muerte a su enfermo o paciente "se le imponía el castigo del exilio o la ejecución".¹⁰

⁵ JUAREZ ZAMUDIO Miguel, Responsabilidad profesional de los médicos. Ediciones Delma, México, 2000, página 3.

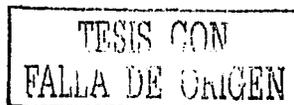
⁶ YUNGIANO y otros. Op. cit., página 28.

⁷ CARRILLO FABELA, Op. cit., página 2.

⁸ GRACIA GONZALEZ Susana y LOBARDO CALVO Eugenio. Plan de formación en responsabilidad legal profesional. Editorial Asociación española de derecho sanitario, España, página 47.

⁹ JUAREZ ZAMUDIO, Op. cit., página 3.

¹⁰ Cit. Pos. JUAREZ ZAMUDIO. Ibidem.



Refiere Yungano, que en Roma, se admitía que la relación médico paciente era una forma de arrendamiento de servicios que a su vez era uno de los contratos consensuales, de uso frecuente, de gran utilidad práctica el cual para su perfeccionamiento no exigía ningún tipo de formalidad.¹¹

En materia de medicina legal, nos parece importante señalar que, cuando Julio César fue asesinado, su cuerpo se expuso en el foro y el médico Antistius lo examinó y dictaminó que de las veintitrés puñaladas que recibió, únicamente una era de muerte. Lo anterior revela que los romanos ya tenían conocimientos sobre medicina forense.

1.2. EDAD MEDIA.

1.2.1. Francia.

En materia de medicina legal, el doctor Javier Tello Flores en su libro *Medicina Forense*, menciona que Carlo Magno, en su afán por recuperar el imperio romano caído trató de uniformar sus leyes, por lo que giró órdenes a sus obispos y éstos escribieron *Las Capitulares* y, entre otras cosas, es importante señalar que se buscaba que los jueces en su labor de administración de justicia se auxiliaran de los médicos, para esclarecer aquéllos casos de heridas, infanticidios, homicidios, violaciones, estupro, y, se menciona también los casos de divorcio por impotencia. Comenta que *Las Capitulares* fueron el inicio de la medicina legal y el primer ordenamiento legal con importancia es el que se maneja en la época de Numa Pompilio.¹²

En Francia, en materia de responsabilidad profesional médica, la jurisprudencia del siglo XV, castigaba las faltas intencionales de los médicos, aún cuando fuesen leves y las graves aún cuando no hubiese habido dolo. En 1596 y en 1602, el parlamento de París declara que, los médicos cirujanos no son responsables de los accidentes que sobrevienen en el curso de un tratamiento y años más tarde, cambia su doctrina, condenando algunos métodos terapéuticos.¹³

En los años 1825 y 1832, se procesó a dos médicos (Proceso Helie y Proceso Thouret Noroy) por haber obrado imprudencialmente y con impericia en su actuación profesional, ambos médicos fueron condenados a pagar una indemnización vitalicia a su paciente. Estos son los primeros casos de responsabilidad profesional médica conocidos, los cuales sirvieron de antecedente jurídico, para que fueran legislándose en todo el mundo éstas acciones.¹⁴

1.2.2. Jerusalén.

Hablando en materia de responsabilidad médica y de la relevancia de la protección de la salud en la época del medioevo en Jerusalén, uno de los documentos más antiguos data del siglo XIII. Es una sentencia de los

¹¹ YUNGANO y otros. Op. cit., página 29.

¹² TELLO FLORES Francisco Javier. *Medicina forense*. Editorial Harla, México, 1991, página 5.

¹³ CARRILLO FABELA. Op. cit., página 3.

¹⁴ *Ibidem*: En el proceso del dr. Helie (1825), éste fue llamado a atender un parto distócico con presentación de hombro; al encontrarse con brazo derecho fuera de vulva la amputó sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma procedió también a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el Tribunal de Demifront, el cual, previo dictamen de la Academia de Medicina, sentenció que el médico había actuado "imprudencialmente y con una precipitación increíble no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta" y condenándolo a pagar una pensión vitalicia. En el caso del dr. Thouret Noroy (1832), éste había practicado una sangría, detenida la hemorragia, colocó un vendario, formándose con posterioridad una tumoración dolorosa. Al regresar, el médico dispuso la aplicación de pomadas locales, pero el paciente empeoró, negándose luego el profesional a volver a examinarlo. Otro médico diagnosticó aneurisma artero-venoso con lesión de la arteria branquial, a pesar de las ligaduras la infección gangrenosa desencadenada fue determinante de la amputación del brazo. Entablada la acción judicial, el tribunal sentenció que había habido "impericia, negligencia grave, falta grosera, y olvido de las reglas elementales", condenando al médico al pago de una pensión vitalicia. El fallo fue confirmado por el tribunal de Casación, ante el cual el fiscal Dupin emitió su famoso dictamen que, entre otras cosas decía: " queda a cargo del juez, en cada caso, determinar cuándo alguien debe ser considerado responsable de un acto cometido en el ejercicio de su profesión. Para que haya responsabilidad civil no es necesario buscar si existió intención, basta que haya habido negligencia, imprudencia, impericia grave y por lo tanto inexcusable" YUNGANO y otros. Op. cit., páginas 29 y 30.

burgueses de Jerusalén contra un médico, por haber cortado transversalmente la pierna de un enfermo, causándole la muerte.¹⁵

1.3. EPOCA CONTEMPORANEA.

1.3.1. Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano.

La Revolución Francesa de 1789, dio muestras de su avance social al apuntar ideas relativas al empleo y a la asistencia médica a domicilio, ideas que, más tarde se reflejaron en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793.

1.3.2. Declaración universal de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Dentro de la comunidad internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, (tomada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas), establece en su artículo 22, que: "Toda persona, en tanto que es miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social; debe obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales e indispensables para su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, gracias al esfuerzo nacional y a la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y recursos de cada país".

Por su parte, el artículo 25, establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente que asegure su salud, su bienestar y el de su familia, especialmente para su alimentación, vestido, alojamiento, servicios sociales necesarios, teniendo derecho a la seguridad, en caso de desempleo, de enfermedad, de invalidez, de viudez, de vejez ó en aquéllos casos de pérdida de sus medios de subsistencia como consecuencia de circunstancias independientes de su voluntad".

La Declaración está compuesta por treinta artículos, que comprenden los derechos civiles y políticos, y derechos económicos sociales y culturales del ser humano.

1.3.3. Legislaciones que universalizan el derecho a la salud.¹⁶

Entre las legislaciones del mundo, existen las que han incluido éste derecho a que tenemos todas las personas por el solo hecho de serlo, algunas de ellas en forma de seguridad social y otras como un derecho universal, independientemente de que se realicen o no aportaciones económicas. Entre ellas encontramos a las siguientes:

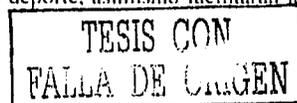
México.- La adición al artículo 4º constitucional, promovida durante el gobierno del licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, que dice "toda persona tendrá derecho a la protección de la salud...", permite que cualquier persona esté en aptitud de solicitar los servicios médicos que brinde el Estado en cumplimiento de su función, y no como venía sucediendo hasta antes de la reforma, en que, únicamente tenían acceso a esos servicios los trabajadores en virtud de las aportaciones que realizaran al régimen de seguridad social.

España.- Al igual que la constitución mexicana, la española en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y encarga al Estado su organización y fomento, al establecer:

- 1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
- 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.
- 3.- los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".

¹⁵ CARRILLO FABELA. Op. cit., página 3.

¹⁶ SOBERON ACEVEDO Guillermo y otros. Derecho constitucional a la protección de la salud. Editorial Porrúa, Mexico, 1983, pagina 18 a 23.



Por su parte, el artículo 41, establece: "los poderes públicos mantendrán un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

Grecia.- La constitución griega, al igual que la española, separa claramente los regímenes de derecho a la salud, del de seguridad social. En el artículo 21 párrafo tercero de la constitución de 1975, establece que, "El Estado cuidará la salud de los ciudadanos y adoptará medidas especiales para la protección de la juventud, los ancianos, los incapacitados y para el auxilio de los necesitados". Y, en el párrafo cuarto del artículo 22, señala: "el Estado atenderá a la seguridad social de los trabajadores, como está previsto por la Ley".

Portugal.- En Portugal no existe tendencia a separar el derecho a la salud de la seguridad social, y, el artículo 64 de la constitución de 1976, extiende el derecho a la protección de la salud a todos los ciudadanos, imponiéndoles el deber de defenderlo y promoverlo. Establece la universalidad y la gratuidad de su servicio, y, encarga al Estado garantizar una racional y eficiente cobertura médica y hospitalaria, orientar su acción para la socialización de la medicina y controlar la producción, comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos.

Cuba.- La constitución cubana de 1976, consagra el régimen de seguridad social (art. 46); asistencia social (art. 47); y, el derecho a la salud (art. 49). Establece la universalidad y gratuidad de la seguridad social.

Otros países que contemplan en su constitución el derecho a la salud, son: Venezuela; Uruguay, (art. 43 de su constitución de 1973); India (artículo 41 de su constitución de 1963); que establecen la universalidad de los servicios de salud y obliga a los ciudadanos a someterse a las medidas sanitarias que la ley establezca.

1.4. EN MEXICO.

1.4.1. Entre los aztecas.

Aunque es escasa la información que tenemos en cuanto a la salud pública entre los aztecas. Osorio y Nieto menciona que Bernal Díaz del Castillo, en su obra titulada la Verdadera Historia de la Conquista de la Nueva España, relata, "el problema sanitario era serio, ... en lugares estratégicos había botes amarrados para uso público y cuando se llenaba su capacidad se vendía como fertilizante y en las casas había recipientes de barro para conservar la orina que los aztecas usaban como ácido para teñir telas".¹⁷ Igualmente nos refiere que el acueducto del Castillo de Chapultepec tenía dos canales para abastecer de Agua a Tenochtitlan para que mientras uno se limpiaba el otro estaba en servicio. Por su parte Juan Francisco Rocha Bandala refiere que en el México prehispánico existieron estructuras de protección a la salud como enfermerías, centros de atención a huérfanos y reclusorios para leprosos.¹⁸

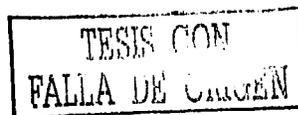
Entre los mexicanos, como en otros países del mundo, estuvo encargada a los sacerdotes la práctica de la medicina durante mucho tiempo e igualmente rodeada de misticismos. Es de hacer notar que los sacerdotes, por el hecho de curar las enfermedades, se hacían dueños de los cuerpos curados,¹⁹ pudiendo disponer libremente de ellos como de su propiedad, sin embargo, existían limitaciones establecidas por el derecho propio del enfermo o el de sus familiares.

En materia de responsabilidad penal médica, dentro de lo que era el derecho penal de los mexicas y mencionando el caso específico en que la curandera daba el brebaje a la mujer que deseaba abortar, ambas merecían la pena de muerte. Por nuestra parte, consideramos que era erróneo, toda vez que cada una al ser diferente su grado de participación, deberían recibir castigos distintos, acordes a su grado de intervención en el hecho.

¹⁷ Cit. pos. OSORIO y NIETO. Op. cit., 33.

¹⁸ SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., página 116

¹⁹ JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit., página 6.



Otro caso de responsabilidad era cuando el enfermo que ya estaba muy grave, en cierto tiempo no sanaba, los parientes de común acuerdo lo mataban atravesándole una flecha en la garganta. En éste caso tenía que haber concierto en la resolución de matar al enfermo. Si los parientes decidían matarlo, asumían toda la responsabilidad, relevando al médico de todo cargo en su contra, inclusive de aquél que por la muerte del enfermo pudiera exigírsele.

1.4.2. Durante la colonia.

En México, en el año de 1520 desembarcó un esclavo infectado de viruela y su mal se propagó además, entre el resto de las colonias de América, posteriormente aparecieron otras enfermedades como el tabadillo pintado (Tifus), el garrotillo (difteria laríngea), la pechuguera (gripe), entre otras. Ante ésta situación, en la Recopilación de las Leyes de indias, se dispuso la construcción de hospitales en los lugares que se consideraran más apropiados, que los de enfermedades pestilentes se edificaran en sitios elevados donde los aires no dañaran a la población cercana y que en los pueblos y parroquias de indios existiera un hospital con el medicamento necesario y personal adecuado. Osorio y Nieto, al respecto dice: "Aún cuando se realizaron obras de ingeniería sanitaria, se fundaron hospitales... y se dictaron normas en materia sanitaria, en general la salud pública en el México colonial fue bastante deficiente, aún para esa época".²⁰ Refiere Juan Francisco Rocha Bandala "los conquistadores, -fundamentalmente apoyados por las órdenes religiosas- establecieron hospitales, centros educativos y casas de beneficencia".²¹

1.4.3. En México independiente.

Desde el inicio de ésta época, las autoridades han tratado los asuntos relativos a la salud pública. Así tenemos que, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán en 1814, ya hacía referencia a los asuntos sanitarios. En el capítulo octavo, relativo a las atribuciones del Supremo Congreso, aparecía el artículo 118 que facultaba a ese órgano colegiado para "aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos...". Debe tenerse presente que esa constitución preveía un sistema unitario. Era natural que así fuese, considerando que se trataba de un instrumento normativo previsto para entrar en vigor en un país fragmentado por la lucha de independencia y en el que se requería de la plena cohesión de las áreas donde el gobierno iba consolidando su capacidad de acción.

Posteriormente, la Constitución de 1824, primera de la vida independiente y de México que consagraba al federalismo como elemento substancial de la República, no contuvo referencia alguna a propósito de los problemas de sanidad. Sin embargo, de acuerdo con los mecanismos de distribución de competencias que establecía en su artículo 161-I se infiere que correspondía a los Estados, por no estar reservado para la Federación.

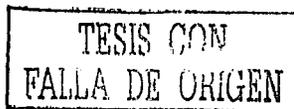
A pesar de lo dispuesto en materia de salubridad en el Decreto de Apatzingan, se debe a los centralistas la primera referencia constitucional en materia de salud, a partir de que México nace a la vida independiente en 1821. El artículo 25 de la Ley Sexta, estableció que "estará a cargo de los ayuntamientos la policía de salubridad..." En relación a éste, Diego Valadez comenta, "este precepto es explicable en la medida que tales órganos tenían a su cargo la responsabilidad directa e inmediata de velar por el bienestar comunitario y contaban con mejores posibilidades que el gobierno de los Estados o de la Federación"²².

Las Bases Orgánicas de 1843, refrendó en el artículo 134, la facultad de las asambleas departamentales para "cuidar de la salubridad pública y reglamentar lo conveniente para conservarla". El mismo criterio fue ratificado, aunque con la peculiaridad de transferir a los gobernadores la facultad de las asambleas, por el Estatuto Orgánico Provisional de la República, promulgado en 1856, que restablecía la vida federal en México. El artículo 117 facultaba a los gobernadores para "cuidar de la salubridad pública y reglamentar lo conveniente para conservarla". Como se puede ver, los textos de 1843 y 1856 son idénticos, excepto por lo que se refiere, como ya quedó apuntado, a la comprensible transferencia de facultades. La Constitución de 1857 volvió a la de 1824, y en su artículo 117

²⁰ OSORIO y NIETO. Op. cit., página 34.

²¹ SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., página 116.

²² SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., página 97.



estableció que las facultades no expresamente concedidas a los funcionarios federales se entendían reservadas a los estados.

De las Leyes de Reforma, la más importante para el objeto del presente estudio, fue la que, secularizó a los hospitales y establecimientos de beneficencia (febrero de 1861), que hasta entonces habían sido administrados por las autoridades o corporaciones eclesiásticas. Con tal motivo, el gobierno de la Unión se encargó de cuidar, dirigir y mantener esos establecimientos en el Distrito Federal y los gobiernos de los estados hicieron lo propio en relación a los establecimientos existentes en su territorio.

Para dar cumplimiento a esas disposiciones se constituyeron el Consejo Superior de Salubridad en el Distrito Federal, al que correspondía regular los aspectos concernientes a vacunación; inspección sanitaria de comestibles, bebidas y medicamentos; panteones y hospicios; registro médico y servicios de estadística sobre natalidad, morbilidad y mortalidad. A las juntas de Salubridad de los Estados correspondió el control farmacéutico; el examen de médicos cirujanos parteros; la realización de la higiene pública y de campañas locales de vacunación y la administración de hospitales civiles y hospicios.

Así, en los cincuenta primeros años de vida independiente mexicana se fraguó y consolidó el concepto de que la salubridad y los servicios médicos eran competencia de las entidades federativas. No fue sino hasta 1908 cuando esa tendencia comenzó a invertirse.

De éste modo, en 1908 el ejecutivo envió al Congreso de la Unión una iniciativa para adicionar a la fracción XXI del artículo 72 constitucional, a efecto de que se facultara al Poder legislativo para que legislara sobre salubridad pública en las costas y fronteras. La fracción correspondiente contenía ya las atribuciones del Congreso en materia de ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y se pretendía adicionar esa fracción en el supuesto de que la salubridad pública constituía un capítulo de la regulación migratoria.

La adición fue aprobada con la salvedad de que en lugar de hablarse de salubridad pública en las costas y fronteras", la comisión de puntos constitucionales de la Cámara de Diputados propuso que se cambiara por la de "salubridad general de la República", modificación que fue aceptada.

1.4.4. Constitución de 1917.

En el Congreso Constituyente, convocado por don Venustiano Carranza, al ser presentado su mensaje y su proyecto de Constitución el 1º de diciembre de 1916, se dio lectura al texto del artículo 73 (correspondiente al 72 de la de 1857), que en la materia que nos ocupa en la fracción XVI transcribía textualmente el anterior texto que se contenía en la fracción XXI del citado artículo, y que a la letra decía:

"Artículo 72.- El Congreso tiene facultad:

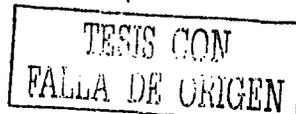
XXI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la república".

Presentada para su discusión en la sesión ordinaria el 15 de enero de 1917, fue reservada para su votación sin que nadie hiciera uso de la palabra. Sin embargo, en la sesión de la tarde del viernes 19, el diputado por Coahuila, José María Rodríguez, presentó una propuesta de adición a la fracción XVI, consistente en cuatro bases a saber:

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna secretaría de estado, y sus disposiciones generales serán de observancia obligatoria en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión al país de enfermedades exóticas, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser sancionadas después por el ejecutivo.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.



4a. Las medidas que el Departamento de Salubridad haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza y que sean del resorte del Congreso serán después revisadas por el Congreso de la Unión.

Se presentaron varios argumentos en contra de la adición propuesta, el principal fue el presentado por el diputado Pastrana Jaimes, quien argumentaba que la adición propuesta violaba la soberanía de los estados. Sin embargo, la adición fue aprobada, con la única variante de que en la base 4a., en lugar de hablar del Departamento de Salubridad, se señaló el Consejo de Salubridad General. Posteriormente, esta misma base fue reformada el 6 de julio de 1971.

En lo que concierne a las disposiciones de salud pública, en 1917 se amplió la atribución del gobierno federal para actuar en casos de epidemias graves o enfermedades exóticas, de tal suerte que sus decisiones sean obedecidas por todas las autoridades.

En lo que se refiere a la protección del medio ambiente, la fracción XVI del artículo 73 fue adicionada en 1971, para facultar al Consejo de Salubridad General para adoptar medidas en el sentido de prevenir y combatir la contaminación ambiental.

Por lo que hace a la protección del menor, en 1980 fue adicionado al artículo 4º de la constitución un tercer párrafo que estableció la obligación de los padres en el sentido de preservar "el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental".²³

Sin embargo, hasta antes de la inclusión del derecho a la protección de la salud, el capítulo que más amplio desarrollo tuvo en la constitución, por lo que se refiere a la salud, concierne a los trabajadores. El apartado "A" del artículo 123 establece: quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas; regula el tipo de trabajo que las mujeres podrán realizar durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto; y, dispone la obligación de las empresas agrícolas, industriales, mineras y de cualquier otra clase de trabajo, en el sentido de proporcionar habitaciones higiénicas a sus trabajadores. (fracciones II, V y XII, respectivamente).

El apartado "B" del mencionado numeral, mismo que fue adicionado a la Constitución en el año de 1960, establece la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado.

A pesar de todas estas reformas y adiciones a la Constitución, en materia de salud, no es sino hasta el 4 de febrero de 1983 cuando se eleva a norma constitucional el derecho a la protección de la salud de todas las personas. Con la nueva adición al texto del artículo 4º constitucional, ya no importa si son derechohabientes a la seguridad social o si son menores o se encuentran en estado de gravidez (tratándose de las mujeres), ya que, por el hecho de ser personas y de habitar en territorio nacional mexicano, tendrán derecho a la protección de su salud.

1.5. Base constitucional del derecho a la salud.

El artículo cuarto, recogió desde su versión original principios sustentados desde el constituyente de 1857.²⁴ De acuerdo con éstos, ninguna persona podía ser compelida u obligada a trabajar contra su voluntad. Si optara de manera voluntaria por alguna ocupación, tendría derecho a un salario como remuneración por su trabajo. Desde su aparición en la constitución de Querétaro, fue ubicado como garantía específica de la parte dogmática de la Ley fundamental (libertad de trabajo) y concebido, además, como rubro de las libertades sociales y externas de la persona, por cuanto reconocía la existencia de una potestad fundamental para decidir y realizar el trabajo o profesión

²³ Para quedar de la siguiente forma el párrafo 3º del artículo 4º constitucional: "Es deber de los padres preservar el derecho de los meores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

²⁴ El artículo 4º constitucional original, constaba de dos párrafos, mismos que fueron transferidos al artículo 5º de la carta magna, mediante las reformas y adiciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación, en fecha 3 de diciembre de 1974 LARA PONTE Rodolfo. Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano. Editorial Porrúa S.A., México, 1997, página 183.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

deseado, y sin más limitaciones que las ordenadas por resolución judicial o gubernamental cuando se atacaran derechos de terceros o se ofendiera a la sociedad. A la vez, de manera concomitante preceptua retribución por el desarrollo del trabajo seleccionado.

Sin embargo, con motivo de cinco reformas y adiciones que desde 1974 hasta 1992 se han hecho al texto: la igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la paternidad responsable (D.O.: 3-XII-1974); la responsabilidad de los padres y el desarrollo institucional para la satisfacción de las necesidades y la salvaguarda de los derechos fundamentales de la niñez (D.O.: 18-III-1980); el derecho a la protección de la salud (D.O.: 3-11-1983); el derecho a la protección de la vivienda (D.O.: 7-11-1983); y, la protección de las culturas indígenas (D.O.: 28-1-1992)²⁵ -promovidas por los presidentes Luis Echeverría Álvarez, José López Portillo, Miguel de la Madrid Hurtado y Carlos Salinas de Gortari- se han incorporado en su cuerpo diversas garantías de naturaleza social e individual, integrando actualmente un artículo donde convergen diversos derechos y en el que concurren normas individuales,²⁶ sociales,²⁷ operativas,²⁸ organizativas²⁹ y programáticas.³⁰

Estas normas programáticas de las cuales forma parte el derecho a la protección a la salud, son directivas, es decir, establecen guías para la acción de los órganos estatales competentes; a diferencia de los derechos contenidos en otras disposiciones, por ejemplo el 2º constitucional, que prohíbe la esclavitud y es autoaplicativo; el derecho que se comenta, requiere la intervención del Estado, que genere las condiciones propicias para que el gobernado pueda ejercitarlo; son de carácter declarativo, esto significa que las disposiciones contenidas en éstas, enuncian su existencia; no son accionables, o sea, que no se pueden hacer valer en juicio,³¹ el gobernado que ve frustrado su acceso al derecho consignado solamente puede imponer a la autoridad las sanciones políticas propias de un régimen democrático: negar el voto, desgastar la "buena imagen" de su gobierno, si la hubiere ó como es muy usado actualmente, mediante la realización de marchas y movimientos para protestar por tal o cual situación desagradable para la sociedad, etc.³²

"Las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercitividad; no pueden hacerse cumplir por la fuerza; como en el caso de las normas que otorgan derechos individuales y buena parte de los derechos sociales. Empero el derecho que comentamos, al igual que los individuales y el resto de los sociales, emanan de la naturaleza del hombre. Aún quienes sostienen las más añosas doctrinas aristocratizantes no pueden dejar de reconocer que todo ser humano, por el derecho de serlo tiene el derecho a que se proteja su salud".³³

Así, después de la iniciativa de adición al artículo 4º constitucional, presentada en diciembre de 1982 por el presidente Miguel de la Madrid Hurtado, la cual decía:

"Desde los primeros regímenes de la revolución, se tuvo como propósito superior, mejores y más amplias condiciones de existencia, destacándose los esfuerzos por elevar los niveles de salud del pueblo. Los gobiernos de la república, cada uno en su hora, se han ocupado de ensanchar la cobertura de los distintos sistemas, instituciones y programas de salud.

El problema sanitario de la nación, fue objetivo de vivo interés en el constituyente de Querétaro, poniéndose desde 1917 las bases para el sistema jurídico mexicano de salud.

En nuestra Carta Magna, además de los dispositivos contenidos en el artículo 73 sobre salubridad general, el artículo 123 definió, dentro de las garantías laborales y de seguridad social, el derecho de los subordinados a la protección por riesgos de trabajo.

²⁵ LARA PONTE. Op. cit., página 182.

²⁶ Imponen al Estado una obligación de no hacer. De no violar sus derechos.

²⁷ Conllevan una obligación para el Estado, consistente en crear las condiciones propicias para su ejercicio.

²⁸ Generan derechos y obligaciones.

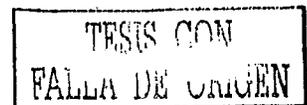
²⁹ Dan el arreglo de instituciones constitucionales.

³⁰ Establecen directivas de acción para los poderes constituidos.

³¹ En este sentido opina José Francisco Ruiz Massieu. SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., página 71. Por nuestra parte, consideramos que ésta característica que el autor citado da a las normas programáticas, no es aplicable al derecho constitucional a la protección de la salud, ya que, el artículo 469 de la Ley General de Salud, si bien es cierto que por la naturaleza de la situación de urgencia que describe, resulta impensable que exista el tiempo suficiente para entablar un procedimiento judicial para hacer efectivo el ejercicio del derecho consignado en la norma, no lo es menos que, el legislador, al crear esa norma, manda un mensaje a la sociedad -médicos, técnicos o auxiliares- en el sentido de que no debe incurrir en esa conducta y señala una sanción para su actualización.

³² SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., página 71 y siguientes.

³³ SOBERON ACEVEDO y otros. Op. cit., nota de José Francisco Ruiz Massieu, página 72.



En las últimas seis décadas ha habido una mejora permanente y radical de la salud de los mexicanos. Un repaso somero de los indicadores más sobresalientes de la salud en México, hace ver que tanto ha avanzado la Revolución en este terreno: En 1930 las expectativas de vida eran de 37 años, mientras que en la actualidad se ha ampliado a 65 años; la mortalidad, por otra parte, ha descendido sustancialmente en el mismo período.

Entre los logros de la Revolución más espectaculares, figuran los avances, que han registrado los regímenes de seguridad social por lo que hace a los servicios de salud. El sistema que protege a los servidores del Estado desde 1925, uno de los primeros esfuerzos de aseguramiento social del mundo, protege ya a dos millones de trabajadores y a seis millones de dependientes.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, en poco menos de cuarenta años ha ampliado su protección a siete millones de trabajadores y a veintiséis millones de derechohabientes, sin incluir los servicios de seguridad social.

Los miembros de las fuerzas armadas se benefician del sistema especial que la Revolución estableció para proteger a esos patriotas mexicanos.

La justicia social como proyecto revolucionario ha llevado a que los servicios de salud alcancen a la población abierta, que no es amparada por los sistemas de seguridad social, a través de los gobiernos asistenciales que lleva a cabo el Gobierno de la Nación.

La innegable vinculación que existe entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrutar el tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción, es uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias.

Por ello los gobiernos de la Revolución han estado atentos a destinar a la salud, los mayores recursos posibles y a continuar la tarea permanente de modernizar la legislación sanitaria. La rica y vasta legislación se ocupa ya de cuestiones que inicialmente no eran contempladas por la norma sanitaria, como son la prevención de invalidez y rehabilitación de inválidos, disposición de órganos, tejidos y cadáveres; control de alimentos, bebidas y medicamentos, estupefacientes y psicotrópicos; protección de la salud de la niñez y de los ancianos; mejoramiento y cuidado del medio ambiente.

Son significativos los empeños de nuestro país tendientes a suministrar a la población medicamentos a precios preferenciales, así como la operación, aún no suficientemente eficaz, de sistemas de control de calidad de fármacos, a efecto de garantizar sus propiedades curativas y su sujeción a las normas oficiales.

Las instituciones de educación superior, creadas y auspiciadas por la Revolución, han venido formando los profesionistas médicos y paramédicos que han hecho posible que la expansión de la actividad sanitaria se sustente en recursos humanos de la mayor calidad.

La medicina preventiva y la educación para la salud, empiezan a encontrar en los medios de comunicación masiva, el instrumento idóneo para penetrar a la sociedad y habilitarla para el cuidado de la salud.

La custodia, restauración, y mejoramiento de la salud no es tarea que pueda eficazmente atender el Estado, si no concuerdan los propios interesados; se trata de una responsabilidad que atañe a todos y cada uno de los mexicanos y que está estrechamente ligada a lo cultural.

En la década de los setentas el Estado mexicano empezó a asumir la responsabilidad de proteger y mejorar el medio ambiente. Se crearon dependencias y mecanismos administrativos y entraron en vigor ordenamientos legales de los que carecíamos. Sin embargo, los resultados obtenidos están todavía muy distantes de los propósitos de la Nación: proteger el patrimonio ecológico y usarlo con sentido social para bienestar de los mexicanos.

Nuestro país no acepta que el deterioro del medio ambiente sea un costo insalvable del desarrollo económico. La salud de los mexicanos, será una quimera si no somos capaces de preservar nuestros ecosistemas.

En décadas de esfuerzo nacional se ha ampliado la infraestructura y equipamiento de la salud como resultado de la avanzada tecnología mexicana y del esfuerzo financiero de la sociedad.

Si lo avanzado es satisfactorio para la Nación, no puede dejarse de reconocer que aún se aprecian graves carencias que no por antiguas son menos lamentables: todavía no se alcanza el objetivo de la plena cobertura; en algunas áreas existe el manejo dispendioso de recursos y una operación desarticulada; más aún, se advierte una dolorosa discriminación en el campo de la salud; la calidad de los servicios varía radicalmente de una institución a otra y de región en región.

No hemos sido capaces de establecer un sistema nacional de salud que responda a la demanda popular de una vida sana. La sociedad con frecuencia ha señalado que no siempre ha privado una vinculación adecuada entre los requerimientos de la salud y las instituciones de educación superior que preparan a los profesionales que servirán a las instituciones. Como la distribución de esos profesionales no se guía por criterios de carácter social, se separa cada vez más a los mexicanos.

Aún cuando se han emprendido acciones de planificación familiar, éstas no han sido lo suficientemente amplias y eficaces para que las parejas decidan libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de su descendencia.

La descoordinación de las distintas dependencias y entidades públicas que actúan en el campo de la salud, genera duplicidades, contradicciones, dispendios de esfuerzos, derroche de recursos y pérdida de tiempo, siempre en perjuicio de México y los mexicanos.

Las formas racionalizadoras que se han intentado repetidamente, no han rebasado el linde de los buenos propósitos.

Esta descoordinación ha conducido a que todavía no se opere cabalmente ni se cumpla con uno de los elementos primarios de cualquier sistema de salud: el Cuadro Básico de Medicamentos. Tal carencia lleva al menoscabo de la economía de los mexicanos y de las finanzas públicas, provoca rezago de la industria farmacéutica nacional y la dependencia del exterior".

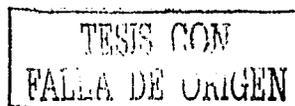
Esos factores, que se nos mostraron con toda su crudeza en nuestra campaña política que emprendimos para lograr el voto ciudadano, nos ha llevado a la convicción de que es necesario del derecho a la protección de la salud, consagrándolo en el artículo 4º de nuestra carta Magna como una garantía social".

Es así, como fue publicado en el Diario Oficial de la federación el día 03 de febrero de 1983, el texto adicionado al artículo 4º constitucional, quedando de la siguiente manera:

Art. 4º.-...

...

...



"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso de los servicios de la 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".

Elementos:

1º. Hace referencia a "toda persona". De ésta manera los servicios de atención médica que imparte el Estado, pretenden incluir a mayor número de usuarios que anteriormente, en que, solamente tenían acceso a éstos servicios, los derechohabientes que tuvieron derecho a la seguridad social al prestar sus servicios a alguna empresa o que de manera personal pagarán sus cuotas al Instituto Mexicano del Seguro Social para la obtención de tan necesario servicio.

2º. Enuncia "derecho a la protección de la salud". Todos los ciudadanos de México tenemos derecho a la salud, sin embargo, la adición que se comenta, al incluir la palabra protección establece que no solo tenemos derechos a gozar de salud, sino también a que se proteja, protección que al incluirse en la Carta Magna se convierte en garantía, es decir, a la protección de la salud, por parte del Estado, para ciertas personas y a través de sus instituciones de salud, salvo casos excepcionales como el de urgencia, contemplado en el artículo 72 de la Ley General de Salud, a que hicimos mención en el capítulo anterior al hablar de los derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de atención médica. Además se debe entender en el sentido de que no sólo debe garantizarse ese acceso cuando existe una enfermedad presente o próxima a presentarse ó una situación de urgencia, sino también para prevención, detección y rehabilitación.

3º. Al determinarse que una ley regule las formas de acceso a servicios de salud, se entiende que se trata solamente de los de carácter personal y que, por las consideraciones que deberán hacerse en cuanto a recursos del Estado y necesidades de los usuarios, será indispensable fijar reglas que favorezcan a quienes más lo requieran. Las características de especial gratuidad de ciertos servicios y las limitaciones existentes en algunos casos, derivadas de los vínculos laborales, deberán ser examinadas por el legislador. No se podía plantear una garantía sin reglamentación porque si con fundamento en ella, todos los habitantes del país hubiesen demandado atención médica en cualquier institución oficial, se habría generado una terrible confusión administrativa.

4º. En lo que se refiere a la distribución de competencias, se continuó con la tradición consistente en dejar los asuntos de salud pública a cargo de las autoridades de los estados.

5º. Con fundamento en la disposición de la nueva adición al artículo 4º constitucional en materia de salud, deberá constituirse un Sistema Nacional de Salud, considerado como conjunto de elementos (demandas, información, normas, recursos y apoyos) orientados a la satisfacción social de las necesidades individuales y colectivas de prevención, curación, y rehabilitación de la salud.

1.5.1. Ley reglamentaria del derecho constitucional a la protección de la salud.

La facultad de la Federación para legislar en materia de salubridad pública no se encontraba prevista en el texto original de la Constitución Federal de 1857; sino que, es hasta el 12 de noviembre de 1908 cuando, mediante reforma constitucional, se confiere esa facultad a los poderes federales, refiriéndose expresamente a "Salubridad General".

En materia sanitaria, de salubridad pública o salud pública han regido en México los Códigos de 1891, 1894, 1903, 1926, 1934, 1949, 1954, 1973 y la actual Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, en vigor a partir del 1 de julio del mismo año y reformada por última vez en fecha veintinueve de abril del año dos mil.

Este ordenamiento jurídico emanado de la Carta Magna, tiene por objeto reglamentar el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona. En términos del artículo 4º constitucional, establecer las bases y modalidades de acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

materia de salubridad general. Es de aplicación federal y sus disposiciones son de orden público e interés general (art. 1º L.G.S.).

Las autoridades en materia sanidad, de conformidad con el artículo 4º de la Ley, son:

- I. El Presidente de la República;
- II. El Consejo de Salubridad General;
- III. La Secretaría de Salud; y
- IV. Los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el del Departamento del Distrito Federal.

Corresponde al Gobierno Federal, así como al de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la vigilancia general del cumplimiento de la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables, conforme al artículo 13, apartado A) fracción IX y apartado B) fracción VI del mismo ordenamiento legal, respectivamente, en relación con el artículo 48 de la misma Ley, que a la letra dice:

“ 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”.

La Ley General de Salud en su título III De la prestación de los servicios de salud, a través de sus cuatro capítulos: Disposiciones comunes; Atención médica; Prestadores de servicios de salud y de los usuarios de los servicios de salud; y, Participación de la comunidad; establece las bases del acceso a la prestación de los servicios de atención médica. En su capítulo primero, define servicios de salud como “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidos a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”(art. 23 L.G.S.) y en su artículo 24, clasifica los servicios de salud atendiendo a los prestadores de los mismos en:

- I. públicos a la población en general;
- II. servicios a derecho habientes 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 otro grupo de usuarios;
- III. servicios sociales y privados; y,
- IV. otros que se presten de conformidad con lo que indica la Ley Sanitaria (artículo 34 y siguientes de la L.G.S.)

En el capítulo II establece que “se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud” (art. 32 L.G.S.).

De éste ordenamiento jurídico, se deriva el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, expedido por el Ejecutivo Federal en fecha 29 de abril de 1986, tiene por objeto “proveer en la esfera administrativa, al cumplimiento de la Ley General de Salud, en los que se refiere a la prestación de servicios de atención médica” y al igual que la Ley que reglamenta, es de aplicación federal y sus disposiciones son de orden público e interés general” (art. 1º).

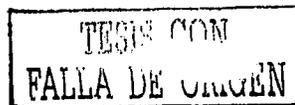
Con arreglo al artículo 3º del presente reglamento, la aplicación del mismo, corresponde:

- I. A la Secretaría de Salud; y
- II. A los gobiernos de las entidades federativas, en términos de la Ley General de Salud.

Antes de hablar de los derechos, tenemos que establecer que, “se considera usuario de servicios de salud a toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en ésta Ley y demás disposiciones aplicables.” (art. 50 L.G.S.).

1.5.2. Derechos de los usuarios y obligaciones de los prestadores de servicios de atención médica.

Derechos de los usuarios de los servicios de salud:



- 1º Recibir atención médica adecuada.- (arts. 51 y 89 L.G.S.).
- 2º Recibir trato digno y respetuoso.- (arts. 51 y 83 L.G.S.)
- 3º Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.- (arts. 29 y 30 del Reglamento de la Ley General de Salud, que en lo subsecuente llamaremos reglamento.; y, NOM-168SSA-1998, del Expediente Clínico numeral 5.5).
- 4º Decidir libremente sobre su atención.- (art. 80 del Reglamento; NOM-168SSA1-1998, del Expediente Clínico, numerales 4.2 y 10.11)
- 5º Otorgar o no su consentimiento válidamente informado.- (arts. 100-IV, 320 y 321 L.G.S.; 80 y 81 del Reglamento; y, NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico, numerales 4.2 y 10.11).
- 6º Ser tratado con confidencialidad.- (NOM-168SSA1-1998, del Expediente Clínico, numerales 5.6; art. 36 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal; 136, 137 y 138 de la L.G.S.; y, 19 y 35 del Reglamento.
- 7º Contar con facilidades para obtener una segunda opinión.- (NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico, numerales 4.9 y 5.5; y, arts. 29 y 30 del Reglamento.
- 8º Recibir atención médica en caso de urgencia.- (art. 55 L.G.S.; y, 71 a 75 del Reglamento).
- 9º Contar con un expediente clínico. (art. 32 del Reglamento; y, NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico).
- 10º Ser atendido cuando se inconforme con la atención médica que recibió. (arts. 54 L.G.S.; 19, 51 y 52 del Reglamento y 2, 3, 4, y 13 del Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico).

En relación a los derechos 1º y 2º, el artículo 51 de la Ley General de Salud, establece, el derecho a "obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares"; mismo que ha sido reproducido textualmente por el legislador, en el artículo 54 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

En lo que se refiere a recibir atención médica en caso de urgencia, queremos agregar que cuando está en peligro un órgano, la vida o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, de cualquier sector, con el propósito de estabilizar sus condiciones.

En principio, debemos entender por urgencia como "todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata". En términos de la Ley General de salud (que en lo subsecuente llamaremos Ley), toda persona o institución pública o privada, tiene la obligación de cuidar que toda persona ya sea que con motivo de un accidente o por cualquier otra causa requiera de atención de urgencia, sea trasladada al lugar donde pueda recibir atención inmediata (primeros auxilios), sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones (art. 55). Es así que los establecimientos que brinden servicios de atención médica para el internamiento de enfermos tienen la obligación de prestar la atención médica que se requiera, en la cercanía de los mismos. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales, para ser transferido, cuando los recursos del establecimiento no permitan la resolución definitiva del problema, enviándolo a otra institución del sector que asegure su tratamiento y que tendrá la obligación de recibirlo. Siendo el traslado con recursos de la unidad emisora. "bajo la responsabilidad de su encargado y conforme a las normas respectivas" (art. 75 del Reglamento). Tratándose de instituciones que presten servicios de salud que pertenezcan al sector privado, cuando los servicios de internamiento que presten sean de urgencia, deberá ser en forma gratuita, cuando se trate de personas de escasos recursos económicos, debiendo entenderse por éstas, como aquéllas que tienen una percepción económica igual al equivalente al salario mínimo. Sin embargo, en la práctica surge un problema grave relacionado con esto, y es el caso de "pelotear" a un paciente; ésta expresión se refiere a cuando de institución de salud a otra se requiere de atención médica, llegando en ocasiones a causar graves complicaciones en el enfermo, únicamente por "pelotearlo"; a veces sucede esto porque en la institución a la que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

llegan primeramente, no cuenta con los servicios necesarios para su atención y en consecuencia ordenan su traslado, esto puede ser benéfico para el paciente y puede ser una decisión que finalmente le salve la vida, sin embargo, muchas veces esto ocurre por no atender al paciente o porque lo ven tan mal que prefieren que sea otra la institución que se encargue de él.³⁴

Ya se dijo con anterioridad que la vigilancia del cumplimiento general de la presente ley, y, en especial el de brindar servicios de atención médica en términos del artículo 4º constitucional, corresponde a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas y al del Departamento del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias. Unicamente nos resta agregar que, de conformidad con la Ley General de Salud, corresponde a la comunidad participar en programas de protección a la salud y en la prestación de los servicios respectivos (art. 57 L.G.S.). Y, sin perjuicio del derecho 10º, en términos del artículo 60 de la Ley, toda persona, sin importar que no sea el usuario de los servicios de salud, puede denunciar ante las autoridades sanitarias cualquier tipo de hechos, que por su naturaleza representen un riesgo o provoquen algún daño a la salud, a lo que se conoce como "acción popular".

Obligaciones de los prestadores de los servicios de salud:

1º Brindar atención oportuna y de calidad.- Tienen que brindar la atención médica que les es requerida y cuando se necesita, siempre que la condición de salud del paciente revele que la no intervención requerida ponga en peligro su vida. Además, como se dirá posteriormente, si bien es cierto que no es necesario que el personal tenga destellos de brillantez, su actuación debe ser igual a la de la media de los médicos, en condiciones similares.³⁵

2º La atención debe ser pronta y responsable.- La prontitud estará determinada por la gravedad de la salud del paciente. Siempre que éste requiera atención médica de urgencia debe ser inmediata, cuando menos, proporcionar la atención debida para la estabilización de su salud, para que de no contar con los medios para el tratamiento del problema, sea trasladado a otra institución.³⁶ La actuación de los profesionales de la salud debe ser responsable, tomar las medidas de cuidado necesarias e indispensables, no proceder con temeridad,³⁷ aquí interviene la cuestión la ética, el sentido del deber, etc.

3º Proporcionar servicios de emergencias en forma gratuita a personas de escasos recursos (art. 17 Reglamento).

4º Para las instituciones de salubridad, conservar el expediente clínico por un periodo mínimo de cinco años (art. 32 Reglamento).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³⁴ JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit., página 110.

³⁵ Consúltense las notas hechas al respecto, al tratar las especies de la culpa, páginas 57 y 58.

³⁶ Ver apartado 1.5.1. en lo que se refiere a "derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de salud" en donde se encuentra explicada la manera en que con arreglo a la Ley, deben proceder las instituciones médicas en caso de no contar con los instrumentos necesarios para el tratamiento de la urgencia.

³⁷ "En el concepto de impericia entra también la temeridad profesional, como sería en la hipótesis del cirujano que, aún sabiendo que puede operar de un modo fácil, recurriese a una operación audaz, ocasionando la muerte del enfermo". MANZINI. Tratado, volumen II, 2a. parte, página 82. La temeridad consiste en el empleo de procedimientos riesgosos o excesivamente audaces totalmente innecesarios.

CAPITULO 2. DE LOS DELITOS DE OMISION

2.1. CONCEPTO.

La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (de omisio, no ejecución, abstención). Esa acción esperada, pensada y que se omite ejecutar (Mezger); es no ejecución de un movimiento corporal que debió realizarse (Sánchez Tejerina, y no incluye la inactividad forzada por un impedimento legítimo, ni todas las demás inactividades tipificadas como delito por la ley, en particular. En cuanto al resultado, es indirecto efecto de la omisión en algunas clases de ésta, pero en otras (simple omisión) solo se traduce un una simple desobediencia a la ley, sin resultado concreto, pero con peligro de que se produzca.³⁸

La omisión es una de las dos formas de la conducta. El delito de omisión tiene dos clases:

a) propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera), que define diciendo que "consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición".³⁹

b) delito de omisión impropia (comisión por omisión), el cual, a juicio de Porte Petit, debe denominarse resultado material por omisión.⁴⁰ Existirá éste, "cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva".⁴¹

Siguiendo a los autores finalistas, Gustavo Malo Camacho,⁴² dice que "la omisión es una figura jurídica que existe como un concepto en referencia. No existe la omisión en sí, sino que siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción". Más adelante, sin llegar a definirlos nos dice la forma en que podemos encontrarlos descriptos en la ley: "Mientras que los tipos de acción o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de su descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de su descripción debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria".⁴³

En relación a los delitos de omisión, el Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito ha establecido la siguiente tesis:

"OMISION, DELITOS POR (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ)

De acuerdo con el artículo 5º del Código Penal del Estado de Veracruz, el acto y la omisión son las dos únicas formas de manifestación de la conducta que pueden ser constitutivas de delito. Si la conducta del inculpafo fue omisiva, es necesario prescindir del delito realizado mediante acción para analizar su aspecto negativo: la omisión. La legislación penal del Estado, al establecer el concepto del delito en el precepto legal invocando, ha aceptado respecto de la omisión la teoría de la acción esperada, que se funda en que el sujeto no actuó como se esperaba y su omitir es reprochable en cuanto a que pudo, sin impedimento, realizar el acto esperado. Los delitos así cometidos no son más que el resultado dañoso de un doloso omitir del agente que con abstención de un hecho esperado actualiza un evento dañoso que le es imputable porque no hizo aquello que debió hacer, siendo que nada le impedía de manera perentoria haber actuado de conformidad con el Derecho. En síntesis, la omisión resulta punible cuando el sujeto deja de hacer lo que debe hacer, cuando se abstiene de hacer lo que tiene la obligación legal de ejecutar". (Amparos acumulados 4 y 5/69. Ricardo Casillas Ruiz y José Valenzuela Cruz. 15 de mayo de 1969. Unanimidad de votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 5 Sexta Parte. Tesis: Página 75. Tesis Aislada.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³⁸ CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Derecho penal mexicano (parte general). Editorial Porrúa S.A., 16a. edición México, 1988, página 278

³⁹ PORTE PETIT CANDAUPAP Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. Editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México, 1998, página 239.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ PORTE PETIT. Op. cit., página 243.

⁴² MALO CAMACHO Gustavo. Derecho penal mexicano, Editorial Porrúa S.A., 2A. edición, México, 1998, página 151

⁴³ Al respecto, "desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A". WELZEL, Hans. Derecho penal alemán (parte general), traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Editorial jurídica de Chile, 11a. edición, 4a edición castellana, Chile, 1993, página 237.

2.1.1 Los delitos de omisión, según Jiménez de Asúa.

La naturaleza de la omisión y sus clases.

Para el jurista español Luis Jiménez de Asúa, la simple omisión "es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior...".⁴⁴ En relación a los delitos de comisión por omisión o también llamados de omisión impropia "en puridad, los llamados delitos de comisión por omisión no son omisivos sensu stricto, a no ser que vinculemos ésta clase de infracciones al no hacer concreto, con independencia de la norma que se ataca y del resultado que se obtiene. En efecto, los delitos de comisión por omisión consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada. Por lo tanto, a no ser que concentremos la idea de inercia, prescindiendo de la clase de resultado (cambio en el mundo externo o no mutación), no podríamos llamar omisiones a los que cometen un delito que altera el mundo externo".⁴⁵

En suma, distingue las omisiones simples de las complejas, en los términos asentados en el párrafo anterior.

Después de estudiar las diferentes clases en que se ha pretendido clasificar, a decir del propio Jiménez de Asúa, a los delitos de omisión, elabora la propia. Ahora enunciaremos la clasificación que se ha elaborado por diferentes autores en relación a los delitos en estudio, que son:

- a) delitos de simple omisión.
- b) delitos de comisión por omisión.
- c) delitos de omisión mediante acción.
- d) delitos de omisión del resultado.
- e) delitos de omisión espiritual.

Los delitos a que se refiere los incisos a y b, fueron definidos en los términos en que ha quedado asentado anteriormente, y respecto a los que se refiere en inciso c) Vincenzo Manzini, después de afirmar que la "acción...puede servir... para consumar tanto un delito comisivo como un delito omisivo", agrega: ello se debe, según, a que la distinción de fúnda no en los modos de perpetrar un delito, sino "sobre el carácter de la violación jurídica". A decir de éste autor, "el delito omisivo consiste en la pura y simple inobservancia de un deber especial, y, el delito comisivo consiste en la producción de un determinado efecto antijurídico" (*Tratado, volumen I, páginas 556 y 557*).⁴⁶

Continúa diciendo, tanto vale no hacer lo que se debe, como obrar positivamente contra aquéllo que está prohibido, o realizar hechos positivos para eximirse del deber. En éste último supuesto es donde se encuadra lo que éste autor llama delitos de omisión mediante acción. En tales casos, el delito mantiene carácter omisivo, siempre que la acción positiva contraria al deber no esté inculpada específicamente como tal.

Delitos de omisión del resultado. De acuerdo con Crispigni, derivan éstos "de la consideración de que en el ordenamiento jurídico, además de los mandatos de acción hay indudablemente también mandatos de resultado, que son aquellos en que el precepto de la norma consiste en producir una determinada modificación en el mundo exterior" y se distinguen de los hechos de mera conducta omisiva porque en estos lo que se imputa es la falta de una acción y en los otros por el contrario se imputa la falta de una modificación del mundo externo.⁴⁷

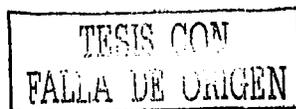
Delitos de omisión espiritual. Quintiliano Saldaña, al tratar de los delitos de acción y de omisión introdujo los delitos de omisión espiritual, limitándose a decir que esta clase de delitos se llama culpa. El proyecto de código penal peruano de Cornejo y Jiménez que apareció en 1928 en la sexta sección del título único del libro segundo, se

⁴⁴ JIMENEZ DE ASUA Luis. Tratado de derecho penal, volumen III. Editorial Losada. 5a edición actualizada. Buenos Aires. 1992, página 389.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ JIMENEZ DE ASUA. Tratado, volumen III, citado por el autor, página 392.

⁴⁷ JIMENEZ DE ASUA. Tratado, volumen III, página 394.



ocupó de los delitos de omisión espiritual o culpa. A juicio de Jiménez de Asúa, éste nombre podría reservarse para los delitos de olvido, que son una especie de los de omisión.⁴⁸

2.1.2 Los delitos de omisión, según Vincenzo Manzini.

Este autor, al clasificar los delitos en omisivos y comisivos, empieza diciendo que no es exacto la enseñanza generalizada consistente en identificar los delitos de acción con una comisión y los de omisión con un no hacer porque según él, se confunden las modalidades del hecho con la esencia misma del delito⁴⁹. Y, si bien es cierto, que acepta que la acción puede servir para consumir tanto un delito comisivo como uno omisivo y viceversa, a su juicio, la distinción entre ambos "se funda sobre el carácter de la violación jurídica: el delito omisivo consiste en la pura y simple inobservancia de un deber especial; el delito comisivo consiste en la producción de un determinado efecto antijurídico".⁵⁰

El carácter comisivo u omisivo le proviene al delito de su esencia y no de los presupuestos del hecho o de las condiciones objetivas de punibilidad. Si un delito presupone la preexistencia de un deber, y, por consiguiente la inobservancia de éste, tal inobservancia no hace omisivo al delito en todo caso, sino, solamente, cuando el hecho punible, contrario a aquél deber, consiste en una omisión; en otro caso es por comisión".⁵¹

Establece como criterio para diferenciar la comisión de la omisión, el siguiente: "Todo precepto penal determina una limitación jurídica de la libertad individual; y todo delito, un desconocimiento de tal limitación". Por ello cuando la libertad de realizar determinada conducta se encuentre vedada por la ley, porque de ninguna manera puede autorizarse (matar, robar,) estaremos en presencia de un delito comisivo; en cambio, cuando esa libertad de conducta se encuentra reconocida en la ley, ya sea porque la actividad misma es lícita, o porque se encuentra autorizada de manera expresa en el ordenamiento jurídico, el sujeto tiene únicamente la obligación de observar determinados deberes, la inobservancia de los mismos "tiene carácter siempre y necesariamente omisivo".⁵²

Al hacer referencia a los delitos omisivos, Manzini comienza diciendo, si bien "en cierto sentido todos los delitos son omisivos, porque cada uno de ellos consiste en la inobservancia de un precepto penal", toda vez que no impedir un delito que se tiene obligación de evitar equivale a ocasionarlo, y, que cuando se tiene por responsable de un delito a la persona que materialmente no lo cometió, tal responsabilidad se funda en el incumplimiento de la obligación de evitar ese resultado típico, es decir, su responsabilidad se funda en una omisión.

Concluye Manzini, "la omisión no es otra cosa que la abstención de una actividad debida, abstención que la ley considera por sí sola dañosa o peligrosa, esto es, productiva de una situación desfavorable en el mundo exterior". Adelante, "la esencia del delito omisivo consiste en la inobservancia pura y simple de un deber jurídico, independientemente de aquello que sea o no sea derivado del mismo."

"El delito omisivo consiste en un evento, esto es, en una modificación, es decir, el delito es ante todo y siempre un evento, esto es un hecho (activo u omisivo), que produce una modificación (ilícita) o impide que se produzca una modificación (debida) del mundo exterior, ya sea material o no tal modificación. Más adelante, por evento se entiende no sólo el resultado material de una acción u omisión sino también la acción u omisión en sí misma considerada, cuando es suficiente concretar un delito, así por ejemplo la injuria verbal es un evento, no menos que el homicidio, en el sentido que se ha precisado".⁵³

48 JIMENEZ DE ASUA. Tratado, volumen III, páginas 439 y 440.

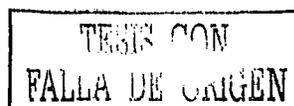
49 Cfr. MANZINI Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano, volumen II, traducido por Santiago Sández Meléndez. Editores EDIAR, sociedad anónima, Buenos Aires, 1948, página 91.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

52 Cfr. MANZINI. Ibidem.

53 MANZINI. Op. cit., página 94.



En relación a los delitos de omisión simple "el delito tiene carácter omisivo en sentido propio, solamente cuando el hecho punible está constituido por el incumplimiento de un deber jurídico sin que tal incumplimiento sirva de medio para determinar o favorecer la acción de causas productivas de un evento que forma parte de la noción de un delito comisivo", omisivo puede presentarse cuando exista y sea violado un mandato jurídico de acción"

Una particularidad notable de los delitos de omisión es aquella por la cual las normas respectivas no siempre tienen carácter estrictamente personal. Existen ciertos preceptos que permiten que la obligación jurídica de hacer sea cumplida de manera solidaria "principio de solidaridad o co-realidad", es decir, que la obligación de actuar puede ser cumplida por otra persona que no sea la que tenía que hacerlo en un principio, liberando así a ésta.

2.1.3 Los delitos de omisión para Eduardo Novoa Monreal.

Este penalista, para referirse a los delitos de omisión, parte de explicar en forma sencilla, en qué consisten estos, así como su razón de ser. Inicia por mencionar que "cuando un hombre desobedece una norma de mandato, su comportamiento real se traduce en no hacer aquello que le imponía su deber jurídico con fines bien perfilados de colaboración activa a las exigencias de la organización social, esta desobediencia equivale a negarse a realizar la acción que la norma jurídica le imponía "El sujeto ha rehusado en tal caso, obrar de la manera determinada que le estaba impuesta jurídicamente", agregando "y ello constituye una conducta contraria a derecho".⁵⁴

Más adelante agrega, respecto a la forma de localizar los delitos de omisión "cada vez que el legislador tipifique penalmente una conducta omisiva, nos hallaremos en presencia de un delito genuino de omisión".⁵⁵

Novoa Monreal coincide con otros autores (entre ellos Kaufmann, Welzel y Baumann), en que la diferencia entre los tipos omisivos que se integran con la mera inactividad, sin requerir para su perfección la realización de algún resultado material externo y los que además del no hacer (el tipo que no está especificado como omisivo impropio dentro de la ley penal) requieren de un resultado material externo, consiste en que, los primeros sí se encuentran tipificados expresamente dentro de la legislación sustantiva penal. La diferencia se encuentra "a partir de que estos últimos no se hallan expresamente tipificados en la ley, a diferencia de los primeros que corresponden siempre a tipos penales privativos".⁵⁶

Este penalista, al referirse a los delitos propios de omisión, distingue cuatro clases distintas de ellos, atendiendo a la forma en que aparecen descritos en la ley, y que son:

- 1.- Las descripciones directamente referidas a una omisión.
- 2.- Las descripciones que no mencionan expresamente un omitir.
- 3.- Las descripciones de doble sentido.
- 4.- Las descripciones explícitamente alternativas.

1. Las descripciones directamente referidas a una omisión.

De acuerdo con éste autor, en ésta clase de los delitos impropios de omisión, "El tipo... empleará alguna de las formas del verbo omitir, destinado a señalar como presupuesto de la sanción penal a la abstención de cierto obrar." Esa abstención implicará el no cumplimiento de un deber jurídico concreto por parte del sujeto omitente, pese a que tal incumplimiento no será mencionado ordinariamente en el tipo.

2. Las descripciones que no mencionan explícitamente un omitir.

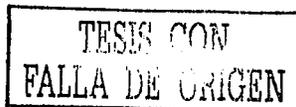
Hay ocasiones en que el legislador emplea diversas expresiones verbales del verbo "omitir" como son abstenerse, desobedecer, no ejecutar; sin embargo, hay otras en que, para señalar los tipos de omisión se emplean en ellas términos un tanto diferentes, con los cuales el legislador buscará señalar una conducta consiste en un no hacer algo. Ejemplo de éste es el delito de desobediencia de particulares.⁵⁷

⁵⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1984, página 45

⁵⁵ NOVOA MONREAL. Op. cit., páginas 45 y 46.

⁵⁶ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 122.

⁵⁷ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 47; En México: rehusare y desobedeciere del art. 178 del c.p.f.



3. Las descripciones de doble sentido.

Esta situación se da cuando el tipo correspondiente emplea formas verbales que pueden significar, tanto una acción como una omisión, como ocurre por ejemplo, con los verbos ocultar y abandonar, profusamente empleado en varias legislaciones penales positivas. Porque se puede ocultar algo escondiéndolo y también no dándolo a conocer⁵⁸ a otro que lo ignora y a quien se tiene la obligación de informar, y, se puede abandonar algo activamente también no prosiguiendo una actitud de atención y cuidado en relación con aquello que no se debe abandonar. Será una correcta interpretación de estos tipos la que va a determinar si ellos incluyen o no una actitud omisiva.

Existen otras descripciones típicas que no aluden en forma precisa ni a un hacer ni a un no hacer, sino que, utilizan palabras mediante las cuales el legislador se propone abarcar tanto formas activas como pasivas de realizarlas.

4. Las descripciones explícitamente alternativas.

Son aquéllas que establecen expresamente que el hecho puede ser realizado alternativamente, es decir, mediante un hacer o mediante un no hacer. En tal caso se halla el artículo 248 del Código Penal argentino conforme al cual se pena al funcionario público, tanto si dicta o ejecuta resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales, como si no ejecuta las leyes cuyo cumplimiento le incumbe.

Continuando con los delitos propios de omisión, "en todos los casos antes considerados en cuanto se alude a tipos que total o parcialmente apreciados e interpretados, designan exclusiva o alternativamente tipos de omisión, nos hallamos en presencia de genuinos delitos de omisión, por cuanto ellos, o bien están constituidos por un no hacer determinado o bien la descripción legal incluye conductas de ésta clase"⁵⁹.

Para finalizar la idea del penalista Eduardo Novoa Monreal en relación a los delitos propios de omisión diremos que a su juicio éstos delitos no consisten únicamente en no hacer, sino que ese no hacer es algo determinado, acción con la cual evitarían la lesión o peligro de lesión del bien jurídicamente tutelado. (Esta idea la ampliaremos al estudiar los delitos propios de omisión).

2.2 DELITOS DE OMISION PROPIOS.

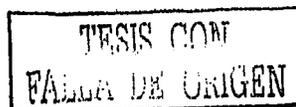
Frente a los tipos penales que prohíben la realización de determinadas acciones y que establecen su sanción correspondiente para el caso de violentar dicha prohibición, existen otros (tipos) que ordenan que la persona que se encuentra en posición de realizar una acción determinada y que tiene la obligación de actuar, ejecute la acción debida. A ésta segunda clase de tipos, conocidos como de omisión propia, nos referiremos a continuación.

Antes de continuar, queremos dejar asentada la idea de que siempre estaremos en presencia de un delito de omisión simple, cuando la descripción típica se integre con la mera conducta del sujeto activo, sin que sea necesario la producción de un resultado material externo, pues, en éste caso, estaremos en presencia de un delito de omisión impropio, que nos corresponde analizar en otra ocasión.

2.2.1 El tipo.

En el delito de omisión propio doloso, el tipo comprende:

- 1.- La situación típica.
- 2.- La falta de la acción obligada.
- 3.- El poder final del hecho para la realización del mandato.



⁵⁸ Como ejemplo de éste, tenemos el delito de abandono de hijos o de cónyuge del artículo 336; el de abandono de menor o incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, invalida o amenazada de un peligro cualquiera del 340, tanto del código penal federal como del Distrito Federal.

⁵⁹ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 50.

1.- La situación típica.

La situación típica, "comprende aquéllos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. Señala por regla general la meta de la acción mandada, el objeto sobre el que debe influirse, como también, dado el caso, otras circunstancias que se presuponen para la intervención".⁶⁰

Novoa, al referirse a la situación típica en los delitos de omisión propia: "el tipo de omisión estará integrado casi siempre, obviamente, por otros requisitos, semejantes a los que observamos en los tipos de acción, destinados a precisar en la forma más detallada posible la situación objetiva dentro de la cual ha de darse la omisión". Y agrega, "entre ellos se cuentan, por ejemplo, determinadas calidades del omitente punible y otras circunstancias de hecho relativas a su tiempo, lugar y forma, todas las cuales complementan el tipo legal..."⁶¹

2.- La no ejecución de una acción, que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato. (falta de actuar con tendencia a realizar el mandato). Falta de acción obligada.

Tenemos también, que los delitos de omisión se dividen en dos, los que exigen la producción de un resultado material externo (impropios), y los de simple omisión que, para que se integre el cuerpo del delito, no requieren de la producción de dicho resultado, que son los que ahora nos interesan. Si partimos del hecho de que a diferencia de los delitos de acción que consisten en un hacer, los de omisión están constituidos por un no hacer, ante todo debe quedar bien claro que ese no hacer no consiste en una falta absoluta o cinética⁶² de movimiento, sino en una inacción determinada. *Los delitos de omisión simple los podemos definir como aquéllos en los que el autor, llamado omitente no realiza la acción mandada por el ordenamiento jurídico, en los que no se produce un resultado material externo, sino que se perfeccionan con la pura y simple omisión.*

Así tenemos que en ésta clase de delitos, al autor, le es reprochable no la producción de un resultado material externo prohibido por la ley, sino que, lo es, su ausencia de conducta, ésta que tiene como resultado no impedir la puesta en peligro de un bien jurídico determinado; y, que como ya dijimos no es absoluta, sino que debe ser determinada. Por eso, si el autor se mantiene indiferente ante la situación que impone su intervención, realizando otras actividades o no haciendo nada absolutamente, será penalmente responsable por esa indiferencia, en el sentido de los delitos de omisión formal.

Así, tenemos que la no ejecución de la acción:

- Consiste en la falta de realización de la acción obligada.
- La acción obligada, es la que ordena la norma de mandato que el omitente ejecute y de esa manera conservar intacto el ordenamiento jurídico.
- Es la acción que era de esperarse de parte del activo y que no ejecutó o hizo erróneamente, más aún, realizó otra en su lugar.
- En el delito de omisión doloso falta la tipicidad no solo cuando el obligado a actuar cumple exitosamente, sino que ya cuando se esfuerza en forma seria aunque sin alcanzar el resultado, por alcanzar el fin fijado.
- En consecuencia, la falta de esa actividad mandada por la norma penal en el sentido de los delitos de omisión simple o formal o propia, es un indicio de la tipicidad, ahora bien, si recordamos que la tipicidad es el encuadramiento o adecuación de la conducta (acción u omisión) en la ley penal, tenemos que, la ausencia de ese movimiento por parte del omitente en la forma exigida por los delitos que consisten en un no hacer sin resultado material externo, nos indicará que nos encontramos ante la presencia de un delito de omisión simple.

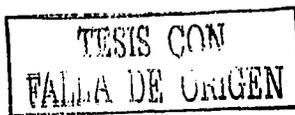
Al respecto, Novoa, al distinguir omisión de inactividad: "en todo caso, un delito de omisión, cualquiera que sea su clase, no puede ser identificado necesariamente a una inactividad o pasividad totales por parte del sujeto.

El no hacer absolutamente nada..., aparte de ser bien difícil en la práctica podrá ser una de las formas de incurrir en delito de omisión; pero con mucho mayor frecuencia se incurrirá en éste delito cuando se realice cualquier otra

⁶⁰ WELZEL Op. cit., página 241.

⁶¹ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 55.

⁶² Como lo llama NOVOA MONREAL. Op. cit. 51 y 70.



acción que no sea, precisamente, aquella determinada que impone el deber jurídico y que está descrita o incluida en el tipo correspondiente... la omisión consiste en no hacer algo determinado".⁶³

3.- El poder final del hecho para el cumplimiento del mandato. (La capacidad potencial para cumplir con el mandato).

"El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato, sólo cuando tenía el poder para la ejecución".⁶⁴ Omisión que presupone en el autor el poder para ejecutar la acción obligada con la cual evitaría que se produjera el resultado. Dicho lo anterior, corresponde determinar cual es la persona que puede omitir, y tenemos que, sólo puede serlo, la que tiene la posibilidad real física de ello y se encontraba en una situación tal con respecto al bien jurídico, que el ordenamiento legal se la exigía. "La omisión no es una simple y pura ausencia... En efecto... es ausencia de un movimiento determinado de parte de quien puede realizarlo. Nadie diría que una piedra se abstiene de movimiento e incurre en omisión, porque, siendo ella una sustancia inerte incapaz por sí misma de movimiento, no se mueve. Su falta de movimiento corresponde a algo que es propio de su ser y refleja una incapacidad. Muy diferente es el caso de quien se abstiene de un movimiento, pues esto supone que física y circunstancialmente podría ejecutarlo".⁶⁵

De igual manera no puede ser sujeto de omitir auxilio la persona que no se encuentra en el tiempo y lugar en que se solicita, ni tampoco se le ha hecho saber por cualquier medio posible.

En conclusión, sólo puede omitir, el que tiene la capacidad física para ello y la posibilidad real de con ese movimiento, evitar el resultado típico. Para ello es necesario:

a) El conocimiento de la situación típica, es decir, es necesario conocer de la existencia del hecho en el cual la acción ordenada por la norma de mandato debe producir sus efectos, no basta el "tener que" conocer. El omitente puede tener conocimiento de la situación por medio de sus propios sentidos o puede informárselo otra persona, lo que importa aquí es de que sea cual fuere el medio, tenga conocimiento de la situación típica.

b) El conocimiento del omitente de su poder final del hecho para el cumplimiento del mandato. De acuerdo con la concepción tradicional, es necesario que el omitente tenga plena conciencia de que puede realizar la acción obligada con la cual evitaría la lesión o la puesta en peligro al bien jurídico protegido por la norma específica.⁶⁶

Por ello "ha de bastar que, habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido reconocible el camino"⁶⁷ para la realización de la acción ordenada por la norma de mandato. Por ejemplo, el caso de una persona que, además, de saber que tiene que denunciar un hecho específico, tiene que conocer la forma en que ha de hacerlo.

c) La posibilidad real física de llevar a efecto la acción mandada, es decir, el plan de acción proyectado, tiene que ser realizable. Esa posibilidad de acción es propia del sujeto, por ejemplo, nadie podría decir que una piedra omite realizar una acción, toda vez que por naturaleza propia, es una sustancia inerte incapaz de moverse por sí misma, al contrario de un hombre que por características propias de su persona tiene la capacidad real y física de movimiento sí puede ser autor de omitir una acción.

En éste caso, es de subrayar que la posibilidad de realizar el mandato se da también aún cuando el obligado no esté personalmente en la posibilidad de llevar a cabo la acción ordenada por la norma de mandato, pero se puede servir de un tercero obligado o no obligado, al tanto o no de la situación. En éste sentido el mandato exige también apoyar a otros obligados a cumplir su mandato, ayudarlos a ejecutar la acción en común con ellos. (Principio de solidaridad o co-realidad).

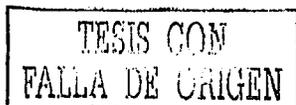
⁶³ FUNDAMENTOS... Op. cit., página 51.

⁶⁴ WELZEL... Op. cit., página 242.

⁶⁵ NOVOA MONREAL... Op. cit., página 70.

⁶⁶ "Mayer considera que además la conciencia del poder de hecho es necesario la intención de omitir." Cit. pos Welzel. WELZEL... Op. cit., página 242.

⁶⁷ WELZEL... Op. cit., página 243.



2.2.2 La antijuricidad.

Antijuricidad es "lo contrario al derecho. Por lo tanto no basta que el hecho encuaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto"⁶⁸, sino que, se necesita que sea contrario a derecho.

El penalista alemán Hans Welzel, al estudiar la diferencia entre los conceptos de antijuricidad y lo injusto, concluye que la antijuricidad es la "contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del derecho" y lo injusto, "por el contrario es algo substancial: la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión en el hurto, la tentativa en el homicidio. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico".⁶⁹ Dicho con nuestras palabras, la antijuricidad es la no correspondencia entre la conducta realizada y la que el ordenamiento jurídico ordena, y, lo injusto es el contenido de esa conducta antijurídica, la conducta ilícita misma.

Continúa diciendo que existe un injusto para cada rama del derecho, por ejemplo, el hurto en penal y la perturbación en el derecho civil y en administrativo, pero existe una antijuricidad unitaria en virtud de que sin importar la materia de que se trate, se realiza una conducta contraria a la que el ordenamiento jurídico considerado de manera general exige.

En éste orden de ideas y en relación a los delitos de omisión propia, si la persona obligada a realizar una acción debida (obligada), no exterioriza su voluntad de manera positiva (acción), contraviniendo de ésta manera una norma de "mandato", la cual ordena ejecutar la acción que era de esperarse, entonces, su conducta es antijurídica, es decir, es contraria a derecho, si y solo si, no existe alguna causa que legalmente justifique no haber evitado la producción de ese resultado.⁷⁰

En los delitos de omisión, la tipicidad es también un indicio de la antijuricidad. Sin embargo, si partimos de la definición de delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable, punible y en ocasiones sometida a consideraciones objetivas de punibilidad, tenemos que, una manifestación de voluntad, ya sea positiva o negativa, a la vez que puede ser típica puede ser antijurídica o jurídica y, en éste último caso, al mismo tiempo que el comportamiento del sujeto activo se puede adecuar a la descripción hecha por el legislador en la norma penal, existe también la posibilidad de que el actuar⁷¹ del activo, se encuentre amparado por una causa de justificación, que estudiaremos con posterioridad. En éste sentido, es necesario dejar claro que, la existencia de la tipicidad, si bien es cierto que es un indicio de la antijuricidad, no lo es menos, que no hace punible al autor en todos los casos.

La antijuricidad puede ser excluida por un deber opuesto de mayor ó igual valor o por cualquiera otra causal de justificación.

Siguiendo un criterio formal, podemos decir que habrá antijuricidad cuando concurren los elementos descritos para el tipo de omisión formal en el sentido señalado por la ley penal y ese omitir no se encuentre amparado por una causal de justificación.

2.2.3 La culpabilidad.

Antes de abordar de lleno el tema de la culpabilidad en la omisión, hablaremos de la misma, en sentido general, empezando por decir, que conforme a la teoría psicológica, ella da origen a "la relación psíquica de causalidad entre el autor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta o sea su culpabilidad, en razón de que el individuo ha podido actuar conforme a Derecho".⁷²

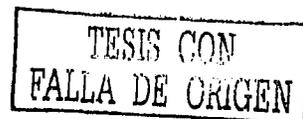
⁶⁸ JIMENEZ DE ASUA. Tratado, volumen III, página 958.

⁶⁹ WELZEL. Op. cit., página 61.

⁷⁰ Causa de justificación, que Carranca y Trujillo llama causa de inculpatión comprendiendo a las de antijuricidad y a las de inculpatión.

⁷¹ Entendido en sentido amplio, es decir, como acción y omisión.

⁷² CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 429.



Más tarde, con la concepción normativa de la causalidad (Frank, Freudenthal, Mezger), es introducido un elemento consistente en la necesidad de una valoración normativa por parte de la relación entre autor y resultado, es decir, que dé lugar a "un juicio de reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible al autor".

Posteriormente en la corriente del finalismo, Welzel afirma que "la antijuricidad es una relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico", y agrega: "que expresa la disconformidad de la primera con la segunda. La culpabilidad no se agota en ésta relación de disconformidad, sino que fundamenta el juicio de reproche personal contra el autor en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. El autor no hace lo que le exige el derecho, aunque "hubiera podido" motivarse conforme a la norma. En éste "poder en lugar de ello" radica el fundamento del reproche personal que se le formula al autor a título de culpabilidad por su conducta antijurídica".⁷³

En conclusión la culpabilidad es la capacidad que tiene el agente del delito (en éste caso el omitente), para comportarse conforme a derecho (para realizar la acción que ordena la norma de mandato), con la cual evitaría la lesión o la puesta en peligro de lesión del bien jurídicamente tutelado y para efectos de la punibilidad, diremos que, a mayor capacidad de obrar de otra manera, corresponderá una mayor punibilidad, y viceversa, a menor capacidad de obrar de otra manera, menor punibilidad.

Dicho lo anterior, abordaremos el tema de la culpabilidad en los delitos de omisión simple o formal, diciendo que, la omisión culpable es contraria al deber cuando ese deber de actuar le era reconocible al omitente y su cumplimiento le era exigible. Esto se da en los casos siguientes:

1. Error de mandato existe cuando el autor, a pesar del conocimiento de la situación típica, yerra respecto del deber de actuar que de ella se desprende. En éste caso, el autor-omitente, a pesar de tener conocimiento del hecho real material y de tener la obligación de actuar, no lo hace, debido a que supone erróneamente que no es su obligación. Dentro de nuestra legislación, esta situación se encuentra contemplada en el artículo 15 fracción VIII inciso B del Código Penal, que a la letra dice:

"Art.- 15. El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción ó la omisión bajo un error invencible;

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

2. No exigibilidad de otra conducta. La culpabilidad también queda excluida, cuando no se le puede exigir al obligado, el sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir con el deber de actuar, y de acuerdo con ella, debido a que no le era exigible al autor (omitente), actuar de otra manera no se le formula juicio de reproche alguno. La culpabilidad queda excluida porque al omitente no le es jurídicamente exigible otra conducta. La conducta del autor, a pesar de ser típica y antijurídica, es exculpada.

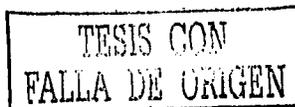
Dentro de el Código Penal Federal se encuentra prevista en el artículo 15 fracción IX, que a la letra dice:

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho."

Dos ejemplos clásicos de la inexigibilidad de otra conducta lo es 1º) La tabla de Carneades (académico que vivió en Roma alrededor del año 150 a.C.). Después del hundimiento de una nave, se salvan dos personas mediante un tablón que solo puede sostener a una de ellas. A arroja a B de la tabla para salvar su propia vida; B muere ahogado. 2º) Caso del Mignotte (Inglaterra 1884) Dos naufragos condenados a morir de inanición se salvan dando muerte y comiéndose a un tercer naufrago, un grumette.

⁷³ WELZEL. Op. cit. página 106.



ahogado, 2º) Caso del Mignotte (Inglaterra 1884) Dos náufragos condenados a morir de inanición se salvan dando muerte y comiéndose a un tercer náufrago, un grumette.

2.2.4 Formas de autoría y participación.

En los delitos de omisión propia o simple, no existe coautoría de omisión, pues, el que omite tiene el dominio del hecho y no necesita de auxilio para omitir la acción obligada; tampoco existe autoría mediata de omisión, ya que, Si A impide violentamente a B salvar a C, que se está ahogando, no es autor mediato de omisión, sino autor inmediato.

En cuanto a la participación en los delitos propios de omisión, es necesario decir, que tampoco es concebible la instigación. Lo que se designa como instigación en éste tipo de delitos es en realidad una disuasión del cumplimiento del mandato, es decir, el impedir que se forme o se lleve a efecto la decisión a la acción. Este retener a otro de actuar es una acción que debe ser enjuiciada de acuerdo a los tipos de los delitos de comisión: quien en un accidente induce al obligado a prestar a auxilio a desistirse de su acción de salvamento dándole un billete de cien marcos no debe ser penado como instigador en relación al acto, sino, por homicidio. Si el llamado instigador a un delito de omisión es el mismo obligado a realizar la acción, debe responder además, por su propia omisión.

Por último, en lo que se refiere a la *tentativa*, es inconcebible, por las razones apuntadas en el capítulo relativo respecto de los delitos de omisión impropios.

2.3 DELITOS DE OMISION IMPROPIOS.

Razón de ser de los delitos impropios de omisión.⁷⁴

Un aspecto muy importante para la comprensión del delito impropio de omisión se encuentra en que éste surgió históricamente por necesidades jurídicas no satisfechas debidamente por la ley positiva. Fue la insuficiencia de los tipos penales para recoger ciertas actitudes pasivas de sujetos obligados a impedir algunas lesiones a los bienes jurídicos vulnerantes de la prohibición de lesionarlos, sumada a una conciencia general de que tales actitudes debían ser sancionadas en forma equivalente o casi, a los delitos de acción correspondientes, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia a ocuparse de fundamentar una solución para que ellas pudieran ser reprimidas también penalmente. Por su propia naturaleza, el delito impropio de omisión fue siempre un hecho punible carente de tipicidad expresa. Pero toda esa fundamentación y toda la complicada elaboración teórica originada a su respecto, dejarían de tener interés alguno si la ley se ocupara de penar expresamente esas actitudes pasivas en cada caso y de señalar, de modo igualmente expreso, a los omitentes que están obligados a actuar en cada uno de ellos.

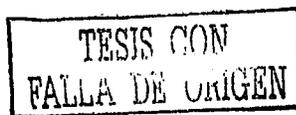
El ejemplo clásico de los delitos de omisión impropia, es el de la madre del hijo recién nacido que muere por inanición. Ahora bien, por el momento, podemos decir "que los delitos de comisión por omisión (omisión impropia), han de consistir en la abstención de movimientos corporales que habrían impedido la obtención del resultado injusto". Lo más característico está por consiguiente en que el sujeto no impidió la lesión de un bien jurídico que pudo haber evitado.⁷⁵

Noción.

La teoría clásica de la omisión impropia, puede considerarse comprendida en el esquema siguiente: "la realización omisiva de un tipo de comisión presupone la lesión de un determinado de acción de evitar un resultado y es, admisible en todos los tipos, salvo excepciones".

⁷⁴ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 127.

⁷⁵ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 119.



Para Jiménez de Asúa, después de decir que los delitos de simple omisión consisten en no hacer y son de peligro abstracto y por consecuencia no producen una mutación en el mundo externo, concluye, en los delitos de comisión por omisión "concorre la voluntad externa del no hacer tendiente al resultado. Este delito engendra un peligro concreto, y no suele estar especificado en la ley, al contrario los Códigos definen a los delitos en forma prohibitiva, pero la acción puede reemplazarse en casi todos los casos por la omisión". "Los tipos de los delitos de resultado describen de acuerdo a su texto, casi sin excepción, solo lesiones a los bienes jurídicos mediante una acción y no el evitar la lesión de un bien jurídico mediante una omisión". De lo cual se desprende algunas interrogantes: ¿puede equipararse el no evitar una lesión a un bien jurídico a la producción de éste; de modo que aquélla pueda ser sancionada conforme a la misma disposición penal que ésta?, y ¿bajo qué presupuestos?. Esta interrogante es la que encierra la problemática decisiva de los delitos de omisión impropios ó también llamados de comisión por omisión.⁷⁶

Si se desea desarrollar los tipos de los delitos de omisión impropios mediante una conversión de los tipos de comisión, se evidencia un vacío en la elaboración de los tipos legales. Esto es porque en los delitos de comisión todo el que realiza es "responsable" del delito respectivo, en cambio, en los delitos de omisión impropios, no toda aquélla persona que teniendo la capacidad de obrar para evitar la lesión al bien jurídico protegido puede ser considerado como responsable. Únicamente puede ser responsable, como ya se dijo con anterioridad, la persona que se encuentra obligada a evitar la producción del resultado típico.

En los delitos impropios de omisión, el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que la ordena. Al igual que el delito comisivo, se produce por la violación de un deber legal de abstención. La esencia de éste delito consiste en que el individuo no impide el comienzo de un suceso punible y se produce así el resultado por el acto de su autor y que él omitió el resultado hubiera sido producido.⁷⁷

2.3.1 El tipo.

La estructura del tipo de los delitos de omisión impropios coincide con la de los propios. Su sello principal lo da que el autor,⁷⁸ en aquéllos, tiene la calidad de garante, es decir, la capacidad potencial de obrar para evitar la producción del delito. Producción típica que consiste en un resultado material externo en la misma forma que en los delitos de comisión.

Los elementos del tipo de los delitos de omisión impropio dolosos, son los siguientes:

1º La situación típica .

La cual consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma de mandato, es decir, en la producción de un resultado típico en la misma forma que los delitos de acción con resultado material. Dicho de otra forma en la transformación del mundo externo del pasivo.

La situación típica se presenta cuando se actualizan en el mundo exterior los presupuestos de la conducta descrita en el tipo penal, de la misma manera que para el delito de omisión de auxilio⁷⁹ del artículo 340 de c.p.f. debe existir: 1) una situación de abandono y 2) la existencia de un peligro, "para un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida...". Y sin la concurrencia de éstos presupuestos no hay tal delito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁷⁶ WELZEL, Op. cit., página 246.

⁷⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho penal (parte general), páginas de la 275 a la 278.

⁷⁸ Autor de un delito impropio de omisión, solamente puede serlo quien es garante frente al ordenamiento jurídico de la no producción del resultado. BACIGALUPO Enrique, Delitos impropios de omisión, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970, página 170

⁷⁹ Delito de omisión simple, empleando únicamente para ejemplificar la situación típica.

2º La no ejecución de una acción con tendencia a evitar el resultado.

La acción con la cual el garante evite la producción del resultado típico, ha de ser la apropiada, y, en caso de no poder evitar el resultado, tiene que acreditarse que el garante se esforzó seriamente por evitarlo. Por ello es que los delitos de omisión, no consisten en un mero no hacer, sino, en no ejecutar la acción "obligada". La tentativa de evitar el resultado favorece al omitente aún en el caso en que el fracaso era inevitable, en éstos casos habrá que tomar en consideración la culpa.⁸⁰

El problema de la capacidad así planteado, encierra en primer término una cuestión lógica. La pregunta por la capacidad de una acción determinada no puede responderse por la capacidad para realizar otra acción. En el ejemplo anterior, el sujeto podía buscar un herido en el bosque. Eso estaba dentro del cúmulo de sus posibilidades, pero la capacidad de acción de buscar no es la capacidad de acción para salvar al herido.

La exigencia del conocimiento de la situación típica aparece en el derecho penal como consecuencia de la propia estructura de la voluntad prejurdídicamente considerada. Nicolai Hartmann, a quien sigue en éste punto de vista Armin Kaufmann, ha expresado que "la libertad de voluntad de la acción es completamente diferente de la voluntad jurídica"... "En aquélla no se trata de una permisión sino de un auténtico poder. Ella significa que un hombre puede hacer lo que quiere". Para la característica particular de la libertad de acción, a la inversa que para otras formas de la libertad, es indiferente que el hombre disponga de un poder físico, espiritual o social. La voluntad puede ser libre en acciones no libres y la acción puede ser libre a pesar de la no libertad de la voluntad. De aquí se deduce que "la decisión no puede ser absolutamente independiente de la situación y de la posibilidad real".

3º La capacidad para evitar el resultado.- En principio, diremos que actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante.⁸¹ Se puede ser garante solo en la medida en que se está en condiciones de evitar el resultado y a su vez, se es garante sólo hasta el límite de su posibilidad. La capacidad para evitar el resultado, presupone:

1).- El conocimiento de la situación típica.- (Elemento intelectual de la posición de garante). Este conocimiento significa, que el garante sabe que se producirá el resultado típico si no ejecuta la acción ordenada por la norma de mandato, no es suficiente el "tener que" conocer que se realizará en caso de que no ejecutar la acción obligada.

Bacigalupo, la define como "el conocimiento de la posibilidad cierta de producción de una lesión del bien jurídico".⁸² De ninguna manera puede reemplazarse por un tener que conocer. Al respecto, Gallas opina que es "suficiente poder conocer".⁸³

Pero la capacidad de acción resulta impensable sin un conocimiento concreto de la situación típica. Lo anterior puede apreciarse del siguiente ejemplo: Una persona atraviesa un bosque y a pocos metros de su camino yace inmóvil, sin conocimiento y tapado por unos arbustos, un herido grave que no puede ver al pasar, de lo cual Armin Kaufmann (*Unterlassungsdelikte, página 42*) puede concluirse que: "Solamente a partir del fin conocido de la acción, es posible planear la dirección final de ella y poner en ejecución".⁸⁴ Lo anterior puede interpretarse de manera que solo conociendo la existencia de la situación típica, puede planearse la intervención del autor para salvar al sujeto.

En caso del artículo 469 de la Ley General de Salud, para que el profesional, médico o auxiliar de los servicios médicos de atención médica pueda y tenga la obligación de obrar, tiene que tener conocimiento de que una persona determinada necesita atención y estar físicamente en posibilidad de brindársela.

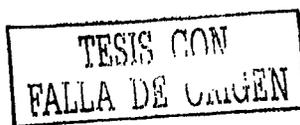
⁸⁰ En éste sentido opina Welzel. Op. cit., página 250.

⁸¹ BACIGALUPO, Op. cit., página 124.

⁸² Op. cit., página 125.

⁸³ Cit. pos. IBIDEM.

⁸⁴ Cit. pos. BACIGALUPO, Op. cit., página 126.



2).- La posibilidad de reconocer la acción apropiada para evitar el resultado típico.- (El segundo de los elementos intelectuales de la capacidad para evitar el resultado). Consiste en el conocimiento de los medios para llevar a cabo la acción mandada por el ordenamiento jurídico.⁸⁵ La capacidad de evitación del resultado no se modifica por el hecho de que el sujeto conozca o pueda conocer los medios. "La sola posibilidad del conocimiento de los medios ya es suficiente para que el sujeto que conoce (este requisito es, como se vio, esencial), pueda, sea capaz de actuar".⁸⁶ "Cuando se afirma la capacidad para realizar una acción determinada no se requiere comprobar la existencia del conocimiento de los medios para realizar la acción"⁸⁷, sino que, basta la sola posibilidad de conocimiento de esos medios. "Este conocimiento es relevante penalmente, pero no para la determinación de la capacidad de impedir el resultado".⁸⁸

En conclusión, el garante tiene que estar en condiciones (intelectuales) de conocer la vía ó los medios adecuados para evitar la producción del delito. "La sola posibilidad de conocimiento de los medios para llevar a cabo la acción mandada, determina la capacidad para evitar el resultado típico", no es necesario el "tener que", y, el conocimiento concreto de esos medios, es relevante penalmente, pero en ningún caso, deberá ser tomado en consideración para determinar la capacidad de impedir el resultado.

3).- La posibilidad real-física de evitar el resultado.- Presupuesto básico (de carácter material), aceptado por toda la doctrina en forma general".⁸⁹ Bacigalupo, al estudiar el respectivo elemento, parte del principio de que nadie está obligado a lo imposible y dice "nadie puede garantizar la conservación de un bien jurídico más allá de lo que la realidad permite",⁹⁰ y, señala como límites de esa posibilidad 1º los conocimientos especiales y, 2º las habilidades, particulares para extender esas posibilidades.

Para la determinar la posibilidad real física de evitar el resultado hay que emitir un juicio causal hipotético sobre si la respectiva persona podría haber evitado el resultado con su actividad.⁹¹ Este juicio no se refiere a una realidad, sino solo, a una posibilidad, ésta que, a pesar de no ser una realidad debe rayar en la certeza de que con la ejecución de la acción por parte del autor, se hubiera impedido el resultado. Continuando con el ejemplo de los profesionales de la medicina, diremos, que así como al abogado no se le puede reprochar porque en la defensa de sus representados no los salve a todos de ir a prisión, igualmente no se le puede exigir al médico que salve a todas las personas que se encuentran en peligro de muerte. Lo que habrá que tener en cuenta, es que los procedimientos, técnicas o tratamientos curativos empleados por el facultativo, sean los indicados y aplicados con la debida pericia, sin que le sea exigible destellos de brillantes. En un caso sobre responsabilidad médica, corresponderá a los peritos médicos oficiales, emitir un dictamen al respecto, lo cual permitirá determinar el grado de responsabilidad de los galenos.

4º La característica de autor.- La parte extralegal del tipo que debe elaborar el juez en la apreciación de los delitos dolosos de omisión impropios, es la siguiente:

a) La posición de garante.- Este elemento es el que distingue a los delitos de omisión simple de los de comisión por omisión, y podemos decir que, "la posición de garante está constituida esencialmente por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por la norma prohibitiva."⁹² "Consiste en una estrecha relación del autor con el bien jurídico protegido y es el elemento

⁸⁵ Cfr. WELZEL. Lehrbuch, página 205; ARMIN KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, página 42; MAURACII, Deutsches Strafrecht, página 518; GALLAS. Beiträge zur Verbrechenslehre, página 53.

⁸⁶ BACIGALUPO. Op. cit., página 127.

⁸⁷ Ibidem.

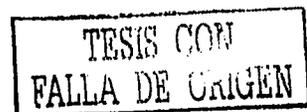
⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ BACIGALUPO. Op. cit., página 125.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Cfr. BACIGALUPO. Op. cit., página 125; WELZEL. Op. cit., página 251.

⁹² NOVOA MONREAL. Op. cit., página 136.



característico de la autoría de la omisión impropia.⁹³ "Es una especial y estrecha relación vital, unida íntimamente con el bien jurídico".⁹⁴

Está en posición de garante, aquella persona que tiene la posibilidad real-material de evitar un determinado resultado típico y, además, la obligación jurídica de evitarlo. Al respecto, "Está en posición de garante todo aquél sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido (antijurídico)".⁹⁵ La posición de garante, comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al omitente en autor de omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión. Lo anterior significa que, el autor, mediante la omisión de ejecutar la acción ordenada por una norma de mandato, realiza el tipo en la misma forma que en un delito comisivo.

De acuerdo con la doctrina, a través de los siglos se han elaborado diversas fuentes de posición de garante. "Esas fuentes según consenso bastante amplio de la doctrina penal fueron circunscritas a tres: la ley, la especial aceptación y un hacer precedente peligroso."⁹⁶

A continuación, recordaremos en qué consiste cada una de las fuentes de la posición de garante arriba mencionadas:

1a. La que puede estar directamente reconocida en un precepto jurídico. Se refiere a la obligación jurídica de actuar que tiene como fuente "la Ley". Ejemplos de éstas, los podemos encontrar en las instituciones jurídicas del matrimonio, la familia, la patria potestad, paternidad, etc., en éste tipo de instituciones existen normas de las cuales expresamente se desprenden deberes para las personas que se encuentran dentro del marco de las mencionadas instituciones.

El subgrupo más importante de ésta clase de posición de garante, lo constituye el que se funda en el deber de protección y asistencia entre parientes cercanos. En éste caso el deber varía de acuerdo al tipo de relación de parentesco. Su mayor amplitud lo alcanza en relación a los padres legítimos: comprende el cuidado no solo de la vida y de la integridad corporal, sino también, respecto a los menores, el cuidado del patrimonio y la buena conducta, luego también el impedir acciones punibles o que ocasionen daños. Por el contrario el deber de garante entre parientes cercanos se limita a evitar un peligro para la vida o la integridad corporal, reciprocamente.⁹⁷

2a. La que se deriva de un contrato (Especial aceptación).- En éste caso la posición de garante, surge cuando comienza la situación del peligro, de cuyo manejo está encargado el garante. Por ejemplo, si la nodriza contratada no entra a desempeñar su puesto a pesar de haber sido contratada con anterioridad, no es penalmente responsable si el niño se accidenta por falta de vigilancia. En éste caso no puede ser considerada como garante, pues, a pesar, de haber contratado sus servicios, en virtud de que en ningún momento, entró a ejercer su puesto laboral, en ningún momento estuvo encargada de cualquier situación de peligro para el niño,⁹⁸ que Novoa llama "especial aceptación".

3a. La que deriva de un actuar precedente peligroso⁹⁹.- De acuerdo con ésta, quien con su conducta activa, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de la producción de un resultado típico, está obligado a impedir ese resultado. "Por ésta fuente se admite que quien había originado previamente una fuente de peligro o una

⁹³ BACIGALUPO, Op. cit., página 10.

⁹⁴ WEIZEL, Op. cit., página 251.

⁹⁵ NOVOA MONREAL, Op. cit., página 136.

⁹⁶ NOVOA MONREAL, Op. cit., página 142.

⁹⁷ WEIZEL, Op. cit., página 252. En éste sentido el jurista chileno Eduardo Novoa Monreal. (Op. cit., página 142).

⁹⁸ "La especial aceptación, llamada por algunos "asunción voluntaria de custodia" es también apta para generar ciertas obligaciones de protección (un guía de montañas, un maestro de natación o una niñera). Algunos hablaron originalmente de contrato exigiendo con ello un compromiso expreso y jurídicamente válido, mediante el cual alguien tomaba a su cargo la protección de otro. Pronto se advirtió, sin embargo, que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia, excluyendo la garantías, si de hecho el encargado de la custodia había aceptado asumirla y si los afectados podían confiar en que ella estaba siendo dispensada". (Novoa Monreal, Op. cit., página 142 y 143).

⁹⁹ Que autores como Enrique Bacigalupo y Eduardo Novoa Monreal, colocan como una fuente de la obligación jurídica de actuar, aparte de la ley, la especial aceptación y la comunidad de vida y de peligro;

situación de riesgo que acentuara la amenaza contra el bien jurídico, debía asumir el control de esos peligro y riesgo en forma de mantener indemne a éste". Y cita como ejemplo el caso de que la persona que ha embriagado a otro hasta hacerle perder la razón, queda obligado a prevenir cualquier mal que el embriagado pueda ocasionarse a sí mismo o a otros mientras permanezca en ese estado.¹⁰⁰

De acuerdo con Rudolph, la posición de garante sólo existe en caso de una acción previa contraria al deber (deber que impone la norma de mandato), en tanto que estima también que no debe depender del carácter culpable de la acción previa.

El jurista chileno Eduardo Novoa Monreal menciona: "otros penalistas, aparentemente urgidos de ensanchar la obligación de actuar, quisieron proponer como nueva fuente de ésta a algo que muy vagamente llamaron estrecha relación vital o comunidad de vida y de peligro."¹⁰¹ Dentro de él, se presentan los siguientes subcasos:

1º Cuando la posición de garante se funda en la llamada "comunidad de vida o de peligro". En éste caso, una corriente de penalistas que consideraban que existían casos que las fuentes anteriores no podían fundamentar satisfactoriamente y que eran producto de nuevas formas inevitables de vida, por ejemplo la comunidad de vida entre homosexuales. Aquí, la relación amorosa libre debe ser suficiente como posición de garante.¹⁰²

2º La posición de garante que proviene de relaciones especiales de lealtad.- Son los deberes en el ámbito de las relaciones comerciales en las cuales uno depende de la honradez del otro.

b) Conocimiento de la posición de garante (El deber de garante). Es la otra parte extralegal del tipo que debe elaborar el juez en los delitos dolosos de omisión impropios.

La doctrina moderna acostumbra designar como deber jurídico de actuar (deber de garante), a la obligación del garante de impedir activamente el resultado prohibido. Pero, ¿quién tiene el deber de actuar?. Esta obligación ¿es un deber que está restringido tan sólo a aquellos sujetos que están muy estrechamente vinculados a determinado bien jurídico, al punto que deben protegerlo activamente?¹⁰³ ¿cómo se determina el deber de actuar?

A continuación nos corresponde examinar ¿cómo se determina el deber de actuar? El deber de acción para la defensa de un determinado bien jurídico podrá emanar de cualquiera de las fuentes que hemos mencionado, pero, "fundamentalmente lo que determinará el deber de impedir el resultado, cuya infracción será adecuada al resultado típico de un delito de comisión, será la estrechez del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión".¹⁰⁴ Novoa por su parte, critica de excesivamente formal el criterio actual de las fuentes de la obligación de actuar y concluye tiene más interés el establecer criterios generales aptos para conocer más a fondo las razones que explican la obligación de actuar del garante y para dar forma en el futuro a preceptos legales más completos que los que hasta ahora se han dictado y propone la siguiente fórmula: "tiene la obligación jurídica de actuar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una fuente de peligros para ellos o aumentado los peligros ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión a que los afectados están imposibilitados para protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquél sobre el que recae la obligación, intervendría activamente para impedir la lesión."¹⁰⁵

¹⁰⁰ NOVOA MONREAL. Op. cit., página 143.

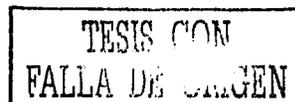
¹⁰¹ Op. cit., página 143.

¹⁰² NOVOA MONREAL. Op. cit., página 143; WEIZEL. Op. cit., página 257.

¹⁰³ NOVOA. Op. cit. página 138; Al respecto Enrique Bacigalupo opina: "Ni la existencia de un deber de actuar consignado en la ley, en un hecho anterior o en la especial aceptación son suficientes para determinar la posición de garante. En la teoría de la posición de garante no importa la fuente del deber de actuar, sino la mayor o menor estrechez del autor con el bien jurídico protegido. (Op. Cit., página 116)

¹⁰⁴ BACIGALUPO. Op. cit., página 121.

¹⁰⁵ NOVOA. Op. cit., página 146 y 147. Al parecer el autor, en ésta definición olvida la ley como fuente del deber de obrar



En conclusión, podemos decir que " los presupuestos de la responsabilidad del autor, por considerarse que tenía posición de garante, son:

1º La existencia de un deber de actuar.

2º El vínculo del autor con el bien jurídico protegido, al grado de ser garante de la no producción de lesiones o peligro para el bien jurídico protegido.

5.- El no impedir el resultado típico por parte del garante, debe corresponder al contenido social del sentido de la acción típica del delito de acción con resultado material respectivo.- Lo anterior no es más que, el resultado de no ejecutar la acción por parte del garante, es el mismo que el que se produciría mediante comisión. "El resultado es el mismo, lo que cambia es la conducta" (principio de inversión). Así tenemos que, el no evitar un homicidio al no ejecutar la acción debida, equivale a cometerlo mediante acción.

El Código Penal Federal, en su artículo 7º acepta únicamente como fundamento de la obligación de obrar, al contrato, la ley y al actuar precedente, al establecer "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En éstos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".¹⁰⁶

2.3.2 La antijuridicidad.

Ya dijimos con anterioridad que una conducta será antijurídica cuando vaya en contra de lo que establece el ordenamiento jurídico y no esté amparado tal proceder por una causa de justificación. *En los delitos de omisión impropios, la antijuridicidad de una conducta se da cuando una persona que tiene la obligación de realizar una acción determinada y que tiene la posibilidad real material de ejecutarla para evitar que un bien jurídicamente tutelado no sufra una alteración material, no lo hace, contraviniendo una norma de mandato y lesionando un bien jurídicamente protegido en la misma forma que en un delito de comisión.* En éstos casos, mediante la desobediencia de una norma de mandato, se produce igual resultado que el que deriva de la violación a otra norma de carácter prohibitivo. En éste caso, también el cumplimiento de la tipicidad indicia la antijuridicidad, sin embargo, cabe hacer las mismas observaciones hechas al respecto a los delitos de omisión simple o formal. La posición de garante es una característica del autor del tipo. Para una mejor comprensión, es necesario entender con claridad la diferencia que existe entre deber de garante y posición de garante, ésta última característica esencial de los delitos de omisión impropios. *Deber de garante es la obligación de impedir el resultado y la posición de, es la relación entre el bien jurídico y la persona que tiene la obligación de actuar para proteger ese bien.*

La antijuridicidad del no cumplimiento de un deber puede ser excluida, al ser contrarrestada por un deber jurídico de mayor ó igual valor o por la concurrencia de otras causales de legitimación como la legítima defensa, por ejemplo.

2.3.3 La Culpabilidad.

El concepto de culpabilidad, dentro de los delitos dolosos impropios de omisión, conforme a la corriente del finalismo, comprende los siguientes elementos:

1º El error sobre el deber de garante.

Empezaremos por definir deber de garante como *la obligación que tiene una persona a la que se le denomina garante de realizar la acción debida para salvaguardar la integridad de un bien jurídicamente protegido por una norma (de mandato) y, en consecuencia, evitar la producción de un resultado típico, resultado que tenía la obligación de evitar de acuerdo con la ley, un contrato o de su propio actuar precedente.* En éste caso es necesario que el omitente (garante) tenga conocimiento de su posición de garante respecto del bien jurídicamente protegido. Aquí tenemos el caso del padre que ve ahogar a su hijo creyendo erróneamente que se trata de otro niño. El padre falta al deber de socorro a las personas en general, pero no respecto de su hijo, porque no sabía que se trataba de él.

¹⁰⁶ Nótese que al hablar de los delitos de resultado material, se comprende de un modo genérico tanto a los cometidos mediante comisión como a los de omisión.

2º La no exigibilidad de la obediencia al derecho (Inexigibilidad de otra conducta).

Si el omitente contraviene un deber de impedir un resultado típico porque su cumplimiento sólo habría sido posible mediante el sacrificio de un interés personal en sí mismo de menor valor, no procede la reprochabilidad de la lesión del deber, no sólo en el caso en que la vida o la integridad corporal del obligado o un pariente estuviera en peligro, sino también, en todos los casos en los cuales el sacrificio de intereses legítimos no le es exigible al omitente. por ejemplo, el caso del padre que ve ahogarse a su hijo creyendo erróneamente que se trata de otro.

2.3.4 La llamada tentativa de omisión.

Bacigalupo refiere, "la opinión predominante ha distinguido el caso de la omisión propia de la impropia, en la que gravitaron sin duda dos puntos de vista". Uno, "consistente en una equiparación de la omisión propia con el delito de pura actividad". El otro, relacionado a la misma equiparación, "consistente en distinguir el contenido del deber de actuar en uno y otro caso".¹⁰⁷

Continúa diciendo, "en forma mayoritaria se piensa que la tentativa es posible y no ofrece dificultades en los delitos de comisión por omisión".¹⁰⁸ Por el contrario, refiere, que los autores finalistas a excepción de Grunwald, consideran imposible hablar de una tentativa de omisión, y que, a falta de una acción, el fenómeno correspondiente es "la omisión del intento de cumplir con el mandato".¹⁰⁹ Y basan su razonamiento en lo siguiente:

1º Se opone a la admisión de un concepto de tentativa..., la circunstancia de que es esencial el desenvolvimiento activo de la voluntad de realizar una acción que es en sí misma constitutiva de un tipo penal. Toda vez que una voluntad de realización no es compatible con la no realización de una acción, y en consecuencia, en la omisión es incongruente hablar de "etapas de realización"

2º El concepto de tentativa requiere hablar de comienzo de ejecución y debido a la naturaleza de la omisión, es inadmisibles hablar de ello en éstos delitos. Schröder dice que lo que corresponde en éste caso es hablar de "el comienzo de la lesión del deber" (que puede emerger de la posición de garante).¹¹⁰

En los delitos impropios de omisión, la circunstancia de que la conducta omisiva y el resultado se producen en momentos distintos, abrió la posibilidad de hablar de un comienzo de ejecución, concepto que, en los delitos impropios de omisión, ha sido definido como "el comienzo del estado de peligro que hace exigible una intervención".¹¹¹ Tal lesión, comienza allí donde la no ejecución de una acción da lugar o atenúa el peligro, para lo cual también aquí, en los casos de tentativa inidónea, es decisiva la representación del autor.

Y concluye, "resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, tanto como a los propios de omisión. Lo impiden las especiales características del contenido de disvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución".¹¹²

En conclusión, en los delitos de omisión impropios, al igual que en los delitos de omisión simple, no existe la tentativa. En realidad, lo que puede presentarse, es que se omita la tentativa de impedir el resultado. Welzel cita como ejemplo: si la persona que se estaba ahogando se salva por un acontecimiento imprevisto, la persona que no ha actuado no ha hecho la tentativa de realizar el salvamento, sino que ha omitido realizar la tentativa de salvarla. Este omitir la tentativa de impedir el resultado corresponde a la tentativa acabada de comisión; la tentativa de omisión comienza (y termina) en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación habría sido exitosa.

¹⁰⁷ Op. cit., página 153.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ BACIGALUPO. Op. cit., páginas 153 y 154.

¹¹¹ BACIGALUPO. Op. cit., página 154.

¹¹² BACIGALUPO. Op. cit., página 156.



2.3.5 Participación.

Con respecto a la participación en los delitos dolosos de omisión impropios, vale hacer las mismas consideraciones hechas en relación a la participación en los delitos de omisión simple.

2.3.6 El llamado delito de omisión impropio culposo.

Al igual que en los delitos de omisión simple, en ésta clase de delitos puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa bajo los mismos presupuestos que en los delitos culposos:

1º En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado.- El garante no toma las medidas de cuidado necesarias o desestima la importancia de la situación confiando en que no se producirá el resultado, equivocadamente. Por ejemplo, el bañero lanza muy lejos el salvavidas o no se percató que debería lanzarse él al agua, aun cuando lo haya lanzado correctamente.

2º Al enjuiciar la situación típica. El garante equivocadamente conociendo la posible producción del resultado típico, confía en que no se producirá o de acuerdo a ese juicio erróneo no contempla siquiera como posible la producción del resultado típico. Por ejemplo, el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del resultado.

Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante, (derivada de una ley, un contrato o de su propio actuar precedente, -artículo 7º párrafo segundo del c.p.f.). Por ejemplo; si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su hijo, solo lesiona el deber de socorro, pero no es autor de homicidio por omisión, en virtud de que no tenía conocimiento de su posición de garante.

De lo anterior se desprende que para que una persona pueda ser considerada responsable de un delito por omisión impropia, es necesario que el garante tenga conocimiento del deber de salvaguardar la integridad del bien jurídico tutelado, en caso contrario no cabe estimar culpa.

2.4 CAUSALES DE JUSTIFICACION QUE REVISTEN MAYOR ACTUALIDAD EN LA PRACTICA MEDICA.

Noción de las causales de justificación en general.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.¹¹³

El doctor Luis Jiménez de Asúa, al respecto dice, "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen."¹⁴

Determinación de la antijuridicidad.

"Si el autor ha realizado objetiva y subjetivamente (material e intencionalmente) la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad y la consiguiente antinormatividad, son un

¹¹³ CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Editorial Porrúa S.A., 39a. edición actualizada, México, 1998, página 183.

¹¹⁴ JIMENEZ DE ASUA. Tratado, volumen III, página 1035.



indicio de la antijuridicidad". Pero, señala que no se trata de dos cosas idénticas. "La antinormatividad es la contradicción entre la realización típica y la norma prohibitiva individual (abstracta). La antijuridicidad es, en cambio, la violación del orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del tipo. A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y que permiten, por eso, la realización típica. Tales disposiciones permisivas se denominan causales de justificación". Más abajo, "la disposición permisiva (causal de justificación) supone necesariamente la realización previa del tipo prohibitivo, y está referida a él. La concurrencia de una causal de justificación, no afecta ni elimina la tipicidad de la conducta, sino sólo elimina la antijuridicidad de la realización típica" y, en consecuencia, la punibilidad.¹¹⁵

De la relación descrita en el párrafo anterior entre antinormatividad, antijuridicidad y tipicidad, se puede deducir un método racional claro de comprobación de la antijuridicidad. *Dado que la realización típica es antinormativa, y puesto que la violación de una norma prohibitiva es antijurídica, salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda aplicar una norma permisiva. Una vez comprobada la realización completa del tipo a través de una conducta, es posible establecer la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva (causal de justificación).*

Al igual que para los delitos cerrados, éste método es aplicable a los tipos legales "abiertos"¹¹⁶, con la diferencia de que en éstos casos, el juez deberá, en primer lugar, complementar el tipo sobre la base del cuadro rector extraído de la ley.

En los tipos abiertos en que falta un cuadro rector material para la complementación del tipo, la antijuridicidad deberá ser determinada por el juicio de valor que emita el juez.

Como presupuestos objetivos de la antijuridicidad de la acción del autor o también llamadas características especiales de la antijuridicidad, independientes del dolo, se pueden encontrar en la ley algunas frases como: conforme a derecho, competente, etc. La presencia de éstas frases, no excluye únicamente la punibilidad, sino también, la antijuridicidad de la acción del autor.

La presencia de frases como las descritas, entendidas en sentido negativo, permiten deducir la presencia de una causal de justificación, por ejemplo: la frase "sin derecho", nos indicará que cuando la conducta descrita en el tipo que contenga ésta frase se realice sin derecho, entonces, habrá tipicidad, en cambio, si esa conducta, fue realizada con derecho, a la vez que habrá tipicidad, también existirá una causal de justificación y la conducta no será punible.

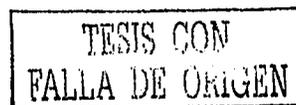
Las causales de justificación están reguladas - si es que lo están - en disposiciones especiales, no en las propias disposiciones penales. (como las contenidas en la Ley General de Salud, respecto al consentimiento del paciente para su donación ó trasplante de órganos). Además, existen causales de justificación legisladas en la propia disposición penal, pero sin transformarse por ello en circunstancias del hecho.

Para la justificación de una acción típica, no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe: 1° conocerlos, y, 2° quererlos, es decir, tener las tendencias subjetivas especiales de justificación. (de acuerdo con la teoría finalista del delito).

La causal de justificación excluye la antijuridicidad de una conducta solo respecto de aquella realización del tipo a que ella se refiere. Así, la legítima defensa sólo justifica la lesión del agresor, no la del tercero no

¹¹⁵ WELZEL. Op. cit., página 96.

¹¹⁶ Tipo cerrado es aquél que no permite la realización del delito correspondiente más que cuando se reúnen los elementos descritos por el legislador. Tipos abiertos o de formulación libre, son aquellos en los que el legislador no describe la conducta del sujeto activo, sino únicamente el resultado y, requiere de otras descripciones legales para la integración del delito.



participante. El carácter antijurídico de la conducta radica en la violación del mandato de obrar que agrava o prolonga el delicado estado de salud de la persona que requiere atención de urgencia.¹¹⁷

Después de explicar brevemente en qué consisten las causales de justificación, procederemos a estudiar las que a nuestro juicio son las que se presentan en la práctica médica.

2.4.1 El consentimiento del ofendido.

Después de abordar de manera general lo que son las causas de justificación, iniciaremos por la primera de las que consideramos tienen mayor aplicación en la práctica médica. Así, diremos que "el consentimiento del titular del bien jurídico puede operar como factor de atipicidad.

Sin perjuicio de las anotaciones que haremos con posterioridad, iniciaremos por decir, que la vida es un bien jurídicamente tutelado del cual no podemos disponer libremente. De ahí que el requisito de procedibilidad dada la importancia de los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la vida y la integridad corporal sea la denuncia, salvo el caso de las lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días (artículo 289 del c.p.f.).

El consentimiento como causa de exclusión del delito, se encuentra contemplado dentro del código penal federal, en la fracción III del artículo 15, que a la letra dice:

"ART. 15.- El delito se excluye cuando:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento."

Elementos:

1º Debe ser otorgado por el titular del bien jurídico afectado ó en su defecto por quien tenga la capacidad legal para otorgarlo.

2º El bien jurídico respecto del cual se otorga el consentimiento, debe ser disponible.

3º La persona que otorga el consentimiento debe tener capacidad jurídica para otorgarlo.

4º La forma de otorgar el consentimiento puede ser expreso ó tácito.

5º No debe ser otorgado mediante vicio.

En relación al elemento 1º, podemos mencionar como ejemplo el de los padres en relación al hijo menor de edad no emancipado. Al respecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, establece que, "en todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso *autorización*... para practicarle con fines de diagnóstico o terapéuticos los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios..." (art. 80). "En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente", la autorización "será suscrita por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal", o en su defecto, "por los médicos autorizados del hospital de que se trate y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos..." (art. 81). "En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá ser suscrito además por dos testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que lo suscriba" (art. 83).

¹¹⁷ PAVON VASCONCELOS, Los delitos de peligro..., página 60.

Al respecto: "jamás hará procedimientos si el paciente no los desea a excepción de menores de edad, o en aquellos casos que están bajo la influencia de alguna droga o no sean capaces de decidir por efecto de la lesión, y no cuentan con familiares o tutores que decidan por ellos". "Tampoco deberá llevar a cabo procedimientos si no cuenta con la autorización dada por un médico a través de radio o vía telefónica".¹¹⁸

Conviene citar aquí la regla general sobre el imperio de la ley e imperio de la voluntad, en la hipótesis de que haya colisión entre aquella y ésta. Dice el artículo 6º del Código Civil "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

Respecto a la disponibilidad del bien del cual se otorga el consentimiento, "sólo puede consentir aquél que sea titular del interés jurídicamente protegido".¹¹⁹ "Existen bienes respecto de los cuales se puede disponer libremente, otros se sustraen al poder de decisión del titular".¹²⁰ "En los casos en que simultáneamente se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado individualmente, como por ejemplo el consentimiento para el homicidio".¹²¹

Casos de aplicación del consentimiento en las lesiones lo constituyen las inferidas en el ejercicio de un deporte, las transfusiones de sangre, trasplantes y las operaciones con fines científicos o cosméticos. En cambio, no constituyen lesiones los tratamientos terapéuticos exitosos, indicados desde un punto de vista médico, y realizados conforme a la *lex artis*. (Iatrogénesis, de la cual hablaremos en el capítulo 4.)

En relación al tercer elemento del consentimiento, Welzel nos dice, el que consiente debe tener el juicio necesario para apreciar la significación y el alcance del hecho y de su consentimiento. "En esto no son determinantes los criterios civilistas de la capacidad, sino el grado de discernimiento".¹²²

En cuanto a lo afirmado por Welzel en el sentido de que no son decisivos los criterios civilistas de la capacidad, por nuestra parte consideramos, que si habrán de tomarse en cuenta, pues, el menor de edad de conformidad con el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, dice que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero, el consentimiento otorgado por éste no producirá efecto alguno, aún en el caso en que se encuentre en pleno ejercicio de sus facultades mentales, esto es, porque de conformidad con la fracción VII de la ley penal sustantiva para el Distrito Federal, es inimputable y, de la misma manera que no pueden aplicársele las disposiciones contenidas en la ley penal, aplicables para los mayores de edad, igualmente, no puede consentir en la ejecución de hechos contemplados en la misma legislación. En consecuencia se requiere del consentimiento de sus padres o quienes tengan a su cargo la patria potestad del menor o la tutela del mayor de edad que carece del pleno ejercicio de sus facultades mentales.

"Piénsese, por ejemplo, en un menor de edad o en un incapaz por otros motivos (por ejemplo, enfermedad mental, que ha determinado la interdicción y sujeción a tutela). Este se halla sujeto en lo que toca a un buen número de actos jurídicos personales y patrimoniales, a una autoridad externa: la de quienes ejercen la patria potestad o la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹¹⁸ ZAMUDIO TIBURCIO Alvaro. Manual de urgencias de la Cruz Roja (técnicas y procedimientos) Editorial Trillas, 2a edición. 1a impresión, página 68.

¹¹⁹ WELZEL. Op. cit., página 115.

¹²⁰ ACADEMIA MEXICANA DE CIRUGIA. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica. Editado por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999, nota del doctor Sergio García Ramírez, página 37: "Hay bienes jurídicos que su titular puede manejar libremente inclusive enajenándolos o destruyéndolos, en tanto hay otros cuya disposición le está vedada o se halla condicionada". Por ejemplo, una persona puede disponer libremente del patrimonio propio, no así del ajeno, el cual le fue entregado en custodia (Nota del doctor Sergio García Ramírez, La responsabilidad penal del médico, editorial Porrúa, México, 2001, página 243).

¹²¹ WELZEL. Op. cit., página 115. La indisponibilidad de la vida, cuando se pretende facultar a otra persona para suprimirla, queda establecida por diverso medio" (artículos 312 y 313 C.P.) "La vida es un bien jurídico irrenunciable, o, por lo menos, su renuncia solo compete a quien suprime su vida por sí mismo, pero no a quien lo hace por encargo del titular de ese bien". En éste caso, obra atenuando la culpabilidad del que auxilia y en aquél deja intacto el injusto del hecho. (GARCÍA RAMÍREZ Sergio. Op. cit., página 244).

¹²² WELZEL. Op. cit., página 115; cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Op. cit., páginas 251 a 253.

tutela, y por ende la realización de dichos actos -entre los que pudiera encontrarse algunos relacionados con la práctica médica- se subordina a la autorización que aquéllos concedan".¹²³

Al respecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, establece que en caso de urgencia y cuando el paciente padezca incapacidad transitoria o permanente, el consentimiento para practicar los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios deberá otorgarlo la persona en vínculo que lo acompañe o en su defecto su tutor o representante legal, y a falta de ambos, los médicos autorizados del hospital de que se trate con acuerdo de por lo menos dos de ellos (art. 81).

En conclusión, sí debe tomarse en cuenta los criterios civilistas de la capacidad, pues, el menor que tiene 17 años, que goza de salud mental, necesita que otorgue el consentimiento su tutor o representante legal.

Ahora nos referiremos al cuarto elemento, el cual se refiere a la forma de otorgar el consentimiento y como ejemplo transcribiremos el artículo 324 de la Ley General de Salud que dice "el consentimiento para la toma de órganos y tejidos debe ser expreso y por escrito del disponente originario"¹²⁴... otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables".¹²⁵

El último de los elementos mencionados es que el consentimiento no sea otorgado mediante algún vicio. Aquí el legislador se refiere a que el disponente del bien jurídicamente protegido no debe ser presionado ni física ni en su voluntad por alguna persona para otorgarlo, pues en caso contrario el consentimiento no surtirá efecto legal alguno. Al respecto volveremos a transcribir el artículo citado en el párrafo anterior, que decía: "el consentimiento para la toma de órganos y tejidos debe ser expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, ..." ¹²⁶(art. 324 L.G.S.).

Finalmente, diremos que, el consentimiento debe ser serio y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente, (no hay consentimiento por parte del ebrio). Una renuncia a la protección jurídica obtenida mediante engaño no constituye consentimiento. Además, para que el consentimiento surta su efectos como causa de justificación, debe ser hecho antes ó en el acto. En éste caso, éste es revocable. Carece de relevancia jurídica el consentimiento hecho con posterioridad al hecho. Así, si el consentimiento para poner el nombre de otro al calce de un documento personal de otra persona, se otorga después de estampada la firma, no existirá causal de justificación.

El sujeto activo debe de ejecutar la acción con conocimiento de que el titular del bien jurídicamente protegido ha otorgado su consentimiento, ya que, si no posee éste elemento subjetivo de justificación la causal no opera como tal, y no existirá exclusión del delito a menos de que exista otra causal.

El consentimiento del ofendido puede entenderse de dos maneras a decir de Hans Welzel, que son:

1a. Cuando el actuar contra la voluntad del ofendido pertenece al tipo.- Excluye al tipo en todos aquéllos casos en que el actuar contra la voluntad del afectado forma parte del tipo. Por ejemplo, no hay violación de la esfera de

¹²³ "En los casos en los que la decisión del representante legal va en contra de los intereses del menor o pupilo, por ejemplo, si rehusa el tratamiento en virtud de sus propias convicciones religiosas...", "se ha propuesto que en la toma de decisión compartan la responsabilidad el médico, el representante legal y el pupilo, requiriendo el consentimiento de éste último cuando ello sea factible. El código civil español resuelve este conflicto señalando que cuando se trata de menores que reúnan condiciones de madurez suficiente y en los que, por tanto, su capacidad de juicio y entendimiento les permita conocer el alcance del acto médico para su propio bien jurídico, deben ser ellos mismos quienes autoricen la intervención médica" Nota de Pacheco Castro Oralia Leticia, "Importancia del consentimiento informado en pediatría", (GARCIA RAMIREZ, Op. cit., página 251, 252 y 253).

¹²⁴ DISPONENTE es "aquél que conforme a los términos de la Ley le corresponde decidir sobre los términos de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte. (Artículo 314 de la Ley General de Salud).

¹²⁵ Este artículo fue reformado por última vez mediante publicación en el D.O.F., el día 6 de enero del 2000 y señala que toda persona es donador y lo que se debe expresar, es el deseo de no ser donador, lo cual podrá constar en documento público o privado.

¹²⁶ Violencia física es la que se ejerce sobre el cuerpo de la víctima. Violencia moral la que se ejerce sobre el ánimo del sujeto pasivo. La fuerza física o visabsoluta consiste en movimientos corporales del autor sobre su víctima. La violencia moral o psicológica o visamor consiste en influir en el ánimo del pasivo de tal manera que constreñida su voluntad, no pueda actuar con libertad.

custodia si quien la detenta consiente en la sustracción; no hay falsificación de documento si el declarante permite que un tercero ponga su nombre bajo un documento".¹²⁷

2a. Cuando el actuar contra la voluntad del ofendido no pertenece al tipo.- En todos éstos casos el consentimiento solo puede tener carácter de causa de justificación.

En sentido contrario opina un sinnúmero de autores, entre ellos Pavón: "El consentimiento del interesado no podrá ser admitido en la omisión de auxilio pues ni la vida ni la salud constituyen bienes jurídicos cuya disponibilidad haya quedado a cargo, por mandato legal, de la voluntad del titular."¹²⁸

2.4.2 Estado de necesidad.

Noción.

"El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas para escapar al mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo (Garraud). El estado de necesidad se presenta como una situación individual jurídicamente reconocida, por la cual el que se encuentra en ella se haya determinado, sin estar coartado absolutamente, a violar una norma penal en propia o ajena salvaguarda y que tiene como efecto hacer impune o menos punible el delito, cuando la causa de aquella situación no puede atribuirse a la voluntad del agente (Manzini). El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos; es, por consiguiente, un caso de colisión de intereses (Liszt). En consecuencia en el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o de mayor valor".¹²⁹

"Quien actúa en un peligro actual, no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, a fin de alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjudicado. Sin embargo, esto rige solo en la medida que la acción es el medio adecuado para alejar el peligro".¹³⁰

Para Cuello Calón el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados. (Op. cit. t. I página 362). Es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico. (Sebastian Soler, op cit. t. I página. 418).¹³¹

Para precisar la naturaleza del estado de necesidad es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si existe alguna excusa absoluta.¹³²

Los autores mencionados coinciden en que se trata de una colisión de interés en los que se sacrifica uno para la salvaguarda de otro de mayor valor.

¹²⁷ WELZEL. Op. cit., página 114.

¹²⁸ Los delitos de peligro..., página 162.

¹²⁹ CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 569.

¹³⁰ WELZEL. Op. cit., página 109.

¹³¹ TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo II, Reus, Madrid, 1927 página 541.

¹³² CASTELLANOS TENA. Op. cit., páginas 203 y 204.



Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir el Estado opta por la salvación de uno de ellos.

La fundamentación del estado de necesidad como causa de justificación, sólo puede encontrarse desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del delito "antijuricidad" cuyo nacimiento se impide y no puede ser otro, sino el valor preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.¹³³

A opinión de García Ramírez, ésta excluyente principalmente en relación a la salvaguarda de bienes ajenos, puede operar en la práctica médica y, agrega, "nada se debe reprochar al médico que actúa para conjurar un mal, si no existen otros medios para evitarlo, porque actúa en estado de necesidad".¹³⁴

El estado de necesidad, lo encontramos en la fracción V del Código Penal Federal, que a la letra dice:

"Art. 15.- 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 el deber jurídico de afrontarlo;

De la definición anterior, se desprenden los siguientes elementos:

- 1º El autor obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.
- 2º Que el peligro sea real.
- 3º Que el peligro sea actual o inminente.
- 4º Que el peligro no sea ocasionado dolosamente por el agente.
- 5º Que el bien lesionado sea de menor o igual valor al salvaguardado.
- 6º Que el peligro no sea evitable por otros medios.
- 7º Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

Peligro es la posibilidad de sufrir un mal.

El primero de los elementos enumerados, no haremos comentario al respecto, puesto que considerados que es bastante claro y no requiere mayor profundidad.

El peligro debe ser real, si se trata de conjeturas imaginarias obviamente no puede configurarse la eximente.¹³⁵

Debe ser actual o inminente el peligro, actual que está sucediendo, inminente es lo próximo o muy cercano.¹³⁶ Si este es aún lejano y existe la posibilidad de evitarlo posteriormente con un medio más leve, no sería admisible la inmediata intervención con el medio más grave.¹³⁷

El cuarto de los elementos, consiste, en que el activo no debe haber iniciado la cadena causal que tiene como resultado la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, caso contrario, sería una aberración jurídica considerar que el agente actúa en un estado de necesidad, el cual por su naturaleza excluye la antijuricidad del comportamiento del activo.

Que el bien salvaguardado tenga que ser de mayor o igual valor al sacrificado, encuentra su fundamento en la teoría de la equivalencia de los intereses, la cual menciona que "todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las

¹³³ CASTELLANOS TENA. Op. cit., página 205.

¹³⁴ A decir de Eduardo Morales Fernández, el estado de necesidad y el consentimiento son las excluyentes de mayor relevancia en la justificación de la actividad profesional del médico. GARCÍA RAMÍREZ. Op. cit., página 269.

¹³⁵ CASTELLANOS TENA. Op. cit., página 207.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ WEIZEL. Op. cit., página 109.

demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; ésta surge por la suma de ellas y por ende, con respecto a ellas tienen el mismo valor."¹³⁸

"Conviene reflexionar sobre el conflicto entre dos vidas, que pudiera tener a la vista el médico cuya intervención profesional se requiere. Enfáticamente afirma Roxin que el facultativo no puede quitar el pulmón artificial a un paciente que tiene escasas posibilidades de supervivencia, para aplicarlo a otro cuyas posibilidades son mayores. Tampoco se puede privar de la vida a una persona, que en el mejor de los casos subsistiría poco tiempo, con el fin de extraer un órgano necesario a otra, que de ésta suerte sobreviviría mucho tiempo. En fin, no se puede sacrificar al débil mental para salvar al premio Nobel, ni al anciano achacoso para mantener la vida del joven vigoroso, ni al criminal antisocial para conservar una vida valiosa."¹³⁹

Que el peligro no sea evitable por otros medios. El medio empleado para salvaguardar la integridad o los bienes propios o ajenos debe ser el último y el idóneo para contrarrestar el peligro. Si para salvar la vida del paciente es necesaria la amputación de un miembro o extirpación de algún órgano, tal lesión se encuentra plenamente justificada, toda vez que se está salvaguardando un bien de mayor valor (vida) y se está sacrificando uno de menor valor (miembro u órgano).

Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo. Hay personas que por la naturaleza de su trabajo tienen la obligación de afrontar toda clase de riesgos, aún a costa de su propia vida. Por ejemplo, el policía tiene la obligación de soportar la agresión del ladrón, sabiendo que puede ser muerto o herido, a diferencia de un ciudadano común. También existe el caso del bombero que tiene el deber de combatir el fuego ocurrido, teniendo conocimiento de que puede resultar con quemaduras o consumido por las llamas, y, al cual no le sería permitido dejar de realizar su trabajo sin incurrir en responsabilidad, debido a que con anterioridad contrajo la obligación de realizarlo.

2.4.3 El cumplimiento del deber.

Otra de las causales de justificación que a juicio del doctor Sergio García Ramírez tienen aplicabilidad en el ejercicio profesional de la medicina, lo es el cumplimiento de un deber, que el Código Penal Federal incorpora en la fracción VI del artículo 15, y que en lo conducente dice:

ART. "15 El delito se excluye cuando:

VI.- La acción ó la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico.... siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber..."

El cumplimiento de un deber, trae aparejada la colisión entre deberes a cargo del agente. Al respecto Maurach, dice: "el autor se encuentra en una situación en la que el cumplimiento de uno implica necesariamente la lesión de otro y, en su virtud, la comisión de una acción punible".¹⁴⁰

Al respecto Carranca y Trujillo expresa, los actos ejecutados en cumplimiento de un deber se dividen en orden a los sujetos en: los actos ejecutados en cumplimiento de un empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto, por ejemplo, el policía que catea un domicilio en cumplimiento de una orden judicial; y los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos, por ejemplo, la aprehensión de un delincuente infraganti. Continúa diciendo puesto que el deber ha de ser legal, los que tengan otro origen por ejemplo ético, carecen de relevancia para el caso concreto.¹⁴¹

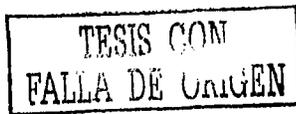
En opinión del iuspenalista mexicano Gustavo Malo Camacho, el cumplimiento de un deber es el "fundamento mismo de la tipicidad"; continúa diciendo "es el concepto que está a la base de la existencia misma de

¹³⁸ CASTELLANOS TENA. Op. cit. página 158. El autor menciona también que, ésta tesis se debe a Von Barri y es también conocida como la "conditio sine qua non".

¹³⁹ GARCÍA RAMÍREZ. Op. cit. página 269.

¹⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ. Op. cit., página 273. En éste sentido PAVON. Delitos..., páginas 161 y 162

¹⁴¹ CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 638.



los tipos o preceptos de la norma y, supone el contenido mismo del mandato o prohibición que está a la base de cada una de dichas normas jurídico penales que, precisamente consisten en un deber ser.¹⁴²

"El cumplimiento de un deber, más que una causa de justificación debe ser entendida como la base misma de la normatividad",¹⁴³ como el cumplimiento de lo que manda hacer o abstenerse de hacer el ordenamiento jurídico. Por ello, lo que el autor haga en éste sentido, quedará exento de juicio de reproche alguno, en virtud de la causa de justificación representada por el cumplimiento de un deber.

De conformidad con el autor al que venimos haciendo referencia, el deber ser debe ser "entendido como fundamento de la normatividad en la tipicidad y no como una institución jurídica regulada en la antijuricidad", en el sentido de que "el orden jurídico es un orden y no un desorden jurídico" de manera que cuando en la ley haya deberes jurídicos encontrados se debe estar a lo que ordena la norma y no a la regla de permiso y cita como ejemplo la contradicción entre el no privar de la vida a otro (art 302 c.p.) y la defensa de la seguridad externa del país frente a un enemigo exterior, obligando, incluso, a disparar y matar a éste (contemplada en el código militar). En éste caso el militar que priva de la vida a otro no va en contra del ordenamiento jurídico, más bien, ha actuado en cumplimiento de un deber.¹⁴⁴

En relación con el cumplimiento de un deber, la Suprema Corte de Justicia ha señalado entre otras tesis las siguientes:

"Dentro de la fórmula de obrar en cumplimiento de un deber se comprende los actos ejecutados en cumplimiento de deberes que son consecuencia de funciones públicas (deberes de servicio), y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de un deber como causa de justificación de la conducta, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige la fracción V del artículo 15 del código penal. Por otra parte, el deber se encuentra debidamente determinado en relación con la naturaleza de la función que se ejerce y el fin que la propia ley señala. Es generalmente admitido que ésta causa de justificación comprende la realización de todos aquéllos medios inclusive los violentos, que son racionalmente necesarios para dar satisfacción al fin expresado por la ley. Por otra parte, solo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado, únicamente mediante tal proceso puede llegar a conocer si el proceder es jurídico o antijurídico. Si el cumplimiento estricto del deber al acusado imponía la obligación a proceder aun usando medios violentos pero radicalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta, no puede ser antijurídica por ser lícita desde su inicio y no atender contra la norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido. En otras palabras, si el proceder del acusado constituyó el medio racionalmente necesario para cumplir con el fin de la ley que le imponía el cumplimiento de un deber cuyo cumplimiento le era imperativo, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. Y si en orden al principio de primacía y prelación lógica hemos concluido que el proceder es lícito por ser jurídico, no cabe hacer examen del aspecto subjetivo del delito por no haber lugar a juicio alguno de reproche en cuanto a la culpabilidad" (Semana Judicial de la Federación. Sexta época. tomo XIII, página 54, segunda parte).

"Por lo que hace al ejercicio médico, cabe decir, que el facultativo se halla sujeto a la obligación de proporcionar tratamiento. Esa obligación emana de un contrato de prestación de servicios, en el supuesto del profesionista independiente, o de una de disposición de la ley, en el caso del médico que labora en una institución pública obligada a proporcionar tratamiento a la población en general o a cierto sector de ésta".¹⁴⁵ Y su actuación, al mismo tiempo, tendrá una referencia y una frontera: la racionalidad de los medios empleados (procedimientos, operaciones, instrumentos, en fin todo aquello que se utilice para la consecución del fin terapéutico perseguido). De manera que si los medios empleados no son los racionalmente necesarios para alcanzar el fin propuesto, no operará la excluyente.

2.4.4. La no exigibilidad de otra conducta.

Para referirnos a la no exigibilidad de otra conducta, es preciso hablar en principio de la exigibilidad de actuar conforme a lo ordenado por la ley, que al lado de la imputabilidad y la conciencia potencial de la antijuricidad, integran la culpabilidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁴² MALO CAMACHO Gustavo. Derecho penal mexicano. Editorial Porrúa, 2a. edición, México, 1998, página 424.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ ACADEMIA MEXICANA DE CIRUGIA. Op. cit, Nota de Sergio García Ramírez, página 39.

De la lectura de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal vigente que dice: "Art. 15 El delito se excluye cuando: IX.- Atentas las circunstancias que concurren a la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente al agente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"; se obtiene que, al autor le es jurídicamente exigible actuar como ordena la Ley, cuando en virtud de que su conducta se encontraba en situaciones de normalidad, estuvo en libertad de actuar como dispone el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, puede existir situaciones extraordinarias de motivación en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de actuar conforme a derecho, sobre todo en el estado de necesidad exculpante (art 15 fracción IV, segunda parte del c.p.). Esta se presenta cuando la vida o la integridad corporal, propia ó ajena se ve amenazada de un peligro y solamente puede ser salvaguardada mediante el sacrificio de otro bien. En éste caso la acción es típica y antijurídica, pero como no le era exigible al autor actuar de otra manera no se le formula juicio de reproche y, al ser ésta una causa de inculpabilidad y, siendo que la culpabilidad es el tercer elemento del delito, no podemos hablar con propiedad de éste. La inexigibilidad de otra conducta, más que ser una causa específica de inculpabilidad, es "el común denominador" y la esencia mínima de todas las causas de inculpabilidad", significa que en el caso concreto no es posible exigirle al autor que actuara de manera distinta a la que lo hizo, es decir, "que actuara conforme a derecho".

La inculpabilidad se da en tres casos a saber:

- 1º Por falta de comprensión de la ilicitud del hecho (inimputabilidad).
- 2º Por falta de conocimiento potencial de la antijuricidad.
- 3º Por la no exigibilidad de otra conducta.

En éste último caso, que es el que ahora nos interesa, el autor sí tiene la capacidad de conocer la ilicitud de su hecho (es imputable) así como de conocer la antijuricidad del mismo, sin embargo, porque se encuentra en circunstancias extraordinarias de motivación no le es posible actuar conforme a derecho, por lo que no se le formula el juicio de reproche. Es en éste caso cuando se dice que se presenta "la no exigibilidad de otra conducta", por encontrarse el autor en circunstancias extraordinarias de motivación. Se le exculpa al autor.¹⁴⁶

La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad, fundamentalmente se presenta en dos casos:

- 1º Estado de necesidad exculpante.
- 2º El miedo y el temor fundado.

Estado de necesidad exculpante. El autor obra violentado por la amenaza de sufrir un mal grave, el caso típico la vis compulsiva.¹⁴⁷

El peligro puede tener su origen en un hecho del hombre o en una fuerza de la naturaleza, por ejemplo: el Caso del Mignotte (Inglaterra 1884); otro, La Tabla de Carneades (Académico que vivió en Roma, alrededor del año 150 a. C.) (ver página 24). En éste caso, no es necesario que el autor obre perturbado por el miedo, sino que, sienta y reconozca la situación de peligro que lo amenaza y que lo motiva a actuar, de manera que no le sea exigible actuar de otra forma.

¹⁴⁶ La "no exigibilidad de otra conducta" en sentido estricto se dirige a amparar supuestos, sobre la base de que el derecho exige a los individuos, la observancia de cierta conducta positiva normal o común; pero no requiere, porque sería excesivo, que su conducta sea extraordinaria o heroica, que incurra en sacrificios o despliegue virtudes notables. No se exige pues al sujeto que se comporte en forma excepcional para no incurrir en un resultado penalmente típico..., a no ser que esté obligado a tal conducta valerosa", por ejemplo, el policía o el bombero que tienen la obligación de correr el riesgo que implica el desempeño de su función. (García Ramírez, Op. cit., página 283)

¹⁴⁷ La fuerza psicológica irresistible o vis compulsiva también llamada violencia moral, es una fuerza interna o psicológica, que el autor ejerce sobre la víctima y que ésta no puede resistir, y consiste en la amenaza o coacción moral, mediante la cual se enuncia a la víctima la realización sobre ella o un tercero ligado con ésta de un mal real, grave, actual o inminente, capaz de constreñir su voluntad contraria al autor inicialmente, hasta el extremo de tolerar la acción o la omisión impuesta por el autor. (Apuntes del Curso de Derecho Penal I).

Para el estado de necesidad exculpante es necesario que se den los mismos requisitos y características que para el justificante, con la salvedad siguiente: la diferencia entre ambos radica en la equivalencia de valor entre los bienes salvaguardado y el sacrificado. En el justificante, el bien salvaguardado es de mayor valor que el sacrificado, y, en el exculpante, ambos son de igual valor. Para reconocer la justificante, basta analizar si la persona tenía otra posibilidad de actuar o si era su última alternativa, partiendo del principio de que *nadie está obligado a lo imposible*.

Miedo y temor exculpante. Empezaremos por definir miedo como el estado emocional insuperable del agente que le impide actuar conforme a derecho. Dos son los casos al respecto:

1° Cuando causa la alteración de las facultades mentales de la persona, generando una situación similar a la que acontece en el caso de la inimputabilidad.

2° Cuando no causa alteración de las facultades mentales, sin embargo, incide en el contenido de la motivación al momento de actuar de manera que coarta su libertad para decidir libremente, por ejemplo, la persona que bajo la amenaza de otra comete un delito.

Las justificantes que generan el miedo pueden ser objetivas o subjetivas, es decir, externas o internas. Finalmente, si la persona actúa creyendo erróneamente que está en una situación justificante o excluyente de responsabilidad, se encontrará en error de prohibición, respecto de la ilicitud del hecho, que contempla la fracción IX del artículo 15 del c.p.f. vigente.

Art. 15 "El delito se excluye cuando:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un mal actual, real o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro de menor o igual valor..."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 3. ANALISIS JURIDICO DEL DELITO PREVISTO Y SANCIONADO POR EL ARTICULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro de la Ley General de Salud, reglamentaria del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, a la vez que se encuentra reglamentado las bases y modalidades de acceso a los servicios de salud, prevé sanciones en contra de los prestadores de dichos servicios, que incumplan sus obligaciones o violen sus normas.

Así tenemos que, dentro del título decimoctavo de la Ley General de Salud, denominado "medidas de seguridad, sanciones y delitos", están contempladas las conductas¹⁴⁸ seguidas de su sanción, que por su naturaleza o por la del sujeto que las comete, son inadmisibles y atentan contra la salud de la persona como parte integrante de una colectividad. En el presente capítulo, abordaremos el estudio y análisis del delito previsto en el artículo 469 de la Ley General de Salud, mismo que establece su respectiva sanción, delito que consiste en la negativa de brindar atención médica en casos de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida del paciente.

Como en éste trabajo y especialmente en éste capítulo nos corresponde el análisis y estudio de un delito en materia de salud, iniciaremos por definir los delitos contra la salud pública como "todos aquéllos actos u omisiones que ponen en peligro las normales funciones fisiológicas o mentales del individuo, la higiene colectiva y en general adecuadas condiciones sanitarias de la población".¹⁴⁹

Entendemos por casos de notoria urgencia, en el tema que nos ocupa, aquéllos en los cuales se requiere de inmediato la atención médica o paramédica, para una o varias personas, las cuales pueden sufrir alteraciones en su salud e inclusive la pérdida de la vida, en caso de que no se reciba la atención necesaria con la debida inmediatez. Estos casos afectan a una o varias personas o grupos más o menos numerosos, pero no llegan a significar un problema de salud pública nacional. Sin embargo, no por eso deja de ser importante pues, los bienes jurídicos que se protegen son de la mayor envergadura, ya que la vida y la integridad física cuando trae como consecuencia la pérdida, amputación o extirpación de uno o varios órganos ó la disminución o pérdida de una o varias funciones, son de imposible reparación, sin perjuicio del beneficio de las cirugías reconstructivas.

Es de considerarse también que la falta de colaboración del personal de la atención médica en éstos casos de urgencia, demuestra una evidente falta de ética profesional y solidaridad humana con posible daño a la salud de las personas.

El tipo penal a examen, presenta dos hipótesis en cuanto a su resultado: uno de peligro para la vida por la negativa de brindar asistencia y otro cuando se causa daño por la falta de intervención, caso éste en el cual se puede agravar la pena con suspensión definitiva para el ejercicio profesional, si la autoridad judicial así lo estima.

Antes de continuar, es preciso aclarar que debido a que el presente es un delito de omisión simple, seguiremos el método de estudio de ésta clase de ilícitos, debiendo tener presente las consideraciones hechas en el capítulo anterior en relación a éstos delitos, y a los impropios de omisión cuando sea aplicable.

3.2 DEFINICION LEGAL.

"ART. 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

¹⁴⁸ Entiéndase por conducta como todo comportamiento del ser humano, ya consista en un hacer, ya consista en un no hacer.

¹⁴⁹ OSORIO y NIETO. Op. cit., página 37.

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".

Presupuestos¹⁵⁰:

1º La obligación de obrar.

2º Una situación de notoria urgencia.

3º La existencia de un peligro.

1º. La obligación de obrar. Presupuesto de naturaleza jurídica del delito de negativa de brindar atención médica, que es un delito de omisión de auxilio, de manera que si no existe tal obligación, no se pueda presentar la conducta descrita en la norma.¹⁵¹ Esta consiste, vágase la redundancia, en la obligación de los profesionales, técnicos o auxiliares de proporcionar la asistencia médica necesaria y posible, conforme a los instrumentos de que dispongan y de los conocimientos que posean.¹⁵²

En éste caso, la obligación de actuar puede tener su origen tanto en un contrato de prestación de servicios como en la Ley.¹⁵³ En el primer caso tenemos a los profesionistas de la medicina que se dedican al ejercicio libre de su profesión como a los que lo han celebrado con una institución de salud,¹⁵⁴ ya sea pública, privada o social. En el segundo, se encuentra contemplada en las disposiciones legales que imponen la obligación a los profesionales, técnicos o auxiliares de la medicina, de brindar atención médica en casos de notoria urgencia, la cual está contemplada en el artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, y, a los profesionistas en general en el artículo 33 de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

2º. Una situación de notoria urgencia. El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, en el artículo 72, establece que "se entiende por urgencia, todo problema médico quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata". Consideramos que puede haber situaciones que no revelan a simple vista un estado como el descrito por el artículo 72 del Reglamento.

Como en la bibliografía consultada no hemos encontrado una definición de lo que es un problema médico quirúrgico agudo, ni mucho menos, entonces, hemos construido la propia a partir de investigar el significado de cada palabra. En éste orden de ideas, si partimos de que de acuerdo con el doctor Biagio John Melloni, problema, "es cualquier situación que presente dificultad o incertidumbre", médico, (del latín medicus), es "lo relativo a la medicina o al tratamiento de las enfermedades"*; quirúrgico, "se refiere a la cirugía; y, ésta (del latín chirurgia), "es la rama de la medicina que trata las enfermedades y accidentes, total o en parte, por métodos manuales o con la ayuda de instrumentos especiales"; y, agudo (del latín acutus) es aquello "que tiene un curso breve y relativamente grave"**, entonces, diremos que, problema médico quirúrgico agudo, es una situación de gravedad en la salud de una persona, que hace necesaria la intervención, mediante procedimientos o técnicas médicas y con instrumentos especiales, por métodos manuales, para el tratamiento de una enfermedad o accidente.

¹⁵⁰ Según la concepción de Cavallo (Diritto Penale, página 117, Napoli, 1955), son aquéllas situaciones de derecho o de hecho, esto es, los elementos jurídicos, materiales o psíquicos anteriores al delito, que constituyen condiciones indispensables de su existencia.

¹⁵¹ A ésta conclusión, aplicable al presente caso, llega Porte Petit, al estudiar el presupuesto material del delito de abandono a un menor incapaz o a una persona herida o enferma, del artículo 340 del código penal federal. Dogmática de los delitos contra la vida y la salud (estudio comparativo con los códigos de las entidades federativas), Editorial jurídica mexicana, México, 1975, página 276

¹⁵² Que deben ser cuando menos, los de la media de los de su profesión (si se trata de un técnico, la media de los técnicos).

¹⁵³ Al respecto, es aplicable lo dicho en relación a las fuentes de la obligación de obrar, en cuanto a los delitos de omisión impropios, páginas 28 y 29.

¹⁵⁴ En éste último caso, la obligación de brindar asistencia médica, tiene su origen en una relación de subordinación, desde el punto de vista laboral, entre el trabajador (profesional, técnico o auxiliar) y el director del establecimiento de salud; y en todo caso, en la ley

* Diccionario Médico Ilustrado, Editorial Reverte, 2a. edición española, revisada por Dr. Alfonso Balcells Gorina, 1983 página 463.

** Diccionario Médico Salvat. Op. cit. páginas 33, 237 y 1039.

Que ponga en peligro la vida. El paciente se ha de encontrar en un estado de salud grave de manera que corra el riesgo de perder la vida, una función o un órgano. Por nuestra parte, consideramos que puede haber situaciones que no revelen a simple vista las características del peligro, sin embargo, en todo caso será culpable de homicidio por omisión impropia, el médico que no atiende oportunamente al paciente de peritonitis, creyendo que era un simple dolor de estómago, causándole la muerte.¹⁵⁵

Órgano. Del latín organum. "Parte del cuerpo dotado de una o varias funciones". "es el conjunto de las partes que sirven para el ejercicio de una determinada función, ejercicio entendido no en sentido anatómico (un riñón, un pulmón, un testículo, un ojo, etc.), sino, fisiológico (ambos riñones, ambos pulmones, ambos testículos, ambos ojos, etc.); por ello cuando se trata de un órgano doble con función única, la pérdida de uno solo constituye debilidad de la función y no pérdida de la misma".¹⁵⁶ Al referirnos a función nos referimos a la misma actividad que realiza uno o un conjunto de miembros de nuestro cuerpo. Función, del latín functio onis. Es la acción propia normal de una parte, órgano, aparato". Es la actividad que realiza uno o un conjunto de miembros de nuestro cuerpo; por ejemplo, los ojos realizan la función visual; los oídos, la función auditiva. "El déficit respiratorio causado por la ruptura de las fosas nasales y la desviación del tabique, constituye debilitamiento permanente del órgano respiratorio. El entorpecimiento o debilitamiento permanente es la *disminución de la capacidad funcional: fenómeno estático residual de un proceso concluido*".¹⁵⁷

A pesar de que la ley impone a los profesionistas de la medicina la obligación de brindar asistencia médica en casos de notoria urgencia, en realidad poco o nulo caso se hace, tanto en hospitales públicos como privados, en aquéllos aduciendo que no cuentan con el equipo necesario o los médicos especialistas,¹⁵⁸ o condicionado la prestación del servicio médico al pago de una cantidad de dinero¹⁵⁹ entre otras "razones", y en éstos, porque se tiene el criterio de proporcionar la atención que se requiere, solo en casos en que es evidente e inminente para el paciente el riesgo de perder la vida, por ejemplo, en caso de lesiones que ponen en peligro la vida, con motivo de hechos violentos (un enfrentamiento entre delincuentes y policías).

3º La existencia de un peligro. El peligro puede ser para la vida del enfermo o para su salud y, en éste caso, si se actualiza, puede consistir en la pérdida o disminución de un a función o un órgano. El mal que sufre el paciente ha de ser con peligro para su vida y resultar de la falta de atención médica de urgencia por parte del personal médico hacia el paciente. Por nuestra parte consideramos que debiera incluir la salud. Debido a que puede ser que una persona requiera de atención de urgencia con peligro para su salud, importando el riesgo de perder una función o un órgano y, como no existe tal peligro queda desprotegido jurídicamente ante tal situación. Debe quedar claro que se trata de un peligro y que al omitente corresponde evitar que ese peligro se actualice.

El médico no inicia la cadena causal que provoca la lesión al enfermo, sino que le corresponde intervenir conforme a las reglas de su profesión, a fin de impedir un desenlace consistente en la pérdida de la vida o de la disminución o pérdida de un órgano. Ante todo debemos tener claro que su obligación consiste únicamente en intervenir oportunamente y como es de esperarse de un médico de su especialidad, sin que sea necesario destellos de brillantes, pues, *la obligación del médico es de medios no de resultados*.

¹⁵⁵ El presente, es un ejemplo del caso previsto en el segundo párrafo del artículo 469 de la Ley General de Salud, que dice: "Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional a juicio de la autoridad judicial".

* Diccionario Médico Salvat. Op. cit. página 902.

** Diccionario Médico Salvat. Op. cit. página 525.

¹⁵⁶ Vincenzo Manzini, Trattato de Diritto Penale Italiano, Turin, 1933-1939, t. VII, página 201. Cit pos. Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas al comentar el artículo 292 del Código Penal Federal y para el Distrito Federal. Op. cit. página 694.

¹⁵⁷ Vincenzo Manzini. Cit. pos. CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 751, nota 951.

¹⁵⁸ Por ejemplo el caso de la señora Jazmín Patricia Teresa Rosas, de 24 años de edad, a quien el pasado 21 de agosto, se le negó asistencia médica en varios hospitales de la Ciudad de México, pertenecientes a los sectores público, social y privado, argumentando la falta de un ventilador para atender el parto de la mujer, quien contaba con 33 semanas de gestación, ya que corría el riesgo de perder a su bebé por la ruptura de membranas (www.noticierostelevisa.com, 24 de agosto del 2001).

¹⁵⁹ Como el caso de la señora Alma Rosa Gutiérrez de 23 años de edad, con 7 meses de embarazo, persona que fue atendida en un hospital de la Cruz Roja, después de pedir atención durante dos días y pagar \$1,7000.00 de los \$3,2000.00 que le pedían por concepto de gastos de recuperación; o, el de la señora Yoselin Ortiz Cruz de 22 años de edad, con cuatro meses de embarazo y ante una amenaza de aborto y, a quien después de habérsele negado atención médica en el hospital Rosas del Tepeyac, de la Ciudad de México, por carecer de recursos económicos, tuvo que abortar en su casa, existiendo un mayor riesgo para la vida de la madre, que el que se corre en situaciones normales en un centro de salud. (www.noticierostelevisa.com 24 y 27 de agosto de 2001, respectivamente).

3.3 ELEMENTOS DEL TIPO DE OMISION DE ASISTENCIA MEDICA EN CASO DE URGENCIA

Los elementos del tipo del delito de omisión de asistencia médica en casos de notoria urgencia para el catedrático Cesar Augusto Osorio y Nieto,¹⁶⁰ son los siguientes:

- a) Que exista negativa de brindar atención médica.
- b) Que la negativa sea sin causa justificada.
- c) Que sea en caso de notoria urgencia.
- d) La existencia de un peligro.
- e) Por falta de intervención

a) Que exista una negativa de brindar atención médica.- Al respecto, consideramos que la negativa puede ser verbal o escrita, expresa o tácita, por el medio empleado para solicitarla o simplemente en la omisión de brindar la atención médica necesaria. Y, si alguna persona releva al omitente original en su obligación, nada habrá que reclamar a aquél, aún en el caso de que la intervención y los procedimientos empleados fracasaren, si el mal se hubiere producido de todos modos.

b) Que esa negativa sea sin causa justificada.- Elemento referido a la antijuricidad, toda vez que, si la negativa de brindar atención médica es con causa justificada, la conducta deja de ser antijurídica. Al respecto, consideramos que únicamente puede exculpar al sujeto activo el que el bien jurídico salvaguardado concorra con otro bien de igual o menor valor, como en el caso del médico o paramédico que se encuentra auxiliando a una persona la cual corre peligro su vida en igual o mayor grado que el que solicita la atención y, al cual no es posible dejar de atender para hacerlo con el otro, pues de lo contrario se pondría en peligro un bien jurídico de igual ó mayor valor, y, por consiguiente, la conducta del agente sería antijurídica. Al respecto, el c.p.f. dice: Art 15.- "El delito se excluye cuando: V.- "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un mal real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro de menor o igual valor que el salvaguardado..."

Estimamos que no es aplicable ninguna otra causa de justificación o de inculpabilidad por ser el bien jurídico protegido la vida y la salud de las personas

c) Que sea en caso de notoria urgencia.- El paciente ha de encontrarse en un estado de salud, el cual implique el peligro de perder la vida o la disminución o pérdida de una función o un órgano, sin importar el motivo que haya dado origen a su estado. Al profesionista de la medicina, le corresponde brindar de inmediato la atención médica que requiera. La desobediencia a la parte final del citado artículo, implica una doble omisión, primero la de asistencia a las personas en general, segundo, la que deriva de la Ley, tanto de la General de Salud (art. 469), como de la reglamentaria del artículo 5º constitucional, en lo relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (art. 33).

d) La existencia de un peligro. Peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.¹⁶¹ Su comprobación es de carácter técnico y corresponde a los peritos médico-legistas.¹⁶² Los tipos de peligro contra la vida, describen situaciones en que el bien jurídico protegido corre el riesgo de ser lesionado. En el tipo a estudio, el peligro es presunto, es decir, "descriptivo de situaciones en las que la ley supone que engendran la posibilidad de originar un daño".¹⁶³ La omisión de brindar asistencia a la persona que la solicita, engendra una situación que la ley presupone que es de peligro. Estas

¹⁶⁰ Op. cit., páginas 64 y 65.

¹⁶¹ CASTELLANOS TIENA. Op. cit. página 37.

¹⁶² Es aplicable al caso la nota 949 al artículo 291 de Carrancá y Trujillo (Código penal anotado, página 75).

¹⁶³ JIMENEZ HUERTA Mariano. Derecho penal mexicano, tomo II La tutela penal de la vida y la integridad humana, Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1975, páginas 19 y 20. Es abstracto o presunto porque se consuma con la constatación de la conducta creadora del riesgo sin comprobar que el peligro realmente existió, sino que, se considera presuntivamente supuesto en la norma, sin que sea admisible prueba en contrario (PAVON VASCONCELOS Francisco y otro. Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa S.A., 6a edición, México, 1992, páginas 22y 23).

descripciones contienen conductas que implican riesgos para la vida o la salud, y no requieren para su comprobación la existencia real del peligro. En éstos tipos, al que tiene la obligación de obrar se le incrimina no por el efecto producido, sino, por el que no evitó.¹⁶⁴ Este puede ser:

- 1º. En la vida, el autor es responsable porque con su omisión atenúa el peligro para la vida.
- 2º. En la salud, el autor, con una intervención oportuna, habría podido evitar el daño.

e) Por falta de intervención. El profesionista de la medicina no inicia la cadena causal que provoca la lesión, sino que le corresponde actuar conforme a las reglas de su profesión (lex artis), a fin de impedir en la medida de lo razonablemente exigible y aplicando sus conocimientos con la debida pericia, la producción de un resultado dañoso (pérdida de la vida o de un órgano o el debilitamiento o pérdida de una función). Ante todo, debemos tener claro que su obligación consiste únicamente en intervenir con oportunidad y con la pericia de la media de un médico de su especialidad, sin que le sean exigibles destellos de brillantes, "la obligación del médico es de medios no de resultados". En los delitos de omisión, como el del párrafo segundo del artículo 469 de la ley General de Salud, se incrimina al autor, no por causar el resultado, sino, por no evitarlo, si tenía el deber de evitarlo y el dictamen pericial correspondiente concluye que habría sido posible si lo hubiere atendido con oportunidad.

l) Nosotros agregamos otro elemento que es el relativo al sujeto activo calificado. Es decir, debe tratarse de un profesional, un técnico o un auxiliar de la atención médica.

Por profesional de la medicina, habremos de entender que es la persona que cuenta con cédula profesional para su ejercicio o para el de una o varias especialidades, en términos de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional en lo relativo al ejercicio de las profesiones.

Técnico, es la persona que cuenta con un título expedido por instituciones autorizadas por el Estado o por instituciones particulares, para las cuales se requiere un nivel de conocimientos inferior al de los profesionales, pero les impide la práctica de su profesión a título de profesional, por ello el técnico que desarrolla actividades de médico, incurre en usurpación de profesión.

Auxiliar, es la enfermera "reconocida por la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México y por la reglamentaria del artículo 5º constitucional."¹⁶⁵

3.4 CLASIFICACION DEL DELITO.

Clasificación del delito en orden a la conducta.

De omisión simple, debido a que con la simple inejecución de la conducta debida, es decir, con la negativa de brindar atención médica de urgencia, se reúnen los elementos del delito.¹⁶⁶ "Es un delito de omisión simple, ya que la conducta... consiste en inactividad".¹⁶⁷

Clasificación del delito en orden al resultado.

De mera conducta o formal, porque se integra con la mera negativa de brindar asistencia por parte del personal de la atención médica. Esto en el caso del párrafo primero del artículo 469 de la Ley General de Salud.¹⁶⁸ Es de peligro abstracto, es decir, que con la simple omisión de brindar atención médica, se integran los elementos

¹⁶⁴ Solamente cuando de acuerdo con el dictamen pericial, era evitable.

¹⁶⁵ Por ello la persona que sin tener el título correspondiente realiza actividades de auxiliar y causa daño, deberá ser incriminada conforme al delito de usurpación de profesiones.

¹⁶⁶ En éste sentido López Betancourt Eduardo, al realizar el estudio dogmático del delito de abandono de personas, páginas 219 y 223. Delitos en particular, tomo I, editorial Porrúa S.A. 5a. edición, México, 1998, 415 páginas; Jiménez Huerta, Op. cit., página 248; Martínez Garnello, Op. cit., página 690.

¹⁶⁷ PORTE PETTE, Dogmática..., página 291.

¹⁶⁸ Eduardo López Betancourt, al estudiar el delito de abandono de personas, "es un delito formal porque no produce un efecto material en el mundo exterior, se consuma con la simple conducta del agente, es decir, el tipo penal se agota en la acción u omisión simple del sujeto activo, sin ser necesario un resultado material" Op. cit., página 220; Al Igual conclusión Ilegua Pavón (Los delitos de peligro... página 254).

objetivos del delito.¹⁶⁹ "El resultado consecuencia de la conducta, es jurídico y no material, por tratarse de un delito de simple omisión".¹⁷⁰

Tratándose del segundo párrafo del artículo citado en el párrafo anterior, el delito es de omisión impropia, ya que para su integración, se requiere de un efecto material¹⁷¹ o resultado material externo.

Clasificación del delito por el daño que causan.

Desde el punto de vista del efecto producido, se trata de un delito de peligro (art. 469 L.G.S. párrafo primero), porque la conducta descrita en la norma no prevé un cambio material en el mundo de la víctima; y, de lesión, cuando se produce un "daño derivado de la falta de intervención" (párrafo segundo), a su vez, la lesión consistirá en una destrucción, cuando implique, por ejemplo, la privación de la vida, o de compresión, cuando se produzcan lesiones, por la falta de intervención médica. En conclusión es un delito de peligro y eventualmente de daño o lesión.

Clasificación del delito por su duración

Debido a que se consuma en el momento mismo de la negativa, es instantáneo.¹⁷²

Ausencia de conducta.

No se presenta por tratarse de un delito de omisión. (Ver 2.3.4)

Tipicidad

Si tenemos presente que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta del agente a la descrita por el legislador en la ley penal, entonces, el delito se presentará cuando se reúnan los elementos descritos por el legislador en el artículo 469 de la Ley General de Salud, y, no exista una causa de justificación o de inculpabilidad.

Ausencia de tipicidad.

Cuando falta alguno de los elementos del tipo. Si la conducta desplegada no se adecua o conforma a lo establecido por el legislador en el artículo 469 de la Ley General de Salud, habrá atipicidad porque no se integran los elementos del tipo penal. La atipicidad en éste delito puede darse en tres casos:

1º Falta la calidad del sujeto activo. Ya dijimos con anterioridad que el sujeto activo en el presente delito es calificado, es decir, debe tratarse de un profesional, técnico o auxiliar de la medicina, por lo que, si la persona que se niega a brindar auxilio o la atención que se solicita no tiene esa calidad, no habrá delito que perseguir en términos del artículo 469 de la Ley General de Salud, pudiendo ser responsable el sujeto activo por el delito de abandono de personas en otra de sus modalidades.

2º No se actualiza la referencia de ocasión. El artículo 469 de la Ley General de Salud señala una referencia de ocasión al establecer "en caso de notoria urgencia", por lo que, si no la hay en términos del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, es decir, no se presente un "problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata", aunque exista negativa del personal de brindar atención médica, no habrá delito.

3º Falta el resultado. Si a pesar de la negativa del personal de brindar atención inmediata, aún cuando exista una situación de urgencia en términos del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, no se produce daño en el paciente, ya sea porque fue atendido en otra

¹⁶⁹ OSORIO Y NIETO. Los delitos federales, página 64.

¹⁷⁰ A ésta conclusión llega Porte Petit, al estudiar el delito de omisión de auxilio, Op. cit., página 285.

¹⁷¹ Como lo llama Novoa Monreal en su obra Fundamentos...

¹⁷² Así opinan, en México Jiménez Huerta y Manzini en Italia: "El delito tiene carácter instantáneo y no permanente, porque, incluso si se pudiera considerar que el omitente ha determinado un estado continuativo e ininterrumpido contrario al derecho, no puede hacerlo cesar eficazmente, sino en aquellos casos en que la asistencia se haya prestado con un retraso irrelevante y que por tanto no constituye delito" (PORTE PETIT, Op. cit., página 292); Si se atiende al momento consumativo es instantáneo (PAVON VASCONCELOS y otro. Los delitos de peligro... página 154).

institución u oportunamente en la misma, no habrá tipicidad, es decir, no habrá delito, esto en el caso del segundo párrafo del artículo 469 de la Ley General de Salud. Recordemos que tratándose del primero, la ley no exige resultado material.

Antijuricidad.

Presupuesto evidente de todo delito. Con anterioridad dijimos que una conducta es antijurídica cuando se reúnen los elementos del tipo penal y no se encuentre amparada por una causa de justificación. En éste orden de ideas, diremos que, habrá antijuricidad en el caso del artículo 469 de la Ley General de Salud, *cuando el profesional, técnico o auxiliar de los servicios médicos se niegue a brindar la atención médica a que sea requerido y su negativa "no se encuentre legalmente justificada"*.¹⁷³

Imputabilidad o inimputabilidad

Es la capacidad que tiene el agente de comprender lo ilícito de su hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de no padecer trastorno mental ni desarrollo intelectual retardado. Sobra decir que al igual que en todas las empresas e instituciones, en las de salud, ya sea públicas o privadas, el personal que labora en ellas debe gozar de buena salud y madurez mental. Dice López Betancourt, "para que un sujeto pueda ser imputable del delito de abandono de personas, deberá tener la capacidad de querer y entender, es decir, no debe tener ningún impedimento psíquico para la comprensión de la antijuricidad, así como no deben existir las demás causas de inimputabilidad".¹⁷⁴

Culpabilidad.

El elemento interno del tipo del artículo 469 de la Ley General de Salud, es el dolo, "*se agota en la omisión de brindar la atención médica necesaria careciendo de relevancia o pérdida de tiempo o que se considere que no sea necesaria esa atención*". "En consecuencia, se excluye la culpa ya que la obligación de obrar es presupuesto jurídico de éste delito y no se puede incumplir de manera culposa".¹⁷⁵ Por la naturaleza misma de la omisión no es admisible la culpa. No es admisible una negativa de brindar asistencia médica por parte del personal de la salud, ya que es precisamente su función, curar. Implica el conocimiento de una situación de urgencia por parte del profesionista de la salud.

Punibilidad (art. 469 L.G.S.).

6 meses a 5 años.

Multa de 5 a 125 días de salario mínimo general vigente.

Suspensión hasta por dos años + Suspensión: 1 mes - 2 años/ejercicio profesional. (art 228-I c.p.f.)

Además, señala el segundo párrafo del artículo 469 de la Ley General de salud, que en caso de que sea producido algún daño por la falta de intervención de quien está legalmente obligado a proporcionarla, se podrá imponer suspensión definitiva. También señala que, la imposición de ésta suspensión quedará al libre albedrío de la autoridad judicial

Reparación del daño (art. 228, fracción II c.p.f.).

Destitución cuando el sujeto activo sea un servidor público que preste sus servicios en establecimientos públicos de salud y actúe en ejercicio o con motivo de su empleo, cargo o comisión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de reincidencia, la inhabilitación podrá ser definitiva (art 470 L.G.S.); por su parte el Código Penal establece que la suspensión para el ejercicio profesional será definitiva (art. 228-I).

La práctica de éstas conductas también genera consecuencias para los establecimientos en que sucedan, así tenemos que el artículo 472 de la Ley General de Salud, señala que a los establecimientos en que ocurran se les aplicarán las sanciones que a las personas morales.

Consumación.

Por tratarse de un delito de omisión formal, se consuma *en el momento mismo de la negativa*.

¹⁷³ Elemento referido a la antijuricidad, ver 3.3.

¹⁷⁴ Op. cit., Página 222.

¹⁷⁵ PAVON VASCONCELOS y otro. Los delitos de peligro..., página 163.

En el párrafo segundo del numeral citado en líneas arriba, nos encontramos ante un delito de comisión por omisión o de omisión impropia, ya que, se requiere de un resultado material externo. Por consiguiente, para aplicar la punibilidad señalada en el mismo, es menester que se produzca el daño en la salud del paciente.

Tentativa.

No existe por tratarse de un delito de omisión y ésta, no admite un principio de ejecución, es decir, no es posible un comienzo de un no hacer. La tentativa no es configurable en éste delito. Es inadmisibles la tentativa, porque se trata de un delito de omisión simple, que por naturaleza misma, se agota con la simple inejecución.¹⁷⁶

Concurso de delitos.

Consideramos que es aplicable el criterio de Maggiore (derecho Penal IV página 385), citado por Porte Petit, en el sentido de que *"el delito de omisión de socorro puede concurrir materialmente con otros delitos como el hurto, la violencia carnal, los actos lujuriosos, etc."*¹⁷⁷ El mismo segundo párrafo del artículo 469 de la Ley General de Salud, al señalar *"Si se produjere daño por la falta de intervención..."*, admite de manera expresa el concurso ideal de delitos.

3.4 ESTRUCTURA DE UN TIPO SISTEMÁTICO DOLOSO PROPIO DE OMISIÓN SIMPLE, SIN RESULTADO MATERIAL.

3.4.1 Tipo objetivo.

El tipo objetivo comprende los elementos que integran la parte externa o material del hecho prohibido (delito). *"Tipo objetivo es el núcleo real material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la (manifestación) de la voluntad en un hecho externo"*. Este que, en los delitos de omisión consiste en un no hacer determinado, en el sentido precisado en el capítulo anterior. *"El tipo objetivo no es ajeno del tipo subjetivo, en el sentido de que para realizar el hecho material se requiere de cierta voluntad" (conocer y querer). "Así por ejemplo las acciones de "apropiarse", "engañar", etc.*¹⁷⁸

En el tipo objetivo se encuentran: 1° los elementos externos del delito de que se trate. Del conocimiento de éstos, podemos establecer si el delito es de lesión o de peligro, será de lesión cuando implique la destrucción del bien jurídicamente protegido y de peligro cuando entrañe la posibilidad de destrucción. Este, a su vez, puede ser efectivo o presunto, según la descripción exija una transformación en el mundo externo o la mera posibilidad, respectivamente; así como las circunstancias que concurren en la comisión del ilícito (tiempo, modo, lugar y ocasión).

También el tipo objetivo comprende 2° la referencia hecha a los sujetos. Cuando el autor, aparece mencionado de manera general (p. e., "al que", "a quien", "a los que", etc.), se dirá que el autor es común. Pero si se le exigen determinadas condiciones o calidades (p.e. ser profesionista, servidor público, casado, menor de edad, etc.), se dirá que es calificado. Las mismas observaciones valen para el pasivo del delito. Estas calidades, dependiendo de la naturaleza del delito, funcionan como agravante cuando el delito puede ser cometido por cualquier persona y el autor se vale de su posición para ejecutarlo, y, sirven de fundamento cuando la norma exige esa calidad al sujeto activo (p.e. solo un profesionista puede incurrir en responsabilidad profesional).

El tipo objetivo en el presente caso, será la exteriorización de los elementos descritos por el legislador en el artículo 469 de la Ley General de Salud.

¹⁷⁶ A igual conclusión llega César Augusto Osorio y Nieto, al estudiar el delito de omisión de auxilio. La averiguación Previa. Editorial Porrúa S.A., 9a. edición revisada, corregida y aumentada. México, 1998, página 281; PAVON VASCONCELOS Francisco. Manual de derecho penal mexicano (parte general). Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1974, página 428.

¹⁷⁷ PORTE PETIT. Dogmática..., página 305.

¹⁷⁸ WEIZEL. Op. cit., página 78.

3.4.1.1 Una situación generadora del deber de realizar la acción.

Deber de actuar "es lo que da lugar a un delito de omisión simple puro".¹⁷⁹ Como quedó explicado en el capítulo anterior, de acuerdo con la doctrina predominante, el deber de actuar (deber de realización de la acción), tiene como fundamento la ley, el contrato (llamada especial aceptación), el actuar precedente peligroso y últimamente la comunidad de vida y de peligro. De las fuentes anteriormente mencionadas, solamente las tres primeras son reconocidas por la legislación penal nacional vigente.

La situación generadora del deber de realizar la acción mandada por la norma, tiene como presupuesto la existencia de las condiciones materiales o intelectuales y el conocimiento de éstos por parte del autor, que hacen necesaria su intervención, en el sentido de los delitos propios de omisión. Dicho de otra forma es la situación de hecho que da origen a la intervención del autor para evitar la realización del tipo penal mediante la violación de una norma de mandato, sin ser necesario la producción de un resultado material externo.

En el delito a estudio, el elemento del delito a que nos referimos, está constituido por la situación de urgencia notoria que tiene una persona cualquiera de obtener asistencia médica. En el presente caso, la obligación o deber de actuar del activo, sea profesional técnico o auxiliar, puede tener su fuente en una relación contractual o en la de subordinación. Como ejemplo del primer caso, podemos mencionar aquél que se da cuando una persona ha contratado con anterioridad un seguro de asistencia médica con un establecimiento de salubridad. Como ejemplo del segundo, está el del derechohabiente que acude a solicitar asistencia médica de urgencia a la institución a la cual realiza aportaciones por medio de su salario, en éste, la obligación de actuar del médico, deriva de una relación de subordinación laboral para con la institución de salud en la cual presta sus servicios, y, la responsabilidad civil que pudiere derivarse debe reclamarse a la institución como persona moral sujeto de derechos y obligaciones y, a la persona física la penal. Y, en todo caso, la obligación de obrar, se deriva de las disposiciones aplicables de la Ley General de Salud, así como de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativa al ejercicio de las profesiones.

3.4.1.2 Omisión de la acción obligada.

A diferencia de los delitos de acción que consisten en un hacer, los delitos de omisión consisten en un no hacer o inacción por parte del sujeto activo. Ahora bien, ese no hacer, no debe ser entendido en sentido absoluto, sino que, consiste en un no hacer determinado. Ese hacer es el que la norma de mandato ordena realizar, pues de lo contrario equivale a que el agente se mantenga estático. En conclusión, los delitos de omisión, "consisten no solamente en una inacción, sino en omitir ejecutar la conducta obligada".

La omisión no es una sola, toda omisión, estará siempre referida a una acción "es la omisión de una acción posible del autor -acción que está subordinada al poder final del hecho- (a la finalidad potencial de la persona). En consecuencia, omisión es la no producción de la finalidad potencial de un hombre en relación a una determinada acción, por ello solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho puede ser omitida. En conclusión "Omisión no significa hacer nada, sino el no hacer una acción posible determinada al poder final del hecho de una persona" determinada.

Una vez explicado en los términos que antecede en qué consiste la omisión de la acción obligada, como un elemento del tipo objetivo (elementos externos) del ilícito previsto y sancionado en el artículo 469 de la Ley General de Salud,¹⁸⁰ diremos que, éste consiste en la negativa de brindar atención médica al paciente cuando concorra con una situación de notoria urgencia.

En éste caso, el obligado a realizar la acción esperada lo es "el profesional, técnico auxiliar de la atención médica". La obligación de realizar la acción determinada por parte de los sujetos a que se hizo mención con anterioridad tienen su fundamento en condiciones especiales propias de su actividad profesional, que en el caso particular lo es la prestación de servicios de atención médica.

¹⁷⁹ BACIGALUPO, Op. cit., página 114.

¹⁸⁰ Delito de omisión, que dependiendo del efecto que produzca será simple o de omisión impropia.

3.4.1.3 Capacidad de ejecutar la acción omitida.

Ya hemos dicho con anterioridad que los delitos de omisión, para su estudio y de acuerdo a su resultado, pueden distinguirse en delitos de omisión simple o propios de omisión y en impropios de omisión o de comisión por omisión. También hemos dicho que ambos consisten en un no hacer y que ese no hacer debe ser determinado y no un no hacer absoluto. En éste orden, corresponde ahora, hacer referencia a las personas que deben ser consideradas como las que pueden incurrir en la omisión de la realización de la acción obligada, con la cual evitarían la producción del resultado típico.

Así tenemos que solamente puede omitir la acción obligada la persona que está en posición de ejecutarla, debido a condiciones especiales que están íntimamente ligadas a sus conocimientos, habilidades, al tiempo y espacio en que debe realizarse la acción obligada. Por ejemplo, tiene la capacidad para brindar el auxilio a que se refiere el artículo 340 del Código Penal Federal, únicamente la persona que encuentra al menor o incapaz o a la persona herida invalida... pero no la que ni siquiera ha tenido conocimiento de la situación de abandono en que se encuentran las personas a que alude dicho precepto, de la misma manera de que solamente es posible cometer homicidio sobre una persona viva.

En el caso del artículo 469 de la ley General de Salud, la persona que tiene la capacidad para ejecutar la acción obligada es el "profesional, técnico o auxiliar de la atención médica", en virtud de que 1) es quien posee los conocimientos (ya sea profesionales o técnicos, según sea el caso), necesarios para brindar la atención médica, 2) que es de esperarse de éstas personas ya que son actividades propias de su actividad laboral, y, 3) ese deber de actuar tiene como fundamento la ley o un contrato.¹⁸¹

3.4.1.4 Autor.

"Es la persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el cual causa la lesión al bien jurídicamente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal".¹⁸² Para Carrancá y Trujillo, el sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución.¹⁸³ El que lo comete es activo primario, el que participa activo secundario.¹⁸⁴

El autor en el sentido de los delitos de omisión simple, es aquella persona a la cual el ordenamiento jurídico le impone la obligación de ejecutar una acción determinada para proteger al bien jurídicamente tutelado de una lesión o puesta en peligro de lesión por una fuente de peligro a la cual el omitente no dio origen.

A diferencia de aquéllos casos en los que el autor es común, en el delito a estudio es *calificado*, es decir, el tipo le exige ciertas condiciones especiales que en éste caso se encuentran referidas a su actividad profesional "profesional, técnico o auxiliar de la atención médica".

3.4.1.5 Víctima.

"Es la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en la ley penal".¹⁸⁵ Para Carrancá y Trujillo, debe entenderse "por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, la persona que sufre

¹⁸¹ Puede ser que esa obligación de actuar tenga como fuente un contrato. Cfr 3.4.1.1. Una situación generadora del deber de actuar. En relación a la ley, la Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, en su artículo 33 párrafo segundo menciona: "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".

¹⁸² MALO CAMACHO. Op. cit., página 333; PAVON VASCONCELOS. Manual..., página 143.

¹⁸³ Ya sea que ésta consista en un hacer o en un no hacer. En el primer caso el delito será de acción, en el segundo se tratará de un delito de omisión, simple o impropia, dependiendo de la clase de efectos que produzca. Debiendo recordar que efecto y resultado es equivalente y puede ser material o jurídico.

¹⁸⁴ CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 263.

¹⁸⁵ MALO CAMACHO. Op cit., páginas 339 y 340.

directamente la acción”¹⁸⁶ El sujeto pasivo es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido. Ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.¹⁸⁷

Siguiendo el mismo método empleado para definir el autor en los delitos de omisión simple, podemos decir que víctima es *aquella persona titular del bien jurídico protegido que se encuentra amenazado de lesión o puesta en peligro de lesión por la ausencia de conducta de otra persona que tiene la obligación jurídica de realizar una acción posible material e intelectualmente y así evitar la producción del resultado*

En el delito a estudio, el sujeto pasivo es común, puede serlo cualquiera persona. Dice Osorio y Nieto “la población”¹⁸⁸ en general. Pero, además, tiene que haber una negativa de brindar atención médica, y ésta, debe producir peligro en la vida del paciente. Por nuestra parte, agregamos que debe ser en caso de notoria urgencia en términos del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

3.4.1.6 Bien jurídico protegido.

“Es el objeto de la protección de un concreto interés social, individual o colectivo reconocido y protegido por el Estado, a través de la ley penal”.¹⁸⁹ El objeto jurídico es el bien o la institución amparada por la ley afectada por el delito.¹⁹⁰ Es el valor que protege el tipo.

En los delitos de omisión simple será el valor que el ordenamiento jurídico proteja, protección deriva de la ejecución de una acción que le impone a la persona la Ley, para evitar que aquél se lesione o sea puesto en peligro de lesión.

En el delito a estudio el bien jurídico protegido lo es la vida.¹⁹¹ *Bien jurídico del cual no se puede disponer libremente, y, que una vez que la víctima ha perdido la vida, un órgano o una función, es de imposible reparación, salvo las implantaciones o procedimientos terapéuticos destinados a la rehabilitación del paciente. Para finalizar éste punto, diremos, que si bien pareciera que el legislador pretendió proteger sin más la vida, el bien jurídico tutelado lo es el derecho a recibir atención médica en caso de urgencia, de manera que no resultare un daño en la vida o la salud del pasivo por la falta de intervención y, la omisión de ésta última, es el fundamento de la punibilidad.*

En relación al objeto jurídico en los delitos de omisión, el jurista chileno nos dice, “los efectos de los hechos punibles pueden ser de dos especies, materiales y jurídicos. Los primeros consisten en un cambio o alteración del mundo físico externo; los segundos en males o daños no aparentes y solo apreciables valorativamente, que pueden observarse como efecto de ellos”.

Más abajo nos dice que los efectos jurídicos, han sido tratados bajo la denominación usual de objeto jurídico del delito, y concluye, “consideramos solución jurídica más cabal y amplia, con referencia a los delitos de omisión, aquella que aprecia como objeto jurídico del delito, la transgresión normativa en vez de acudir al acostumbrado concepto del bien jurídico”.¹⁹²

3.4.1.7 Objeto material.

“Es el ente corpóreo sobre el cual recae la acción o conducta del sujeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la violación a la norma jurídica, generando con ello el delito. (Vgr. es el cuerpo de la persona humana que recibe los golpes de puñal que originan su muerte; es la persona que sufre en su cuerpo la lesión en el delito de lesiones)¹⁹³. Es “ la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cualquiera de

¹⁸⁶ CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 269.

¹⁸⁷ CASTELLANOS TENA. Op. cit., páginas 152 y 153.

¹⁸⁸ Op. cit., página 64.

¹⁸⁹ MALO CAMACHO. Op. cit., página 280.

¹⁹⁰ CASTELLANOS TENA. Op. cit., página 152.

¹⁹¹ Consideramos debiera incluir el peligro para la salud de la persona.

¹⁹² NOVOA MONREAL. Op. cit., página 88 y 89.

¹⁹³ MALO CAMACHO. Op. cit., página 340.

los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas".¹⁹⁴ "Lo constituye la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa".¹⁹⁵ En el caso de los delitos de omisión diremos que el objeto material es la persona que sufre la lesión o peligro de daño causado por la omisión de la persona que tiene obligación de actuar.

3.4.2 Tipo subjetivo.

Comprende los elementos internos del hecho prohibido que son elementos internos de la acción y en su caso también de la omisión.

Los elementos internos son el dolo y los elementos subjetivos del tipo.

El hecho prohibido (materia de la prohibición), "circunscribe materialmente la conducta prohibida. En los delitos dolosos,... contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, incluyendo el resultado. En cambio en los delitos culposos se refiere generalmente solo al resultado". Es la conducta descrita por el legislador en la norma y contenida en la ley penal. Por ejemplo, en el delito de homicidio simple doloso de acción consumado (art. 302 en relación al 9º párrafo primero), el hecho prohibido o materia de la prohibición es "privar de la vida a otro." En el está contenido el tipo objetivo, el subjetivo y el resultado. En el delito de omisión de socorro el hecho prohibido es precisamente omitir ese auxilio en la forma descrita por el legislador en la norma penal.

3.4.1.1 Dolo.

Toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere y por la exteriorización de ese querer. Ambos momentos, el intelectual y el volitivo, forman el dolo o también llamado dolo de tipo.¹⁹⁶ Es el contenido mismo de la voluntad del autor; es al ámbito psicológico o subjetivo de la conducta; es el querer de la conducta; es la voluntad de realizar la conducta típica.¹⁹⁷

Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente la posibilidad de conocer esas circunstancias del hecho. La parte volitiva del dolo es la voluntad de realización del tipo. Estos dos elementos que integran el dolo: el intelectual y el volitivo, tienen que concurrir a la realización de la conducta típica, en los delitos que admiten éste tipo de realización.¹⁹⁸ Así, el dolo como mera resolución es irrelevante, ya que el Derecho Penal no puede alcanzar el puro ánimo. En consecuencia, solo en los casos en que el querer (momento intelectual) y la voluntad de realización (momento volitivo) concurren en la realización del hecho típico, es penalmente relevante el dolo.

El dolo es una de las dos formas que, la legislación penal vigente en México admite para la realización de un delito, como se desprende del artículo 8º del c.p.f. que a la letra dice "las acciones u omisiones delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente", y, el artículo 9º del mismo ordenamiento legal define al dolo así: "obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

En el delito del artículo 469 de la Ley General de Salud, el dolo consiste en que el autor, al omitir brindar la atención necesaria, aunque sin querer, acepta que el bien jurídico (vida o salud) sea expuesto a un peligro o atenúa el existente.

3.4.1.2 Elementos subjetivos del injusto.

Con frecuencia los tipos contienen elementos de índole subjetiva, referidos al motivo o fin de la conducta descrita, elementos que en ocasiones exceden el marco de referencia típica, al no estar incluidos.

¹⁹⁴ CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 271.

¹⁹⁵ CASTELLANOS TENA. Op. Cit., página 152.

¹⁹⁶ WELZEL. Op. cit., página 77.

¹⁹⁷ MALO CAMACHO. Op. cit., página 334.

¹⁹⁸ WELZEL. Op. cit., página 77.

Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social de la acción. Así por ejemplo, la sustracción de una cosa ajena es una actividad final, regida por el dolo. Sin embargo, su sentido ético social será diferente, según si se ha realizado con el propósito de un uso transitorio o con intención de apropiación.

"Por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético-social de una acción se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción."¹⁹⁹

Ciertos tipos penales no agotan su elemento subjetivo con la presencia exclusiva del dolo sino que exigen para que se dé la conducta típica, la presencia de otros aspectos generalmente vinculados con las motivaciones o las relaciones personales, etc., que suponen verdaderas formas específicas de la subjetividad del autor, exigidas por el propio tipo.²⁰⁰

En conclusión, son los elementos subjetivos del tipo o del injusto, los propósitos que tiene el autor al realizar el hecho descrito en la ley. Por ejemplo, el propósito de realizar el acto sexual a que se refiere el artículo 365 bis del código penal federal.

En el mismo ejemplo, los elementos u objetivos son privar ilegalmente a otro de su libertad" y éstos son los que tienen que ser alcanzados por el dolo. El mencionado elemento subjetivo del tipo y el dolo tiene que estar unidos al momento de la manifestación de voluntad, toda vez que, no existe un dolo anterior o posterior al hecho, ya que, éste no sería dolo. Por ejemplo, el que piensa matar al día siguiente y por no cumplir el deber de cuidado se dispara el arma sin quererlo y mata a otro, deberá tomarse en consideración culpa, ya que no había los elementos que integran el dolo: conocer y querer.

¹⁹⁹ WELZEL. Op. cit., página 93.

²⁰⁰ MALO CAMACHO. Op. cit., páginas 368 y 369.

CAPITULO 4. MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MEDICOS, TECNICOS O AUXILIARES.

4.1 ALTERACIONES EN LA SALUD QUE NO SON CAUSA DE RESPONSABILIDAD.

4.1.1 Iatrogenias.

Iatrogenia es el daño ocasionado al paciente por el uso terapéutico de fármacos, biológicos, radiaciones, el uso de prótesis o cualquier otro diagnóstico quirúrgico de control en la práctica médica y que puede ser reversible o permanente. Cardenal, en su diccionario terminológico de Ciencias Médicas, define como iatrogenia a "lo producido por el médico o los medicamentos". Refiere la doctora Carrillo Fabela, que en el Diccionario de la Real Academia Española, no se encuentra esta palabra, pero sí los adjetivos iatrogénico y iatrogénica, con el significado siguiente: (del griego *iatros*, médico, *-geno* e *ico-*) adj. Méd. Dícese de "toda alteración del estado del paciente producida por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad; por lo tanto incluye no solo las consecuencias nocivas de la intervención del facultativo, sino también los éxitos de la medicina, la curación de las enfermedades y la conservación de la salud".²⁰¹ No obstante que la tradición acostumbra referirse a iatrogenia para hablar de los resultados negativos de la intervención médica.

4.1.2 Clasificación de las Iatrogenias.

Si tenemos presente que iatrogenia es todo lo producido en el enfermo, sus familiares y/o la sociedad, entenderemos con mayor facilidad que las iatrogenias se han dividido para su estudio:

1º Por su origen.- Según esta clasificación, se dividen en clínica, social y cultural.²⁰²

2º Por área médica.- Aquí se refiere a los efectos producidos por los médicos, dependiendo del área de la medicina en que intervengan. Se trata de los resultados de la intervención del facultativo, ya sean positivos o negativos; en la inteligencia de que han de ser distintos en cada una de las áreas del quehacer médico. Las iatrogenias según al área médica, se dividen por orden de importancia en: ginecoobstetricia, cirugía, urgencias, anestesiología y podiatría.

3º Por su resultado.- Se refiere a los efectos o resultados producidos por el médico en su actuación y que pueden ser benéficos o nocivos. Así tenemos que, por su resultado, las iatrogenias pueden ser positivas o negativas.

Iatrogenias positivas.- Se refiere a los éxitos o logros de la medicina en todos sus terrenos. En éstas, la mayor recompensa o pago para el médico, es "la satisfacción al mérito propio", y en las menos el otorgamiento de diplomas, reconocimientos o dinero.²⁰³

Iatrogenias negativas.- También conocidas como iatropatogénicas, a contrario sensu de las positivas, son los resultados negativos obtenidos por el médico en el paciente y que repercuten en éste último, su familia y/o la sociedad. Además, haremos mayor referencia a éstas, porque, cuando el resultado negativo se debe a una intervención deficiente del facultativo trasciende al terreno judicial, generando consecuencias que van desde el pago de una cantidad de dinero por concepto de reparación del daño causado, hasta la privación de la libertad.

Las iatropatogénicas, a su vez, se subdividen desde el punto de vista clínico y desde el punto de vista médico legal.

²⁰¹ CARRILLO FABELA. Op. cit., páginas 9 y 10.

²⁰² Cfr. CARRILLO FABELA. Op. cit., páginas 11 y 12.

²⁰³ CARRILLO FABELA. Op. cit., página 15.

Desde el punto de vista clínico.- Estas, por su parte se subdividen en:

1º Las que son producidas como consecuencia necesaria, se refieren a las que causan daño al enfermo con conocimiento pleno de que éste puede originarse, pero, no existe una opción mejor que ofrecer. También se les llama iatrogenia negativa necesaria con conocimiento calculado y tienen su origen en el estado de evolución de la ciencia en un lugar y época determinados.

2º Las que sobrevienen como consecuencia innecesaria, se refieren al daño no necesario pero producido en el enfermo, como consecuencia de la ignorancia, irresponsabilidad o de la falta de cuidado, inadmisibles, que dados los conocimientos biológicos y médicos de la época no tendrían que ocurrir.²⁰⁴ Se refiere al efecto producido en el enfermo, innecesario y perjudicial, achacable a la ignorancia o falta de cuidado del profesional de la salud. Como ejemplo, tenemos el del médico que amputa la extremidad a un niño por un diagnóstico mal elaborado de sarcoma osteogénico, o en los casos en que se realiza un procedimiento técnicamente deficiente, debido a la impericia del médico, o cuando se opta por un tratamiento ineficaz, obsoleto o con graves efectos secundarios a sabiendas de la existencia de otros igualmente o más eficaces y con menos o nulos efectos indeseables.²⁰⁵

Desde el punto de vista médico legal.- Estas se deben a situaciones de descuido, olvido, inadvertencias, distracciones, imprevisiones, morosidad, apatía, precipitación, imprudencia, etc., y, que para su estudio pueden encuadrarse en las especies de la culpa profesional: impericia, imprudencia y negligencia.²⁰⁶

Factores de la iatrogenias:

- Sobrepoblación.
- Preparación médica deficiente.
- Exceso de carga de trabajo.
- Deficiente relación médico-paciente.
- Falta de actualización.
- Carencias de personal, material y equipo médico.
- Burocratización de los servicios médicos.

4.1.2 La culpa como base jurídica de la práctica médica.

Empezaremos por definir culpa como todo hecho no intencional, cuyo resultado no es deseado, pero que el autor estaba en posibilidad de evitarlo. Es la producción de un resultado típico no esperado, ya sea porque no se previó como posible, o bien, que tomando en cuenta que podía producirse, el autor confiaba en que no se realizaría y que se deriva de la falta de cuidado del agente, cuidado que, de acuerdo al caso concreto tenía la obligación de observar.

La culpa puede ser consiente o con representación o inconsciente o sin representación. Hablamos de la primera cuando el sujeto se ha representado la posibilidad de producción del resultado típico, mismo que ha rechazado, confiando en que, en base a su capacidad, aptitudes o habilidades personales, llegado el momento podrá evitar que se produzca.

Se asemeja al dolo eventual en que en ambos existe representación del hecho típico, sin embargo a diferencia de éste en que el resultado es aceptado, en aquella, el autor confía en que no se producirá dicho resultando, confiando en que llegado el momento podrá evitarlo en base a sus habilidades o aptitudes propias.

En la culpa inconsciente o sin representación, a diferencia de la anterior, ni siquiera existe la representación de que ese resultado se produzca, pero sí la de que el autor lo hubiera previsto.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ CARRILLO FABELA. Op. cit., página 17.

Culpa profesional "es la que cometen los profesionistas en el ejercicio de su profesión y vinculada con las tareas que han convenido, las que deberán realizarse conforme a las reglas de la profesión". En éste orden de ideas, *culpa médica, es la especie de la culpa profesional que obedece a las reglas generales del ejercicio de la medicina.* "Es una de las formas de la responsabilidad civil".²⁰⁷

El C.P. lo define así: "obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales" (art 9º, párrafo segundo).

Especies de la culpa:

Manzini, al hacer el estudio de las especies de la culpa, empieza mencionando: "no se trata de la violación de preceptos especiales de policía", sino, de "una conducta no conforme al interés de policía"²⁰⁸ y, por ésta razón, considera que no hay motivo para hacer distinción alguna entre impericia, negligencia e imprudencia, como especies de la culpa. A lo más, la negligencia se refiere a un no hacer voluntario, la imprudencia a una actividad positiva, y, la impericia presupone la existencia de una actividad relativa a una profesión o arte.

Impericia.- Para el autor italiano, "la impericia consiste en el ejercicio de una actividad relativa a una profesión o arte en absoluto no conocidos por el agente, o bien, en el ejercicio imprudente o negligente, o injustificadamente ignorante, de una actividad tal por parte de un hombre de la profesión o el arte, esto es, en una ineptitud o insuficiencia profesional, genérica o específica, conocida al agente y que el no quiere tener en cuenta".²⁰⁹ "Consiste propiamente en el hecho de emprender una operación que solamente puede ser hecha por quien tiene, en virtud de su profesión, un cúmulo determinado de conocimientos técnicos" (la culpa, página 71).²¹⁰ Es la ignorancia inexcusable, en el ejercicio de la materia de que se trate, es la falta de conocimiento o de la práctica que cabe exigir a una persona en su profesión, arte u oficio. Es la falta de habilidades o de los conocimientos técnicos básicos indispensables que se deben tener obligatoriamente en determinada arte o profesión. Yungano, al referirse a la impericia como especie de la culpa médica, dice, "es la falta -total o parcial- de pericia, entendiéndose por ésta, la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina" y, cita como ejemplo: "la realización de un intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas; no saber asistir un caso de urgencias; no indicar la terapia física pertinente en un post-operatorio que curse un estado febril; la lesión producida por exposición excesiva a los rayos X".²¹¹

Manzini aclara que ésta especie de la culpa, no debe confundirse con la violación de normas sujetas a reglas de policía.²¹² Tampoco debe confundirse con la deficiente habilidad profesional, así tenemos que, no le es exigible al profesional destellos de brillantes en el ejercicio de su profesión, siendo suficiente un cúmulo de conocimientos y habilidades equivalentes al de la media.²¹³

²⁰⁷ YUNGANO. Op. cit., página 148.

²⁰⁸ MANZINI. Tratado, volumen II, páginas 211 y 212.

²⁰⁹ MANZINI. Tratado, volumen II, página 212.

²¹⁰ JIMÉNEZ DE ASUA Luis. Tratado de derecho penal, volumen V. Editorial Losada, 5a. edición. Buenos Aires, 1992, página 918

²¹¹ YUNGANO. Op. cit., página 154.

²¹² MANZINI. Op. cit., página 212. Lo anterior, porque no es posible condenar por impericia en el ejercicio profesional de la medicina al estudiante de la carrera, que sin concluir sus estudios receta a una persona, ocasionándole la muerte. En éste caso, deberá ser condenado por usurpación en el ejercicio de profesiones y por homicidio culposo. En conclusión, para condenar por impericia es necesaria que el activo posea un título en la profesión o arte, cuando las leyes lo exijan. Sin embargo, en los casos en que no haya título, bastará una certificación de aprendizaje o de la dedicación habitual del agente, al ejercicio de la profesión, arte u oficio. En España, el jurista, Luis Jiménez de Asua, agrega a la expresión profesión o arte, la de oficio, por "su amplitud máxima" diciendo, "el oficio puede haberse cursado en un taller público o estatal y entonces se asimila a la profesión, pero también puede haberse adquirido esa cualidad menestral libremente y sin que conste título o certificado alguno". En Italia, para Francisco Alimena, basta que el agente emprenda una tarea para la cual se exigen conocimientos especiales (Asua. Tratado, vol. V, páginas 918 y 919).

²¹³ En éste sentido MANZINI. Tratado, volumen II, página 213.; Antolisei (Manuale, parte generale, 3a. edición, página 259), lo único que se exige a los profesionales es un tipo determinado de capacidad técnica que ya acreditan en sus pruebas de aprendizaje, escuela, colegio o universidad (Jiménez de Asua, Tratado, volumen V, página 921).

Dentro de ésta especie de la culpa, se encuentra la temeridad profesional, la cual comprende el caso del médico que a sabiendas de que existen procedimientos fáciles para curar una enfermedad, se decide a emplear el más difícil, ya sea con fines de investigación o experimentación, ocasionándole la muerte.²¹⁴

Para Asúa, la base de la culpa se encuentra en el error.²¹⁵ El médico que diagnostica aún sabiendo su profesión, "con grosero error", está en culpa (por imprudencia); el farmacéutico que por *negligencia*, confunde una sustancia curativa con otra tóxica y causa con ello un mal, cae en culpa; el arquitecto que por acabar pronto descoscra a destiempo un hormigón armado causando el hundimiento de lo construido y la muerte de un obrero, es reo de *imprudencia*. Por su parte Francisco Alimena (La culpa, páginas 74 y 75), recurre al igual que Enrique Altavilla al error para fundamentar la culpa, pero, éste último agrega: la ignorancia y la inhabilidad (La culpa, página 19).²¹⁶

En conclusión, para que pueda hablarse de impericia ha de exigirse como conditio sine qua non que el agente tenga una profesión, arte u oficio y el ejercicio de su actividad sin los conocimientos, habilidades, cuidado y prudencia exigidos.

Negligencia.- Para Antolisei, "la negligencia expresa una actitud psíquica..." en la cual "se trata del descuido..." y de "la falta o deficiencia de atención o de solicitud."²¹⁷ Es la negación de la diligencia, y quiérase o no, se encuentra en todas las restantes formas de la culpa: es imprudente aquél que pudiendo tomar las debidas precauciones, actúa prematuramente. Agrega Jiménez de Asúa, "la imprudencia es negligencia, y lo mismo puede decirse de la impericia, y de la inobservancia de los reglamentos, pues, no respetar las reglas de éstos es una falta de cuidado y, por ende, una negligencia."²¹⁸ La inmensa mayoría de los autores italianos²¹⁹ se inclinan por atribuir a la negligencia una eficacia pasiva, y a la imprudencia una eficacia activa, siguiendo así las decisiones de su Tribunal de Casación.²²⁰ Es la omisión inexcusable, descuido desatención, falta de interés, desidia, el olvido de las órdenes o precauciones. Es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión, esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o a la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.²²¹ Aquí se encuentra el caso del médico que por desatención escribe mal un medicamento, el cual produce reacciones contrarias a las esperadas con la administración del medicamento correcto, ocasionándole daños irreparables. También tenemos el caso del auxiliar que aplica una sobredosis de anestesia, ocasionando la muerte del paciente.²²²

Imprudencia.- El tribunal de Casación define prudencia, diciendo que "consiste en el comportamiento de quien, siguiendo los cálculos de una razonable probabilidad se hace cargo de un hipotético peligro y trabaja para evitarlo" (sentencia de 26 de octubre de 1921) y la imprudencia como la omisión de cautelas que la común experiencia de la vida enseña que se deben tomar en el cumplimiento de algunos actos y en el uso de ciertas cosas". Para Antolisei, "es propiamente la ligereza, la insuficiente ponderación, e implica una escasa consideración para los

²¹⁴ MANZINI. Op. cit., página 212

²¹⁵ El cual solamente compromete al médico cuando sea evidente un insuficiente estudio del enfermo.

²¹⁶ Un ejemplo en el que el error constituye culpa, se encuentra en una sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Criminal y Correccional de Argentina que resuelve: "debe considerarse encuadrado en la figura del artículo 84 del Código penal, la conducta del médico que, a partir de un diagnóstico erróneo, interviene quirúrgicamente a la paciente, provocándole una peritonitis a consecuencia de la cual fallece". (Asúa, Tratado, volumen V, página 919). En nuestro país, tenemos el caso (1999) de una mujer de 26 años de edad de nombre Julieta Vázquez Analco, a quien en el nuevo Hospital Civil de Guadalajara le diagnosticaron SIDA en 1998 y después de un año resultó que no existía la enfermedad, ocasionando tratamientos y traumas psicológicos por un año, para ella y su familia (www.noticierostelevisa.com 23 de agosto de 2001)

²¹⁷ Manuale, parte generale, 3a edición, página 252, cit. pos. HERNÁNDEZ DE ASÚA. Tratado, volumen V, página 914.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Manzini (Tratado, volumen I, página 524); Bernardino Alimena (Principios, volumen I, tomo I, páginas 408 y 409); Manzini (Tratado, tomo I, número 261. I); Sabatini que al igual que los autores alemanes, señala que la imprudencia caracteriza la culpa consciente y la negligencia la inconsciente (Istituzioni, volumen I, página 332); Altavilla (Manuale, página 187 y La culpa, página 15) Cit. pos. Jiménez de Asúa (HBDI:M).

²²⁰ Según sentencia dictada por el Tribunal de Casación en 7 de mayo de 1927, por negligencia debe entenderse "la inobservancia de deberes". MANZINI. Tratado, volumen II, página 212.

²²¹ CARRILLO FABELA. Op. cit., página 16; MANZINI. Tratado, volumen II, página 212 a 216.

²²² Un ejemplo, lo es la muerte de cinco pacientes en el Hospital Regional de Puerto Vallarta, el 12 de marzo del 2001, a quienes les aplicaron dióxido de carbono en lugar de oxígeno; o el de una persona que en marzo del mismo año, ingresó al Hospital del Carmen para la práctica de un cateterismo y a la cual le dieron por equivocación cloruro de benzalcolonio, provocándole la muerte (www.noticierostelevisa.com 23-08-2001).

bienes ajenos". Igual que la mayoría de los italianos, Cuello Calón opina que la negligencia supone una conducta pasiva y la imprudencia una activa.²²³ Consideramos que es más precisa la opinión de Soler, "hay imprudencia cuando el sujeto podía evitar el daño con ser más reposado, es decir, desplegando menos actividad u obrando reflexivamente".²²⁴ Jiménez de Asúa, concluye el estudio de la negligencia y la imprudencia, haciendo una clara distinción entre las tres especies de la culpa que hemos estudiado: "la *imprudencia* supone obrar, emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos. La *negligencia* estriba en tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales, ora en los de la vida ordinaria. La *impericia* requiere ya una profesión, un oficio o un arte".

Inobservancia de la norma.- Es la actuación aunque prudente y diligente pero que está vedada por la ley.

Falta de previsión o de cuidado.- Es una característica de los delitos no intencionales o de imprudencia porque en ellos se produce un resultado no previsto ni querido "que es un efecto necesario de la imprudencia (culpa) del sujeto, lo que justifica la imputación legal". Puede manifestarse en actos u omisiones "La imprevisión y la falta reflexión o de cuidado como que son la exteriorización de todo aquello que constituye culpa, son elementos comunes a todas las especies culposas, no pueden por ello mismo quedar erigidas en especies propias".²²⁵

La doctora Carrillo Fabela, en su libro, hace un análisis de 89 dictámenes médicos sobre responsabilidad profesional médica de 283 averiguaciones previas por ese delito, rendidos de 1976 a 1992, por peritos de la Procuraduría General de la República, debido a que solo en éstos se dictaminó que hubo algún tipo de responsabilidad.²²⁶

De los casos revisados, se desprende que la especie de la culpa profesional en que incurrieron con mayor frecuencia los profesionistas de la medicina es la negligencia, 78.65%; que con mayor incidencia ocurrió en la etapa de diagnóstico, 38.20%, lo que originó un tratamiento erróneo o una intervención quirúrgica innecesaria; produciendo en más de la mitad de las veces la muerte de los pacientes, 59.55%; que resultaron en su mayoría del sexo femenino 57.30% (de entre 20 y 40 años de edad y recién nacidos de 1 a 30 días), y en la cuarta parte de las veces la pérdida anatómica o funcional de uno o varios órganos, 25.84%, que en su mayoría se trató de los femeninos y en casos aislados la amputación o extirpación de alguno distinto a los mencionados. Ahora bien, si tenemos presente los datos en cuanto a consecuencias y sexo afectado, entenderemos fácilmente que el servicio médico que con mayor frecuencia se presentó algún tipo de falta médica, fue el de ginecoobstetricia, 35%.

Por último, en cuanto a las instituciones de salud involucradas, fueron el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado. Sin embargo, antes de emitir juicio alguno, tenemos que tener presente que el I.M.S.S. atiende a casi la mitad de la población total del país que es de 97 millones de personas, según datos proporcionados por el INEGI de acuerdo al XII Censo General de Población y Vivienda, sin tomar en cuenta las personas que viven en viviendas colectivas ni las del Servicio Exterior Mexicano.

Móvil de la denuncia. A diferencia de países como Estados Unidos, Canada o los países de Europa, en los que preferentemente se elige la vía civil para obtener cuantiosas indemnizaciones, en México, el motivo que impulsa a los ofendidos a denunciar éste tipo de conductas lo es el de que se castigue al responsable, debido a la frustración que causa no obtener los resultados deseados. Consideramos que otro factor que impulsa a denunciar, lo es que resulta más "económico" formular una denuncia verbal ante el Ministerio Público, que contratar los servicios de un abogado, para seguir un procedimiento civil.

223 Cit. pos. JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado, volumen V, página 915.

224 Cit. pos. JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado, volumen V, página 916.

225 CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), páginas 457 y 463.

226 Op. cit., páginas 37 a 49.

Causas de denuncias:

- Excesiva carga de trabajo.
- Falta de dialogo médico-paciente (deficiente relación).
- Insuficiente valoración del paciente.
- Falta de obtención del consentimiento informado
- La carencia de equipo y material médico.
- Insuficiencia de personal.
- La burocratización de la obtención de los servicios médicos.
- La falta de ética del profesionista.

Factores que no generan responsabilidad:

- Adecuado manejo integral del paciente. El resultado se debe a complicaciones o gravedad del padecimiento o al solo riesgo que implica la intervención.
- Idiosincracia. "Es la reacción de un individuo a medicamentos o técnicas suministradas a raíz de su especial constitución o demás factores ajenos y desconocidos o imposibles de determinar por el profesional actuante" y, que no generan responsabilidad.
- Carencia de material o equipo médico, por parte de la institución. Al respecto el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, prevé una multa por el equivalente de 200 a 500 veces el salario mínimo general diario, vigente en la zona económica de que se trate (art 245).

Factores que imposibilitan la realización de un dictamen médico:

- Expediente clínico incompleto. "es el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de la salud, deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias".⁺
- Falta de exámenes médicos: de laboratorio, gabinete, reportes de patología.
- Falta de necropsia.

⁺ Norma Oficial Mexicana No. 168, numeral 4.4

4.2 RESPONSABILIDAD PENAL Y REPARACION DEL DAÑO.

Noción de la pena.- Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como consecuencia del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con *el ius punendi* y con las condiciones que según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta -se refiere a la pena- se basa en el libre albedrío, será retribución de mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor, entonces, la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.²²⁸ En el primer caso se habla de la pena como retribución de un mal por otro, en el segundo de una medida de seguridad.

Fundamento.- Las penas se fundan en la culpabilidad, las medidas de seguridad en la peligrosidad. Por ello las penas solo corresponde aplicarlas post delictum y por determinación de los tribunales penales; y las medidas de seguridad son aplicables ex delictum, correspondiendo su aplicación a la autoridad administrativa; aunque el Código Penal Federal vigente autoriza a la autoridad judicial para aplicar éstas últimas.²²⁹

En el Estado Mexicano, el alcance del *ius punendi*, tiene su fundamento constitucional en los artículos 39, 40, 41 y 49 de la Constitución y asimismo respecto del último de los artículos 18 y 22 de la Carta Magna, en general de toda la regulación constitucional vinculada con las garantías individuales de seguridad jurídica, por vía de las cuales se define el Estado de Derecho Mexicano, como un Estado democrático, republicano, representativo y federal. En síntesis, de la fundamentación jurídica señalada deriva la fundamentación jurídico-política de la pena del Estado mexicano.²³⁰

Criterios para la aplicación de penas.- A lo largo de la historia del Derecho, diversos criterios han servido de base para la aplicación de penas a los autores de crímenes, delitos o faltas, según su gravedad, es por ello que ahora haremos una breve mención de las teorías que han pretendido explicar la naturaleza y fin de las penas.

Teoría absoluta de la pena. Se sostiene sobre la base de que la pena se explica y se justifica en sí, toda vez que al "mal del delito" le corresponde como respuesta social "el mal de la pena". Así la pena debe estar en relación con el grado del delito cometido, toda vez que el límite de la pena está fijada por el límite de la afectación causado (Kant).

Para la teoría absoluta, la pena es retribución. Es causación de un mal por el mal causado, por lo mismo tiene la misma naturaleza jurídica de afectación de los bienes jurídicos, lo que permite la graduación de la pena justa, en función de que la misma es impuesta en función de que la persona es "libre" en tanto que tiene capacidad para autodeterminarse y en base al libre albedrío puede distinguir entre el bien y el mal.

Esta teoría, si bien da base para la afirmación de un concepto de la pena justa, también es cierto que al no establecer límites para la imposición, lleva a la posibilidad de aplicar penas que no se limitan por el principio de la dignidad de la persona humana (principio de incolumidad), que es uno de los principios que sustentan la pena en todo Estado de derecho moderno, democrático y liberal.

Teorías relativas.- En estas, el fundamento de la pena es el reconocimiento de que la misma persigue un objetivo específico, es decir, que no se le entiende como el mero castigo por haber actuado mal, sino buscando con la imposición una determinada finalidad que en la prevención especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la general dirigida a la sociedad en común.²³¹

²²⁸ CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 586.

²²⁹ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 159.

²³⁰ CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 586).

²³¹ MALO CAMACHO. Op. cit., página 593.

Teoría de la prevención general.- Las teorías de la prevención, más que ocuparse del fundamento de la pena, se ocupan del fin ¿cuál es el fin de la pena?, ¿para qué se impone?, ¿qué se busca con su imposición?. La prevención general se orienta a evitar la comisión de delitos. De acuerdo con ésta teoría, al establecer una pena para el infractor, está enviando un mensaje a la sociedad de que si comete un hecho delictivo se hará acreedor de una sanción por parte del Estado. De ahí la importancia de su estricta aplicación, pues de lo contrario el mensaje enviado sería de impunidad.

Teoría de la prevención especial de la pena.- Esta, vincula a la pena en relación con el sentido de su imposición directamente a la persona que cometió el delito y que en general se orienta hacia la "readaptación social", del delincuente, representa la presencia de un claro interés del Estado, orientado mas que al solo contenido estrictamente punitivo del castigo hacia la preparación del reo para una futura reincorporación útil a la sociedad. Esta línea de pensamiento es la que afirma la "ideología del tratamiento", que responde a un contenido; ideología específica del Sistema de Control Social del Estado.²³²

Esta teoría, recoge la distinción entre las personas que responden con base en su capacidad jurídica y moral (imputables), y, aquéllas que no pueden ser responsabilizadas bajo dicho fundamento (imputables). Las primeras son las que tienen la capacidad de autodeterminarse y conducirse de acuerdo con esa capacidad y, por lo mismo observan una "responsabilidad personal" por su conducta; y las segundas, quienes no teniendo esa capacidad, cuando realizan una conducta descrita en la ley penal como delito, quedan sujetos a una responsabilidad social que se vincula con la "peligrosidad social de la persona" como criterio de la imposición.²³³

México recogió el principio de la prevención especial de manera expresa en la constitución, atento sobre todo a lo dispuesto en los artículos 18, que se refiere a la readaptación social, el 22 que incorpora el principio de la incolumidad y de la dignidad de la persona, en relación, a su vez, con los principios que suponen la decisión política fundamental del Estado mexicano, unido a las garantías individuales y sociales que expresamente reconoce la ley fundamental del país.²³⁴

Principios que sustentan la imposición de la pena.

1º Legalidad.

2º Necesidad de la pena.

3º Readaptación social.

4º Incolumidad de la persona o principio de humanidad. Encuentra su fundamento en el artículo 22 constitucional.

Clasificación. Según su naturaleza, las penas podemos clasificarlas de la siguiente manera:

- Corporales.
- Contra la libertad.
- Contra ciertos derechos.
- Pecuniarias.
- Medidas de seguridad.

Las penas y medidas preventivas catalogadas en el artículo 24 del código penal, de acuerdo a su aplicación, son principales ó accesorias. Aquéllas son las que siguen al delito como consecuencia inmediata, es decir, no requieren de la imposición de otra para aplicarse y se pueden imponer de manera autónoma. (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado y sanción pecuniaria). Accesorias, son las que se imponen acompañadas de otras, no son impuestas de manera autónoma, sino que su aplicación depende de la de otras. (pérdida de los instrumentos del delito, confiscación o destrucción de las cosas peligrosas o nocivas, amonestación, apercibimiento.

²³² MALO CAMACHO. Op. cit., página 598.

²³³ Ibidem.

²³⁴ MALO CAMACHO. Op. cit., página 599.

caución de no ofender, suspensión o privación de derechos, inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, vigilancia de la policía, suspensión o disolución de sociedades).²³⁵

4.2.1 Prisión y multa.

La pena de prisión es relativamente moderna. En el derecho romano, sirvió para recluir a los acusados antes de dictar sentencia, evitando su fuga. En el derecho canónico, el “presídium” era lugar de penitencia; pero en los conventos y por la influencia canónica fueron naciendo las cárceles (Carrancá, pág 773). La torre medieval, las casas de hilados y los aserraderos de madera, se dedicaban a la custodia de los deudores remisos a quienes se obligaba a pagar mediante trabajo. Vinieron después casas de trabajo o disciplinarias en varios países de Europa: Londres (1555), Amsterdam (1595 y 1597), Hamburgo (1620), Danzing (1630), Florencia (1677), para vagos y malvivientes, prostitutas, criados rebeldes y menores pervertidos, pero no fue sino hasta 1775 que en Gante apareció la primera prisión. Tras ésta, con el nacimiento de la escuela clásica penitenciaria en el siglo XIX, se organizaron formalmente las prisiones como establecimientos para cumplir la pena de privación de libertad.

Bajo la influencia de Franklin, se fundó la Sociedad Penitenciaria de Filadelfia en 1776, que logró la construcción de una prisión en 1790 donde se puso en práctica un sistema penal penitenciario del cual se derivan los diferentes sistemas de organización de los penales. Esos sistemas son:

- 1.- El celular o filadélfico.
- 2.- El mixto de Auburn o en 1823, también conocido como silent system.
- 3.- Progresivo o inglés, también conocido como separate system.
- 4.- De reformatorios.
- 5.- De clasificación o belga.
- 6.- Establecimientos penitenciarios abiertos.

El artículo 18 constitucional podríamos considerarlo como el fundamento básico de la pena de prisión al decir “sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”. Este numeral distingue entre prisión preventiva y la pena de prisión propiamente dicha. La primera consiste en la privación de la libertad con fines asegurativos. Se impone a la persona que probablemente se hará acreedora a su imposición, es decir, a todas aquéllas a las que se les sigue un procedimiento por delito que tiene como sanción pena privativa de libertad y, la segunda en cumplimiento de sentencia ejecutoriada que así lo ordene.

Asimismo, el artículo 18 constitucional establece que, corresponde a los gobiernos de la federación y de los estados en sus respectivos territorios establecer las bases para la readaptación social de los delincuentes y, que ésta estará basada en el trabajo, en la capacitación para el mismo y en la educación.

En cuanto a los menores, como no son sujetos de aplicación de la ley penal, aplicable a las personas mayores de 18 años, por considerarse que no han alcanzado su mayor grado de madurez mental y por ello se les considera inimputables (art 15 fracción VII del c.p.f.) y sus actos son juzgados con otros criterios, también se contempla constitucionalmente el establecimiento de lugares especiales para su corrección “La Federación y los gobiernos de los Estados, establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores” (art. 18 constitucional).

La prisión es la privación de la libertad corporal .

Su duración es de tres días a cuarenta años por regla general, excepto tratándose de los delitos de homicidio previsto en el artículo 315 bis; del de violación o robo en casa habitación habiendo penetrado de manera furtiva; homicidio calificado, del artículo 320; privación de la libertad, cuando el pasivo fallezca durante la privación, del artículo 366; todos los artículos del c.p.f. En estos el límite máximo de aplicación de la pena será hasta de cincuenta años (art. 25 del c.p.f.).

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial” (art. 21 constitucional)

²³⁵ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 162.

La pena de prisión tiene un doble carácter: cuando se aplica de manera preventiva y como pena de prisión propiamente dicha.

En toda pena privativa de libertad el condenado tendrá derecho a que se le tome en cuenta el tiempo de duración de su detención o arraigo (art. 25 c.p.f.) y, tratándose de las mujeres, a cumplirla en lugares distintos de los destinados para los hombres para los mismos efectos (art. 18 constitucional); así como, de que los presos con fines de aseguramiento permanezcan en lugares separados de los que lo sean en ejecución de sentencia (art. 26 del c.p.f.). Otro derecho que tiene el penado es, que ésta no se prolongue por deudas de carácter civil ó análogas así como a que su juicio no dure más de un año.

Por último, su ejecución estará a cargo de la autoridad administrativa, que en el caso concreto lo es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, y, el lugar de su extinción será las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que señale la ley para tal efecto (arts. 18 constitucional y 25 del c.p.f.).

Multa. Tal pena ha sido duramente criticada, alegándose que "al rico representa la impunidad entretanto que al pobre un cruento sacrificio cuando no la prisión sustitutoria en caso de insolvencia".²³⁶ Generalmente es aceptada la doctrina de Rosi en relación con la multa: reservada para ciertos delitos, aquéllos que suelen no ser cometidos más que por las personas que gocen de cierto grado de fortuna.

"La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos (art. 29 c.p.f.).

De acuerdo con Carranca y Rivas, la pena de multa, tiene las siguientes características:

- No es inmoral
- Es divisible, cuando interviene varios sujetos, de acuerdo al grado de participación y de sus condiciones económicas. (art. 27 c.p.f.)
- Es apreciable, su monto, siendo necesario remitirse a la legislación civil.
- Es reparable.
- Es instructiva, sobre todo si se haya dirigida hacia los delitos que tienen su origen en el deseo de lucro.
- No degrada ni deshonor, a pesar de que causa aflicción.
- Es sustituible. La imposibilidad para su pago puede ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad. Un día de trabajo equivale a un día de multa pagado (art. 27, párrafo quinto c.p.f.).
- No imposibilita al sentenciado para cumplir con sus obligaciones familiares.
- Constituye una fuente de ingresos para el Estado.

Además:

- Es exigible, mediante el procedimiento económico coactivo, cuando el sentenciado se negare sin justa causa a hacer su pago. (art. 27 c.p.f.).
- Es proporcional, al grado de participación en el delito, es decir, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación y condiciones económicas. (art. 36 c.p.f.)
- Su pago es preferente, sobre cualquier otra obligación contraída con anterioridad, excepto el pago de alimentos y deudas de carácter laboral. (art. 33 c.p.f.).

4.2.2 La reparación del daño.

"Según tenemos visto, la conducta del hombre produce hechos jurídicos que pueden ser voluntarios, que son aquéllos que causan efectos jurídicos por la voluntad humana, e involuntarios, que son acontecimientos naturales o accidentales, en los que no interviene la voluntad del hombre y que también originan efectos jurídicos. Los hechos

²³⁶ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 174, nota 113.

voluntarios pueden ser lícitos, como la gestión de negocios, e ilícitos”,²³⁷ que el c.p.f., define de la siguiente manera “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales” (art. 7º).

Toda persona que comete un delito, queda sujeto a que se le aplique cualquiera de las penas o medidas de seguridad contempladas en la ley penal y, en relación a la reparación del daño:

“Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

6.- la sanción pecuniaria, la cual comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica”.

Nosotros entendemos por reparación del daño, al derecho subjetivo de la persona que ha sufrido un menoscabo en sus patrimonio pecuniario o en la estimación, honra o consideración que de sí misma tienen los demás, cuando ha sido ocasionada por un hecho ilícito penal.²³⁸

La reparación del daño, desde hace tiempo ha sido tema de discusión, así tenemos que, Garófalo propuso un sistema de cajas para su satisfacción, que consistía en:

1) La creación de una caja alimentada con las multas pagadas por sentencia dictada y con el salario de los vagos o insolventes a quienes se obligaría a trabajar. 2) Al dictar auto de formal prisión, crear una hipoteca con los bienes presentes y futuros del reo para garantizar el pago de la reparación del daño sistema. 3) En caso de que el ofendido renunciara a la reparación, se aplicaría en favor de la caja. 4) Hacer efectiva la reparación al dictar la sentencia condenatoria.²³⁹

La reparación del daño como sanción penal, tiene su fundamento en el artículo 20 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y, se encuentra regulada del artículo 29 al 34 y 39 del c.p.f..

La reparación del daño es un derecho constitucional: “en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a..., a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda,...” (art. 20 fracción X, párrafo quinto, constitucional). y el art. 29 del c.p.f. establece que “la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica”.

“la reparación del daño comprende, (art. 30 c.p.f.) :

I. La restitución de la cosa obtenida con el delito y si no fuere posible el pago del precio de la misma.

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo”.

En relación a la fracción I, no se puede negar que, la reparación ha de consistir en la restitución de la cosa obtenida con el delito y solo cuando sea imposible la restitución de la cosa se deberá fijar su precio en dinero. El medio idóneo para el efecto es la prueba pericial, siempre y cuando obre en autos los datos suficientes para poder determinar en dinero su precio. El c.p. de Veracruz completa el texto anterior con la frase “y de sus frutos existentes” (art 27 fracción II).²⁴⁰

Respecto a la fracción II. La indemnización del daño material, comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito al modificar una situación jurídica existente. El art. 1915 del c.c.d.f. se refiere al restablecimiento de la situación anterior al daño. La cuantificación del daño resulta de la comparación de la situación anterior al delito y la resultante de él y el daño material representa la cuantificación pecuniaria resultante de la diferencia entre ambas; diferencia que debe quedar acreditada en autos. La prueba pericial deberá acreditar la

²³⁷ JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit., página 81.

²³⁸ En sentido amplio, la reparación comprende tanto al daño (detrimento en el pecuniario) como al perjuicio (la pérdida de ganancia).

²³⁹ CARRANCA y TRUJILLO. Derecho penal mexicano (parte general), página 829

²⁴⁰ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 181, notas 118 y 19.

existencia del daño y su cuantificación pecuniaria. A los tribunales corresponde valorar prudentemente el juicio pericial y resolver sobre la obligación de pago del delincuente, según el caso y las circunstancias económicas del mismo y del ofendido a fin de que la indemnización sea equitativa. (ver art. 1818 c.c.)²⁴¹

En relación al daño moral y para no entrar en cuestiones doctrinarias, el c.c.d.f. lo define como "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere ilegítimamente la libertad, o la integridad física o psíquica de las personas".

Por cuanto hace a la fracción III tenemos que la Ley Federal del Trabajo, establece:

"Para determinar las indemnizaciones a que se refiere éste Título, se tomará como base el salario diario que perciba el trabajador al ocurrir el riesgo y los aumentos posteriores que correspondan el empleo que desempeñaba, hasta que se determine el grado de la incapacidad, el de la fecha en que se produzca la muerte o el que percibía al momento de su separación de la empresa" (art. 484).

Las cantidades que se tomen como base para el pago de las indemnizaciones no podrá ser inferior al salario mínimo (art. 485 L.F.T.).

Para determinar las indemnizaciones a que se refiere éste Título, si el salario del trabajador excede del doble del salario mínimo del área geográfica de aplicación a que corresponda el lugar de prestación del trabajo, se considerará esa cantidad como salario máximo. Si el trabajo se presta en diferentes áreas geográficas de aplicación, el salario máximo será el doble del promedio de los salarios mínimos respectivos. (art. 486 L.F.T.)

Los daños ocasionados en la integridad física pueden consistir en:

I. Incapacidad temporal. es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo. En cuyo caso la indemnización consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad para trabajar (arts. 478 y 491 L.F.T.).

II Incapacidad permanente parcial. Es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar. La indemnización consistirá en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total (arts. 479 y 492 L.F.T.). Si la incapacidad parcial consiste en la pérdida de las facultades o aptitudes del trabajador para desempeñar su profesión,... podrá aumentar la indemnización hasta el monto de la que correspondería por incapacidad permanente total

III Incapacidad permanente total. Es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida; y, La indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario (art. 480 L.F.T.)

IV Muerte. "Es la abolición definitiva irreversible o permanente de las funciones vitales del organismo".²⁴² Es la cesación de las funciones vitales. La indemnización comprenderá: I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo.²⁴³

Las personas que tienen derecho a la reparación del daño son: "a) la víctima o el ofendido; y b) en caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él a su fallecimiento, o sus derecho habientes" (art 30 bis c.p.f.). En el primer caso, tenemos que, es de suma lógica que la persona con derecho a la reparación del daño, sea el titular del bien jurídicamente protegido por la norma penal, sobre el cual recae la acción u

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² QUIROZ CUARON Alfonso. Medicina Forense. Editorial Porrúa, 8a. edición, México, 1996, página 487.

²⁴³ El artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo, señala que la cantidad correspondiente será el "equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal".

omisión de el autor, lesionándolo o poniéndolo en riesgo, para lo cual el juzgador se ha de auxiliar de los medios de prueba a su alcance para fijar la naturaleza y el monto de la reparación, ahora bien, tratándose del delito de homicidio, (delito en el que por naturaleza misma del bien tutelado por la norma, que es la vida), es fácil entender que las personas con derecho a la "reparación del daño", si es que se puede hablar con propiedad de ésta, lo sean su esposa o concubina, sus hijos o las personas que dependieran económicamente de la víctima al momento de su muerte (inciso b). Por último, cabe agregar, que las personas mencionadas en éste numeral, son aquéllas a las que de acuerdo con el artículo 34 de la ley penal mencionada, les corresponde ofrecer todos los datos y pruebas de que dispongan, por conducto del Ministerio Público, para acreditar la reparación del daño. Por último, corresponde al representante social, solicitar la reparación del daño y, en caso de que no la solicitare se le impondrá una multa por el equivalente a 50 días de salario mínimo general vigente en el distrito federal (art 33 c.p.f.).

El que ocasiona un daño, está obligado a repararlo, ese es un principio innegable, sin embargo, hay ocasiones en que jurídicamente esto no es posible y, entonces, aparece la figura de la responsabilidad subsidiaria, que sin entrar al fondo de su estudio, consiste en que una persona tiene la obligación de pagar por otra. Respecto a la obligación del pago de la reparación del daño, el c.p.f. dispone.

"Art. 32.- Están obligados a reparar el daño en términos del artículo 29:

- I. Los ascendientes por los delitos de sus descendientes, que se hallaren bajo su patria potestad,
 - II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad,
 - III. Los directores de los internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de dieciséis años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos,
 - IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de sus servicios,
 - V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.
- Se exceptúa de ésta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y
- VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos".

En relación a los casos de las tres primeras fracciones, Juárez Zamudio comenta " parece correcto afirmar que estas personas... son responsables con justa razón desde el punto de vista que sus pupilos,..., cometieron el delito estando bajo vigilancia de sus tutores, es decir, los obligados en estas tres fracciones faltaron a un deber de cuidado o realizaron una mala vigilancia sobre las personas que ejercen su custodia y por lo tanto, no son responsables del delito pero sí de la reparación del daño".²⁴⁴

Carrancá y Trujillo, en su Código penal anotado, al referirse al artículo en comento, dice que se refiere a la responsabilidad civil objetiva sin culpabilidad penal, fundada en el riesgo objetivo o riesgo creado. Y, en relación a las tres primeras fracciones "consagra la responsabilidad civil derivada de la patria potestad, la tutela y la relación de superioridad en razón de enseñanza, trabajo o industria".²⁴⁵

En la fracción IV, la culpa que genera la obligación al pago de la reparación del daño emana de una deficiente o errónea selección de su personal.²⁴⁶ Carrancá y Trujillo correctamente agrega, "el que paga el importe del daño tienen acción de repetir del principal responsable, según el artículo 1927 del código civil, lo que hubiera pagado".²⁴⁷

²⁴⁴ Op. cit., página 85.

²⁴⁵ Página 187, nota 124.

²⁴⁶ JUÁREZ ZAMUDIO. Op. cit., página 86.

²⁴⁷ Código penal anotado, página 187, nota 128.

La fracción V parece ser la más sencilla, toda vez que, en las sociedades se establecen las obligaciones específicas de cada cargo para cada persona, y de ahí, deslindar la responsabilidad de cada uno de los socios por la comisión de un hecho delictivo. En relación a la responsabilidad de las empresas, la ley penal dice: "la responsabilidad penal no pasa de las personas y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley. 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 en la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública." (art. 11).

"En la sociedad conyugal, los cónyuges no tiene bienes propios de cada uno, sino que todos pertenecen a la sociedad (art. 194 c.e.) por lo que no se ve como puedan reparar el daño con sus "bienes propios". No así bajo el régimen de separación de bienes absoluta (ver art. 212 y 213 c.e.). Para salvar la contradicción, por sociedad conyugal ha querido referirse, al establecer la excepción, al matrimonio; siendo jurídicamente iguales ambos cónyuges (ver art. 172 c.e.) no cabe que uno de ellos sea tenido por incapaz penalmente y que ello responsabilice al otro. De aquí la plenitud de la responsabilidad penal de cada uno, incluso en lo tocante a la reparación del daño que cause con su propio delito no debiendo trascender la pena al cónyuge inocente".²⁴⁸

El Código Penal Federal y para el Distrito Federal en las reformas de 1994, incluye la fracción VI, que trata de responsabilidad adquirida por el Estado por los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, que por su parte el Código Civil para el distrito Federal ya la contemplaba. La responsabilidad contenida en ésta fracción, en principio de cuentas debe ser exigida al funcionario o empleado que la haya ocasionado, sin embargo tiene la característica de poder ser mancomunada o subsidiaria. Es mancomunada porque si el obligado a la reparación del daño no tiene bienes suficientes para su pago, el Estado responde por la parte proporcional que no alcance a cubrir el principal obligado. Es subsidiaria en caso de que el responsable carezca de bienes propios para cubrir el importe de la reparación del daño, caso en el que el Estado tiene la obligación de pagar el total del importe del daño ocasionado, conservando su derecho para repetir en contra del principal responsable, como lo dispone el artículo 1927 del Código Civil mencionado que a la letra dice: "El Estado tiene obligación del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les sean encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos, y subsidiaria en los demás casos, en los que solo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos". En éste mismo orden de ideas, el artículo 1928 dispone "el que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado" (c.e.d.f.)

Como conclusión, podemos decir (en contra de lo que pudiera pensarse), que no se trata de una pena trascendental, violatoria del artículo 22 constitucional, en razón de que, la obligación de reparar que surge a cargo de las personas mencionadas en las distintas fracciones del artículo comentado, que se refiere a la responsabilidad por hechos de otros, no deviene precisamente de otros, como lo afirma Miguel Juárez Zamudio, toda vez que, "no deviene precisamente de otros, sino que en cada caso, los obligados responsables de la reparación del daño tiene su propia culpa ya sea por negligencia, poca atención a un deber de cuidado, etc.". ²⁴⁹

El Código Penal Federal, en su artículo 34, ordena que la reparación del daño sea hecha de oficio. "La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos o sus derecho habientes podrán aportar al Ministerio público o al juez, en su caso ofendido o sus derecho habientes podrán aportar al Ministerio o al juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales".

²⁴⁸ CARRANCA Y TRUJILLO y otros. Código penal anotado, página 189, nota 129.

²⁴⁹ Op. cit., página 85.

En toda sentencia condenatoria el juez deberá resolver sobre las reparaciones del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior. El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio código de procedimientos penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir en la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de la primera parte del párrafo anterior habla sobre el carácter de pena pública que tiene la reparación del daño, cuando su pago es exigido al delincuente, lo cual se confirma si tomamos en cuenta que su cobro es de orden público, es decir, debe exigirse de oficio por el Ministerio Público, dicho de otra manera, no es renunciable su cobro.

Ahora nos referiremos a la distribución del importe de la sanción pecuniaria, (artículo 35 del c.p.f).

“Art. 35.- El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación del daño.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculcado se substraiga a la acción de la justicia.

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve sus importe a disposición del tribunal, para que se haga su aplicación conforme a los párrafos anteriores”.

El pago de la reparación del daño tiene preferencia sobre el de la multa, además se dividirá entre los ofendidos en la medida del daño sufrido. Por otro lado, si bien es cierto que el pago de la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y su cobro es de orden público, la ley penal, para el caso en el que la víctima, el ofendido o la persona con derecho a la reparación del daño renunciare a su derecho a ser resarcido, dispone que, el importe de ésta deberá aplicarse en favor del Estado, que al igual que el producto de los bienes asegurados que no fueren reclamados dentro del periodo que marca la ley, se destinará al mejoramiento de la administración de justicia. Por último, en el caso de delitos en los que sea procedente la libertad bajo caución, el monto de ésta en ningún caso será inferior al equivalente de la reparación del daño, de conformidad con el artículo y, en caso de que la persona se sustraiga a la acción de la justicia su importe se aplicará como pago preventivo a la reparación del daño, pago que se mandará a hacer efectivo, tan pronto como se dicte sentencia ejecutoria que condene al pago de daños y perjuicios al delincuente. (Decimos aquí “al delincuente, porque como hemos visto, la obligación de reparar el daño, no siempre es para el delincuente -art. 32-).

Carrancá y Trujillo, al comentar el presente artículo, dice “El importe de la reparación del daño corresponde íntegramente al ofendido y solo se aplicará en favor del Estado cuando aquél expresamente lo renuncie”. En otro párrafo comenta: “La renuncia a la reparación del daño debe ser hecha por el ofendido o su legítimo representante y constar fehacientemente en autos mediante la correspondiente declaración o escrito ratificado judicialmente”²⁵⁰ y, cita la siguiente jurisprudencia:

“El simple sentido usual de las palabras indica que quien se da por pagado de la reparación de un daño causado en su patrimonio, cuyo monto no puede determinar, renuncia a recibir el pago a que pueda tener derecho, puesto que un pago supone forzosamente la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio que se

²⁵⁰ Código penal anotado, página 192, notas 133 y 135.

hubiere prometido, según el artículo 2062 del c.c.; o sea que todo pago supone una cantidad determinada que puede corresponder o no al monto de la causa que lo originó; cantidad fijada en todo caso por un acuerdo de voluntades, de manera que no puede tenerse por pagada la reparación del daño en un proceso si no existe un acuerdo sobre el monto de la cantidad debida por ese concepto sino simplemente la aseveración del representante del ofendido expresando que se da por pagado de la reparación del daño (T.S. 1a. Sala, julio 29 de 1941).²⁵¹

El autor citado anteriormente, considera que la causa que da origen a la persecución del pago de la reparación del daño por parte del Estado, al otorgarle el carácter de pena pública, obedece a el estado en que el delincuente con su delito, deja al ciudadano que "suda y se afana por cumplir con sus obligaciones para con el Estado al que paga impuestos y contribuciones con los que afirma su derecho a contar con la seguridad jurídica y el orden general."²⁵²

En relación al último párrafo, si el inculpado se sustrae a la acción de la justicia, sobreviene la suspensión del procedimientos (art. 477, frac. 1 c.p.p.d.f.) y sólo podrá continuarse la sustanciación del proceso en relación con el prófugo cuando se haya logrado su captura (art. 479 c.f.p.p.). Como la sanción pecuniaria sólo puede ser acordada en la sentencia condenatoria que cause estado, y ésta sólo puede ser dictada una vez que se haya reaprehendido al prófugo, es consecuencia lógica que hasta entonces podrá resolverse que los depósitos que garantizan la libertad bajo caución sean aplicadas al pago de la sanción pecuniaria: multa y reparación del daño. Ahora bien, es causa de revocación de la libertad bajo caución que el reo se sustraiga a la acción de la justicia; y revocada la libertad caucional uno de sus efectos es hacer efectivo el depósito o la hipoteca con que había quedado garantizada. Hecho esto se hace imposible aplicar el mismo depósito posteriormente, es decir, cuando haya sido capturado el reo y dictada, solo hasta entonces, la sentencia condenatoria.²⁵³

El pago de la reparación del daño, también es mancomunado y solidario, "Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño la deuda se considerará como mancomunada y solidaria" (art. 36 c.p.f.). En relación a la reparación del daño, para el caso de que uno o varios de los delincuentes se sustraigan a la acción de la justicia, con fundamento los artículos 1948 a 2010 y especialmente el 1929, todos del código civil para el distrito federal, al delincuente sentenciado, debe declararse responsable al pago del total de la reparación del daño, sin perjuicio del derecho que conserva éste último para repetir en contra de los demás responsables, en términos de la legislación civil.

La reparación puede cobrarse en la misma forma que la multa, en caso de que el delincuente se rehuse a hacer su pago, para lo cual usará de la facultad económica coactiva de cobro por parte del Estado y, por último, el juzgador puede permitir que el pago sea por medio de prestaciones periódicas, que en ningún, caso podrá exceder de un año, tomando en cuenta el monto del daño y la solvencia económica del sentenciado. (artículos 37 y 39 del c.p.f.).

²⁵¹ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 192, nota 135.

²⁵² Ibidem, nota 133.

²⁵³ CARRANCA Y TRUJILLO y otro. Código penal anotado, página 193, nota 136.

4.3 L.EY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5º CONSTITUCIONAL RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL.

Se comentó ya en algunos de los ordenamientos jurídicos a que hemos hecho referencia, que aquél profesional, técnico o auxiliar de la medicina que incurriere en la comisión de un hecho ilícito, como sanción se le imponía, entre otras, la inhabilitación parcial o definitiva para el ejercicio de su profesión. Es aquí donde corresponde la intervención de las autoridades en materia del ejercicio profesional.

Así como las disposiciones normativas estudiadas con antelación señalan ciertos lineamientos que los profesionistas deben seguir (en éste caso los médicos, técnicos o sus auxiliares, por ser el centro de trabajo), para no afectar con su actuación a la sociedad, de igual modo tenemos que la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito federal establece los requisitos mínimos y hasta sanciones para el profesional que incumpla con sus obligaciones.

La Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (en materia común y para toda la República en materia federal), publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, que entró en vigor un día después, tiene por objeto, reglamentar el ejercicio constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en asuntos de orden federal.

Las autoridades en ésta materia son por orden de jerarquía, las siguientes:

- 1.- El Ejecutivo federal.
- 2.- La Secretaría de Educación Pública.
- 3.- La Dirección General de Profesiones.
- 4.- Los Gobiernos de los Estados.
- 5.- Los Colegios de profesionistas.

Corresponde aplicación de la presente Ley, a la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, Dirección que está a cargo de la "vigilancia del ejercicio profesional y ser enlace entre el Estado y los profesionistas". (art. 21 Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal).

De conformidad con el artículo 1º de la Ley en comento, tenemos que título profesional es "el documento expedido por instituciones del Estado descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios, de conformidad con ésta Ley y otras disposiciones aplicables; y, el artículo segundo establecía que las leyes que regularan campos de acción de una rama o profesión especial, determinarían cual o cuales de ellas requerirían cédula para su ejercicio, disposición que fue complementada mediante decreto de fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y tres, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de enero de mil novecientos setenta y cuatro, que en su artículo Segundo Transitorio, dispone: "en tanto se expidan las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 2º reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio, son las siguientes:" mencionado entre ellas la de médico y la de enfermera. El primero un profesional, la segunda técnico o auxiliar, ambos de la medicina.

También tenemos que, todo profesionista, para el ejercicio profesional requiere de autorización de la Dirección General de Profesiones (cédula), la cual podrá obtener una vez que haya acreditado:

- 1.- Haber obtenido el título relativo, y
- 2.- Comprobar en forma idónea, haber realizado estudios especiales de perfeccionamiento técnico científico en la ciencia o rama de que se trate.

Es así que todo profesionista, para poder ejercer legalmente su profesión, debe obtener autorización de la Dirección General de Profesiones con anterioridad y en los términos que ello establece, pues, de lo contrario incurriría en el delito de usurpación de profesiones.

Volviendo con la Dirección, la cual es la encargada de vigilar el ejercicio profesional, en relación al tema que nos ocupa tenemos que a ésta corresponde llevar la hoja de servicios de cada profesionista cuyo título se registre y, anotar en el propio expediente todo lo relativo al desempeño profesional del profesionista incluyendo las sanciones que se le impongan con motivo o en el ejercicio de la profesión (art. 23 frac. II de la ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones).

En ésta hoja es en la que se anotan las sanciones o merecimientos que en su caso fuere acreedor; asimismo, en ella se anota "la cancelación de registro de título de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación" para ejercer, a que se refiere la fracción VII del artículo 23 de la ley citada con anterioridad. Esta fracción, igualmente impone la obligación a la Dirección General de Profesiones de "publicar profusamente dicha cancelación" (la de profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación del ejercicio profesional). Juárez Zamudio, en su libro Responsabilidad penal de los médicos, al respecto hace el siguiente comentario: "el legislador a nuestro parecer, pretende que la inhabilitación del profesional sea públicamente conocida por la sociedad; lo cual es benéfico para la misma, toda vez que está comunicada de la cancelación del registro de un título, que por la razón que sea, un profesional fue inhabilitado para ejercer su profesión". Agregando que si el legislador con éste precepto pretendió dar seguridad a la sociedad de no ser sorprendida por quien judicialmente se encuentra impedido para ejercer su profesión, ésta es relativa, toda vez que, "al menos nosotros nunca hemos visto ni oído de la publicación de una cancelación de registro, aunque claro no negamos la existencia de alguna".²⁵⁴

Igualmente, tiene la obligación de "proporcionar a los interesados informes en asuntos de la competencia de la Dirección" (art. 23 fracción XII Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal) . Pensemos en el caso de un médico acusado de usurpación de profesiones, entonces, la Dirección está obligada, previa solicitud por escrito de la autoridad correspondiente (Ministerio Público o Juez) de informar si el indiciado cuenta con registro de autorización para el ejercicio profesional de la medicina y, en caso de contar con cédula, la fecha de su registro y si se encuentra vigente o ha sido cancelada o suspendida.

Las tres fracciones del artículo 23 que hemos hecho referencia, de la Ley en comento, forman parte de un catálogo de catorce facultades y obligaciones de la Dirección General de Profesiones, aclarando que no hicimos mención de las demás por considerar que éstas son las únicas que tienen relación directa con la responsabilidad en el ejercicio de la profesión, de los profesionales, técnicos o auxiliares de la medicina, lo cual constituye el tema central del presente trabajo.

Continuando, en el capítulo IV de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, titulado "Del ejercicio profesional", encontramos un artículo que consideramos de suma importancia, pues establece la obligación para el profesional en general, de brindar sus servicios profesionales en caso de urgencia inaplazable en el sitio y hora en que sean requeridos, siempre que se encuentre dentro de una extensión de territorio señalada en la Ley.

"Art. 33.- El profesional está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio del 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".

El legislador, con el párrafo primero, eleva a disposición normativa un principio de ética fundamental en el ejercicio de cualquier profesión. Para el estudio del tema que nos ocupa, el profesional es el médico o sus auxiliares o técnicos (enfermeras, anestesiólogos, etc.) y el cliente es el paciente, la persona que solicita le sean brindados los

²⁵⁴ Op. cit., página 132.

servicios. Consideramos que los kilómetros de distancia que se señalan son a la redonda, por eso dijimos con anterioridad, es decir, dentro de un radio de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesional.

Juárez Zamudio, considera que éste precepto es a la vez frívolo y bueno. Dice. "Lo que también hace resaltar la frivolidad de la Ley en éste aspecto, ya que un médico a pesar de encontrarse fuera de éste límite, por conciencia y por ética profesional no piensa al prestar la atención (se refiere a no pensar en la distancia cuando sus servicios son requeridos), sin embargo, el precepto es bueno en el sentido de establecer un límite en el que es su obligación (brindar la atención solicitada) y que para el caso de una controversia pueda determinarse hasta qué grado era obligación del médico brindar la atención médica de urgencia, por lo tanto, consideramos que es una buena disposición porque establece un límite legal, que obviamente la ética de cada médico puede o no acatar".²⁵⁵

Al inicio de éste apartado, señalamos que los Colegios de Profesionistas eran autoridad. Lo anterior en razón de que, de un catálogo de diecinueve propósitos que señala el artículo 50 de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones para el Distrito Federal, a cargo de los Colegios, consideramos que los que se enuncian continuación, tienen relación con el tema que nos ocupa:

"Art. 50.- Los colegios de profesionistas tendrán los siguientes propósitos:

- a) Vigilancia del ejercicio profesional con objeto de que éste se realice dentro del más alto plano legal y moral;
- d) Denunciar a la Secretaría de Educación Pública o a las autoridades penales las violaciones a la presente Ley;
- f) Servir de arbitro entre los profesionales o entre éstos y sus clientes, cuando acuerden someterse los mismos a dicho arbitraje;"

Consideramos que el propósito a que se refiere el inciso a), se refiere a la vigilancia en el ejercicio de su profesión de los profesionistas afiliados a el Colegio de que se trate. Cuando algún Colegio en ejercicio de sus facultades y obligaciones o por cualquier otro modo tuviere conocimiento de algún hecho que pudiese constituir delito, tiene la obligación de hacerlo del conocimiento de la Secretaría de Educación Pública, para que de juzgar conveniente, ésta proceda a formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o directamente a ésta autoridad para la investigación de los hechos motivo de la denuncia, de acuerdo con el inciso d) transcrito. En relación al enunciado contenido en el inciso f), tenemos que los colegios están facultados para intervenir en la composición de problemas derivados del ejercicio profesional entre sus agremiados y los clientes de éstos, cuando ambos acordaren someterse a su arbitrio, en caso contrario, le queda tanto al profesional como al cliente, acudir a los tribunales para la solución de la controversia planteada.

El artículo 34 de la Ley que venimos refiriendo, establece que, en todo caso, para la solución de controversias con motivo de la prestación de los servicios profesionales, se procederá con intervención de peritos, mismos que, después de dictaminar acerca de si las maniobras o procedimientos aplicados por el profesional fueron los correctos o no, de acuerdo con el artículo 35 de la propia Ley, condenarán al cliente (en caso de la relación médica, el paciente) al pago de los honorarios, los gastos del juicio y los daños que en el prestigio profesional del médico hubieren causado. Si la resolución judicial o laudo arbitral fueren adversos al profesional (en éste caso el médico) no tendrá derecho a cobrar honorarios y tendrá la obligación de indemnizar al paciente por los daños y perjuicios que sufrió.

Por último, recordemos que anteriormente se señaló que la reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, contiene sanciones para los profesionistas que incumplieran con sus obligaciones. Así, tenemos que la presente ley contempla responsabilidad profesional de tres órdenes: administrativa, civil y, penal. La primera se da cuando las infracciones son leves y las sanciones son impuestas por la propia Dirección General de Profesiones o por los Colegios de Profesionistas. La civil que puede ser impuesta por particulares o por los tribunales judiciales de la materia y que consisten en pago de honorarios, reparación del daño, indemnización, etc. y, por último la penal que remite al código punitivo.

Del mismo modo que a toda acción corresponde una reacción, enunciaremos las faltas que se contemplan en la presente ley, seguidas de su sanción.

- Al que omita prestar en cualquier hora y lugar sus servicios profesionales, siempre que el domicilio del profesionista se encuentre dentro de 25 kilómetros de distancia del lugar en el que sean requeridos (art. 64), se sancionará con multa de \$50.00 la primera vez, duplicándose cada reincidencia.
- Al que ejerza sin registro previo (art. 65), se le impondrá como sanción, multa de \$500.00 la primera vez, aumentándose en lo sucesivo sin que rebase de \$1,000.00.
- Al que omita prestar el servicio social (art. 66), se le impondrá como sanción la cancelación de registro del colegio de profesionistas que lo haya cometido y multa hasta de \$50.00 a cada miembro de la junta que estuviere presente en la que se haya contravenido la obligación de prestar el servicio social para las personas enunciadas en el artículo 52 de la presente Ley.

“La Dirección General de Profesiones, a solicitud y previa audiencia de parte interesada, en sus respectivos casos cancelará las inscripciones de títulos profesionales, instituciones educativas, colegios de profesionistas o demás actos que deban registrarse por las causas siguientes:

III. Resolución de autoridad competente”.

En relación a la responsabilidad civil, el artículo 71 de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, expresa:

“Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieren dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño”.

Por lo que hace a delitos, contempla los siguientes:

- Al que se atribuya el carácter de profesionista sin serlo o ejerza actos propios de la profesión, contenido en el artículo 62, se le sancionará conforme al artículo 250 del código penal, es decir: 1-6 años de prisión y multa de 100-300 días.
- Al que ofrezca públicamente sus servicios como profesionista, contenido en el artículo 63, igual pena que la anterior.
- Cuando a consecuencia de no prestar el servicio de urgencia inaplazable, y a consecuencia resultare la comisión de un delito, a que se refiere el artículo 64 de la propia ley, con la pena que corresponda al delito consumado.

4.4. LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO

4.4.1. Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

A raíz del mayor número de denuncias por responsabilidad profesional médica, a partir de 1988, con la realización de los acuerdos y bases de colaboración celebrados por las Procuradurías de los Estados con motivo de hechos relacionados con el ejercicio de las profesiones en materia de salud, surgió la necesidad de crear una instancia que resolviera las controversias existentes entre los pacientes y los profesionales de la medicina. Uno de los primeros en manifestarlo fue el Licenciado Moctezuma Barragán,²⁵⁶ en su conferencia titulada "Retos y perspectivas de la responsabilidad profesional" en julio de 1994, en la que propuso la viabilidad de crear una instancia con autonomía operativa y financiera que resolviera éste tipo de controversias, lo cual disminuiría la carga de trabajo en las agencias del Ministerio Público, los tribunales civiles y los penales; con motivo de asuntos relacionados con la responsabilidad profesional derivada de la práctica médica y que permitiera fuera más expedita la impartición de justicia.

Un año más tarde, en junio de 1995, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la facultad de Arquitectura, firmó dos convenios de colaboración con la Secretaría de Salud para promover la descentralización de los servicios médicos hacia las entidades federativas.

Es así como, mediante Decreto de fecha 31 de mayo de 1996, publicado en el Diario oficial de la Federación el lunes 3 de junio del mismo año y que entró en vigor al día siguiente, fue creada la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos; la cual tendría por objeto contribuir a resolver los problemas suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

4.4.2. Integración y atribuciones.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, al igual que cualquier otra persona moral, cuenta con órganos de toma de decisiones y administración, los cuales son los siguientes:

De conformidad con los artículos 5º del Decreto de Creación y 4º del Reglamento Interno, para el cumplimiento de sus funciones y atribuciones, la CONAMED contará con :

- I. Un Consejo.
- II. Un Comisionado.
- III. Dos Subcomisionados.
- IV. Las unidades administrativas que determine su reglamento.

El Consejo es la autoridad máxima. Está integrado por diez consejeros y el titular de la Comisión, quien lo presidirá. Los diez consejeros serán designados por el titular del Ejecutivo Federal, debiendo recaer la designación en distinguidas personalidades de la sociedad civil de reconocida trayectoria profesional. Los presidentes en turno de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía, serán invitados a participar como consejeros. Su cargo será honorífico y durarán cuatro años sin posibilidad de ser reelectos, a excepción de los presidentes de las instituciones anteriormente mencionadas que durarán el tiempo de su encargo en aquéllas. Sesionará de manera ordinaria cuando menos cada tres meses y de manera extraordinaria a convocatoria del presidente o cuando menos tres consejeros, y, las decisiones se tomarán por mayoría de votos y en caso de empate, el comisionado decidirá.

El Comisionado Nacional es el titular de la CONAMED y se encargará de instruir la política de actuación de la Comisión, conforme a las atribuciones que para la misma establece su Decreto. Será nombrado por el titular del

²⁵⁶ Cit. pos. CARRILLO FABELA. Op. cit., página 139.

Ejecutivo Federal y su duración sigue las mismas reglas que la de los miembros del Consejo. Para auxiliarlo en la gestión, cuenta con dos subcomisiones, la "A", encargada de los asuntos de naturaleza sustantiva y la "B", con atribuciones de apoyo y seguimiento.

Dos subcomisionados. A la Subcomisión Nacional "A" están adscritas las cuatro áreas sustantivas: Dirección General de Orientación y Quejas, de Conciliación, de Arbitraje y la de Coordinación Regional, que tienen a su cargo respectivamente, la recepción de quejas y orientación, ayudar a la amigable composición cuando la naturaleza del caso lo permite, fungir como árbitro para la solución de las controversias de las partes, cuando éstas se someten expresamente y la que atiende las quejas provenientes de las entidades federativas en las que no existe delegación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

A la subcomisión Nacional "B", están adscritas las Direcciones Generales de: Compilación y Seguimiento, de Investigación y Métodos y de Administración, que tienen a su cargo, vigilar el cumplimiento de los acuerdos o convenios, opiniones o laudos; realizar investigaciones vinculadas con el quehacer de la Comisión; y, proponer las políticas para llevar a cabo la administración integral de los recursos humanos, materiales y financieros con que cuenta la Comisión, respectivamente, entre otras.

4.4.3. El carácter no vinculatorio de las resoluciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Si bien es cierto que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene por objeto contribuir a resolver las controversias que se susciten entre el usuario y el prestador de los servicios médicos, con motivo del ejercicio de la medicina, y, que las normas que regulan el funcionamiento de la Comisión le atribuyen facultades para emitir resoluciones que deben cumplir las partes en el conflicto, no lo es menos que, de la lectura de su Decreto de Creación así como de su Reglamento Interno, no se desprende que las resoluciones tomadas o dictadas por la CONAMED en el ejercicio y en el desempeño de sus funciones sean coercitivas, es decir, su cumplimiento pueda hacerse efectivo de manera obligatoria.

En éste sentido, el artículo 13 del decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, expresa:

"ARTICULO 13º.- La formulación de quejas, así como los procedimientos que se sigan ante la Comisión Nacional, no afectarán el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispongan los usuarios de los servicios médicos conforme a la ley."

Lo anterior significa que, aún cuando se haya acudido a la Comisión, si la naturaleza del caso lo permite, en todo caso queda la posibilidad a el particular de acudir a los órganos del Estado encargados de administrar justicia, cuando su demanda no fue resuelta de manera satisfactoria.

Sin embargo, tratándose de la responsabilidad penal en el ejercicio médico, es evidente la incompetencia de la CONAMED. En éste sentido, el Reglamento de procedimientos para la atención de quejas de la Conamed, establece:

Art 28.- "En las transacciones se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

VII.- Será nula toda transacción que verse:

- a) Sobre delito, dolo o culpa futuros, y
- b) Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.

De la cual se advierte claramente que la Comisión no está facultada para intervenir cuando la obligación de responder tiene origen en un delito.

En cuanto a la responsabilidad civil, el modo más frecuente de concluir una queja es el convenio de conciliación y la gestión inmediata*; los compromisos asumidos: reembolso, atención médica, explicación técnico médica y el menos frecuente pago por equidad y justicia y realizar algún trámite administrativo.**

* Informe estadístico comparativo, página 25.

** Informe..., página 26.

El carácter no vinculatorio ó inobligatoriedad de las resoluciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se puede advertir a partir de la lectura del párrafo tercero del Considerando del Decreto de Creación la Comisión, que señala la necesidad de una instancia que sin perjuicio del derecho del usuario de los servicios médicos de acudir a los tribunales estatales, contribuya la solución de conflictos derivados de la prestación de servicios médicos, que a la letra dice:

“Considerando:

Que en las actuales circunstancias resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos;”

Continuando con la misma idea, tenemos que, a pesar de que el subcomisionado “B”, auxiliar del Comisionado en términos del artículo 27 del reglamento Interno, tiene la obligación de dar seguimiento a los acuerdos laudos y opiniones que emita la Comisión (art. 31 fracción I, R.I.), por medio de la Dirección General de Compilación y Seguimiento (art. 36, fracciones VIII y IX del R.I.), carece de facultades para hacer cumplir sus determinaciones de manera coercitiva; por ello, el cumplimiento que se de a ellas depende de la buena fe de las partes. Lo anterior, sin perjuicio de acudir a los tribunales del Estado para solicitar el cumplimiento forzoso de los laudos o transacciones, cuando las partes hayan aceptado someterse al arbitrio de la Comisión, pues en éste caso, de conformidad con los artículos 29 y 97 del reglamento de procedimientos para la Atención de Quejas de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, expedido el 17 de marzo de 1999, podrá solicitarse su ejecución ante los tribunales estatales, que sí están investidos de atribuciones para hacer cumplir sus determinaciones, aún en contra de la voluntad de las partes

Tampoco es un tribunal, por carecer de las características propias de éstos. Si bien es cierto que colabora a la solución de conflictos, a diferencia de los órganos estatales encargados de impartir justicia, sólo interviene cuando las partes se someten voluntariamente a su jurisdicción. Sus resoluciones carecen de la coercibilidad con que cuentan las resoluciones de aquéllos. Por último, se asemejan en que tanto unos como los otros están facultados para la solución de los conflictos que les sean planteados, ya sea mediante la conciliación o por medio del arbitraje.

Continuando con el hecho de que las resoluciones de la Comisión carecen de poder coercitivo para su cumplimiento, diremos que la Conamed sólo tiene atribuciones para conciliar y arbitrar, si y solo si, las partes se someten voluntaria y expresamente a su jurisdicción. Pero aún así, ésta, no puede hacer efectivo el cumplimiento de sus resoluciones en contra de la voluntad de las partes, en cuyo caso se tiene que solicitar el cumplimiento forzoso del acuerdo, convenio o laudo, ante los tribunales civiles en la vía y forma correspondiente .

Así tenemos que la Conamed no es una autoridad sanitaria. Las atribuciones de la Comisión tienen como base la premisa de que actúa a petición de parte, cuando se trata de controversias con motivo de la prestación de los servicios médicos, a petición de parte, o de oficio, ante cuestiones de interés general. Pero, cuando se detecta la violación de normas sanitarias, tiene la obligación de poner en conocimiento de la Secretaría de Salud esos hechos, para que ésta a su vez resuelva conforme a sus atribuciones lo que a corresponda.

4.5. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Para hablar de la responsabilidad civil, es necesario en principio, analizar lo que la doctrina considera como responsabilidad, tanto desde el punto de vista del Derecho Civil, como desde el Derecho Penal. Rolando Tamayo Salmorán, refiriéndose estrictamente al aspecto jurídico, declara que debe considerarse responsable a un individuo cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.

"El deber o la obligación es la conducta que de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o de una obligación. La responsabilidad es en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito.) Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él".

Manuel Borja Soriano,²⁵⁹ al estudiar la responsabilidad llega a la conclusión de que las fuentes de las obligaciones son contractuales y extracontractuales, y, respecto a éstas últimas, observa que las fuentes de éstas últimas son cinco:

- 1.- Declaración unilateral de voluntad.
- 2.- Enriquecimiento ilegítimo. (Pago de lo indebido).
- 3.- Gestión de negocios.
- 4.- Hechos ilícitos. Delitos y cuasidelitos.
- 5.- Riesgo creado.

Además, refiriéndose a los hechos ilícitos, el autor dice:

- 1.- Que son aquéllos que son contrarios a las leyes y a las buenas costumbres.
- 2.- Que entre ellos, el que los realiza tiene la voluntad de producirlos y, en forma independiente y simultánea, nace a su cargo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause.
- 3.- Que los hechos ilícitos pueden o no ser considerados como delitos, que de éstos se encargan los códigos penales y que los códigos civiles tratan de los hechos ilícitos en general.²⁶⁰

Divide los hechos jurídicos en voluntarios e involuntarios. Considera dentro de los primeros a los lícitos y a los ilícitos, y dentro de éstos últimos a los delitos y a los cuasi delitos. Dice que todos ellos son producidos por la actividad del hombre, pero en los que las consecuencias de Derecho se producen independientemente de la intención de sus autores.

Como ejemplo de hecho lícito, se refiere a la gestión de negocios, en la cual el gestor tiene la obligación, aún sin quererlo, de seguir la gestión que ha empezado.

Al referirse a los hechos ilícitos y dentro de éstos a los delitos, nos recuerda que quien comete un delito intencional, tiene el propósito de causar un daño, pero no de resarcirlo, y sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo una obligación de indemnización. Pensamos que aún teniendo el activo intención de resarcir, la obligación surge por la ley y no por su voluntad.

Para ejemplificar los cuasi delitos, comenta que el que comete un delito imprudencial, reafirma un cuasi delito, hace que nazca en su contra una obligación de indemnizar el daño que cause, y este resultado es extraño a su voluntad.

²⁵⁹ TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. S.A., 1^a edición, México, 1989, páginas 345 a 390.

²⁶⁰ BORJA SORIANO. Op. cit., páginas 346 y 347.

Involuntarios.- Se refiere aquí a los hechos independientemente de la voluntad del hombre, que pueden ser acontecimientos naturales o accidentales.

Como ejemplo de los primeros, cita el caso del nacimiento de un niño, que genera en sus padres la obligación de darle alimentos. Para ejemplificar un hecho involuntario accidental, cita el caso de un accidente en el que la víctima sea un obrero, por el que se engendra una obligación a cargo del patrón, de indemnizar a aquél por el perjuicio que sufre.

Al referirse al tema de la responsabilidad, divide su origen el hecho del que proceda, que puede ser: un hecho personal, un hecho de otro ó un hecho de las cosas.

En relación al momento del nacimiento de la obligación del delincuente de reparar el daño, comenta que surge cuando una sentencia condena e impone la pena de reparar el daño.

Manuel Bejarano Sánchez, por su parte, inicia su exposición refiriéndose al contenido de los artículos 1910 y 2104 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en los cuales se afirma respectivamente que, quien con su acción u omisión cause daño a otro, será responsable de los daños y perjuicios, lo cual lo lleva a definir a la responsabilidad civil como "... la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado"²⁶¹. El contenido de la responsabilidad civil, concluye, es la indemnización, e indemnizar es dejar sin efecto el daño. La diferencia es que en materia penal, además de resarcir el daño, se impone el principio de ejemplaridad para todas las personas.

A continuación manifiesta que el monto y alcance de las indemnizaciones depende de la especie del daño que deba ser resarcido, según se trate de daños económicos, a la integridad física de las personas o daño moral, remitiéndose en cada caso a lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, que más adelante habremos de analizar.

4.5.1. Causas y excluyentes de responsabilidad.

Causas de responsabilidad civil.

Del estudio de las disposiciones relativas del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, podemos concluir que son las siguientes:

- a) Responsabilidad por hechos propios.
- b) Responsabilidad por hechos ajenos.
- c) Responsabilidad por obra de las cosas.

a) Responsabilidad por hechos propios.- La encontramos de los artículos 1910 al 1918 del Código Civil para el Distrito Federal, y, según Bejarano, consiste en "que cada quien responden de su propia conducta ilícita y que esta regla es impuesta, incluso, a los inimputables y a los incapaces, al infante, al privado de sus facultades mentales y en general, a quienes carecen del discernimiento necesario para querer, los cuales han sido considerados inimputables e irresponsables por el derecho penal, y sin embargo, quedan sujetos a la responsabilidad civil"²⁶².

b) Responsabilidad por hechos ajenos. Se trata de la obligación de reparar impuesta por el Estado a los particulares, cuando no ejerce adecuadamente su función de vigilancia y dirección. Puede dividirse en dos grupos.

1.- Daños causados por menores de edad y otros incapacitados. En éstos casos responden:

- Quienes ejercen la patria potestad (art. 1919).

²⁶¹ DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Harla, 3a. edición, México, 1984, páginas 262 a 303.

²⁶² JUAREZ ZAMUDIO, Op. cit., página 58; La responsabilidad es a cargo de quien comete el daño.

- Los directores de colegios y talleres (art. 1920).
- Los tutores (art. 1921).

La razón para que los tres grupos de personas señaladas respondan por los daños causados por los incapaces bajo su custodia, radica en la falta de cuidado y vigilancia. Aunque, se demuestre que no hubo culpa de los padres, directores o tutores; y

2.- Daños provocados por empleados o representantes, en éste caso responden:

- Los maestros artesanos (art. 1923)
- Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles (art. 1924).
- Los jefes de casa o los dueños de hoteles de hospedaje (art. 1925).

La causa de responsabilidad del patrón en éste caso, se basa en la deficiente selección de su personal. Cuando se trate del pago de daños y perjuicios causados por servidores públicos, el Estado tendrá la obligación solidaria si son actos ilícitos dolosos y subsidiaria si son culposos. Y, en todo caso el que paga los daños y perjuicios causados por sus representantes, dependientes o empleados, conserva el derecho de repetir de ellos lo que hubiere pagado (arts. 1927 y 1928).

c) Responsabilidad por obra de las cosas.- Esta se encuentra regulada de los artículos 1929 a 1933 del Código Civil para el Distrito Federal. Manuel Bejarano considera que "si el daño fue causado por cosas de nuestra propiedad, será a cargo nuestra la reparación".²⁶³

Casos:

- Daños causados por animales.
- Daños causados por edificios.
- Daños causados por objetos caídos de una casa.
- Daños provocados por otras causas.

El origen de la responsabilidad en éstos casos radica en que cada persona debe ser responsables por los daños causados por cosas de su propiedad cuando por falta de cuidado en su vigilancia, conservación o empleo, causan daño.

Excluyentes de responsabilidad civil.

La corriente más generalizada, dentro de los autores civilistas en nuestro país, señalan como excluyentes de responsabilidad civil, a las siguientes:

- 1a. Culpa o negligencia inexcusable de la víctima.
- 2a. El hecho de tercero.
- 3a. Caso fortuito o fuerza mayor.

Culpa o negligencia inexcusable de la víctima.- Se encuentra contemplada en el artículo 1910 del Código Civil, que establece: "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*".

En principio de cuentas, el agente solo será responsable cuando sea autor del hecho determinante que ocasionó el daño, de manera que sin su acción u omisión no se hubiere producido. Cuando el hecho de la víctima fue el único causante del daño, no cabe duda, debe ser absuelto el demandado; si la culpa de la víctima solo agravó la cuantía del daño, el demandado deberá indemnizar en proporción de la cuantía del daño causado; por el contrario si existe una participación de ambos (víctima y agente), habrá que determinar mediante dictamen pericial y la valoración del juez, cual fue el hecho determinante del daño y, por equidad, cada uno debe responder en proporción por el daño ocasionado.²⁶⁴

²⁶³ BEJARANO SANCHEZ. Op. cit., página 275.

²⁶⁴ ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho civil mexicano, tomo V Obligaciones, volumen II. Editorial Porrúa S.A. 5a. edición México, 1985.

El hecho de tercero.- Consideramos que éste se da cuando una persona que aún cuando la ley establece que se debe responder, por sus actos u omisiones, derivado de la obligación de custodia y vigilancia o de dirección, le era absolutamente imposible evitar la producción del daño causado y por ello mismo la ley los considerará irresponsables por no estar en posibilidad de evitar aquél resultado.²⁶⁵

Caso fortuito o fuerza mayor.- Es un fenómeno de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad pública, temporal o definitiva, general -salvo caso excepcional-, insuperable, imprevisible o que previéndose no se puede evitar, y, que origina que una persona realice una conducta que produce a otra persona un detrimento patrimonial, contrario a un deber jurídico stricto sensu o a una obligación lato sensu. Sus elementos son:

- Es un fenómeno de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad.
- Un obstáculo general, salvo caso excepcional.
- Insuperable.
- Imprevisible o previsible pero inevitable, y
- Produce una conducta dañosa contraria a un deber jurídico stricto sensu o a una obligación lato sensu.²⁶⁶

Manuel Bejarano en su libro Derecho de las obligaciones (páginas 293 a 297), señala como excluyente de responsabilidad civil a la "Cláusula de no responsabilidad".²⁶⁷ Dice que los sujetos, apoyados en su libertad de contratar, pueden convenir que en caso de producirse daños para alguna de las partes no deberán ser indemnizados (cláusula de no responsabilidad). Agreguo que, aún cuando no existe fundamento legal de tal estipulación, las partes, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad pueden celebrar los actos y acuerdos que juzguen convenientes, pudiendo estipular que en caso de producirse daños no deberán ser indemnizados. Sin embargo, aún cuando el artículo 6° del c.c. autoriza a los particulares a renunciar "los derechos privados que no afecten directamente al interés público,...", establece como límite "...cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero"; el numeral 1830 del mismo código señala "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"; y, por último, el 2106 establece "la responsabilidad procedente de dolo, es exigible en todas las obligaciones". De lo anterior, podemos concluir que, la cláusula de no responsabilidad no excluye de responsabilidad civil cuando:

- 1°.- Viola las normas de orden público.
- 2°.- Va en contra de las buenas costumbres.
- 3°.- Ataca derechos de terceros.
- 4°.- El daño es provocado intencionalmente.

Concluye comentando que la cláusula de exoneración de responsabilidad, así como la que limita esa responsabilidad (cláusula penal), deben ser producto de un acuerdo de voluntades, es decir, que ambas partes deben convenir fehacientemente en ellas.

En el desarrollo de su obra, incluye el estudio de la llamada cláusula penal, que consiste en que en un contrato se establece una o las cláusulas necesarias en donde se conviene que en caso de que una de las partes

páginas 153 y 154; Bejarano, op. cit., páginas 298 y 299; Gutiérrez y González lo llama caso del artículo 1910 último párrafo, dice "en esta disposición se establece en su primera parte el principio general de indemnizar en materia de hecho ilícito, pero establece al final una excepción para aquel caso en donde el daño se debe a culpa o negligencia inexcusable de la víctima, de tal forma que quien materialmente produce el daño, queda relevado de la responsabilidad de indemnizar" (Derecho de las obligaciones. Editorial Porrúa, S.A., 12a edición, 3a reimpresión, México, 1999, página 624).

²⁶⁵ "A menudo se confunde con el caso fortuito". RODINA VILLEGAS. Op. cit., página 153.

²⁶⁶ Op. cit., páginas 606 a 608, Es "un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que no puede resistir, que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida o le impone un retardo en el cumplimiento, y que causa daños al acreedor. Puede ser un hecho natural (huracanes, temblores) o un hecho del hombre (guerras, huelgas) y el llamado hecho del príncipe (orden de autoridad pública que imposibilita el cumplimiento de la obligación). BEJARANO, Op. cit., páginas 299 y 300.

²⁶⁷ Es conveniente aclarar desde un principio, que esta excluyente de responsabilidad civil, no es operante en el campo de la responsabilidad profesional médica, toda vez que los bienes jurídicos tutelados son la vida y la salud, de los cuales no se puede disponer libremente sin contravenir normas de orden público, y, si tenemos presente que la cláusula de no responsabilidad debe no violar normas de orden público, la disposición, no será válida, por ejemplo, el acta que se hace firmar a los internos en instituciones de salubridad para liberar de responsabilidad al médico tratante, en caso de un resultado negativo para el paciente, no surtirán sus efectos si ese resultado se debió a una conducta culposa del profesional.

incumpla con sus obligaciones, deberá pagar a la otra por el no incumplimiento, de la manera en que hayan estipulado. Considera que al incluirse ésta pena, ya no procede la reclamación de daños y perjuicios, toda vez que el perjudicado por el daño queda resarcido al aplicarse aquélla.

Como ventajas de ésta cláusula especial, señala la de no ser necesario para la víctima demostrar el daño ni su cuantía, sino que debe únicamente probar que existió el incumplimiento y que se convino una pena para dicho caso.

Casos de nulidad:

- 1.- Cuando el contenido de la cláusula vaya en contra del contenido de alguna ley de interés público.
- 2.- Sea contraria a las buenas costumbres.
- 3.- Tenga un objeto, motivo o fin ilícito.
- 4.- Se haya dado con vicios del consentimiento, sin la debida capacidad o forma legal.
- 5.- Vulnere derechos de terceros.

Casos de inexistencia:

- 1.- No hubiere sido convenida o acordada por ambas partes.
- 2.- Tenga un objeto imposible.

Termina el tema refiriéndose a dos situaciones especiales:

1.- Cuando la pena es excesiva.- Cuando sobrepasa la obligación o cuantía de la obligación incumplida, la cláusula es parcialmente nula, precisamente en el monto que sobrepase a la obligación principal, ya que lo que se pretende -afirma- es resarcir el valor total de la obligación incumplida, pero no más.

2.- En caso de que la pena ampare el incumplimiento total de la obligación asumida, la víctima podrá exigir el cumplimiento de la cláusula, no así el de la obligación, a menos que se tratase de una indemnización por mora, en cuyo caso sí puede reclamar ambas.

4.5.2 El daño moral.

Para el análisis de éste tema regresamos a la obra de Manuel Borja Soriano, con el propósito de conocer en principio lo que el considera como daño y perjuicio; al respecto el autor se remite a lo expresado por Rosset: "...En cuanto al daño, comprenderá la pérdida y la falta de ganancia ocasionada por el acto ilícito, el *damnum emergens* y el *luerum cessans*..."²⁶⁸ Específicamente refiriéndose al daño moral, declara hacer suyos los fundamentos de la doctrina de H. y L. Mazeaud, quienes definen el daño moral diferenciándolo del material y afirman que "el perjuicio material es el perjuicio patrimonial, el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, no económico". Para Ernesto Gutiérrez y González, el daño moral "es el dolor cierto y actual sufrido por una persona, física o social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considera para responsabilizar a su autor".²⁶⁹ "Consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito, o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta o en la esfera jurídica de otro, que no esté autorizada por la norma jurídica".²⁷⁰

Para H. y L. Mazeaud, existe dos categorías de daño moral, que dicen, se oponen de manera muy clara:

- a. Los que afectan a la llamada parte social del patrimonio moral, hieren a un individuo en su honor, en su reputación o en su consideración.
- b. Los que hieren la parte afectiva de las personas, lastimando sus sentimientos.

²⁶⁸ BORJA SORIANO. Op. cit., página 359.

²⁶⁹ Op. cit., página 807.

²⁷⁰ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 137.

Consideran que los primeros se encuentran ligados a un daño pecuniario, por lo que casi no hay dificultad para admitir una reparación; en los otros en cambio, son muy numerosas las personas que, cuando les lesionan sus sentimientos y afectos, refusan toda indemnización. Otros daños al no ser pecuniarios pertenecen a la categoría de los perjuicios morales y en relación con ellos se plantea la cuestión de saber si deben ser reparados; es difícil, asegurar, definirlos o enumerarlos, sólo pueden citarse algunos ejemplos: los ataques a las convicciones y a las creencias, los daños ocasionados a las personas sin disminuir su capacidad de trabajo, sufrimientos, cicatrices, y heridas que afectan la estética. Para otros autores, nos informa Borja y cita a Meyni y a Esmein, la reparación del daño moral es imposible, salvo en los casos en que el perjuicio tenga una repercusión material.

Sin embargo, finalmente se pronuncia partidario de la idea de que el daño moral es perfectamente reparable, ya que en su opinión, sólo es cuestión de encontrar la cantidad adecuada a la pena sufrida por la víctima; aunque en ocasiones pareciera dudar, termina llegando a la anterior afirmación. En efecto, sustenta Manuel Borja: "El hombre está frecuentemente sujeto a contentarse con un equivalente. El equivalente más apropiado, en general, es el dinero, porque con él, la víctima tiene un campo de acción casi ilimitado. Ciertamente el dinero no puede todo, pero en la actualidad, es el modo más eficaz de reparación en el verdadero sentido de la palabra. Reparar un daño... es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido... Pero cierto; se vacila, por ejemplo en declarar que el dinero pueda procurar satisfacciones equivalentes al de un marido engañado... Se trata solamente de encontrar un equivalente; de colocar en el patrimonio moral un elemento activo igual al que ha sido destruido; esto, el dinero lo puede siempre"*.

Sobre el mismo tema del daño moral, consultamos nuevamente la obra de Manuel Bejarano Sánchez, quien define lo que debe entenderse por daños y perjuicios, conceptos que considera distintos; al definir el daño se refiere a "la pérdida o menoscabo de bienes que ya están en poder de la víctima..." En cambio, al referirse a los perjuicios los considera "...la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por el acto dañoso"***.

Continúa su exposición aseverando que nadie discute la existencia del daño económico y el daño resentido en la integridad física de las personas, ni la posibilidad real de resarcimiento; pero tratándose del daño moral, comienza por reconocer que la posibilidad de su reparación es rechazada por algunos juristas.

Con el objetivo de facilitar la comprensión de su punto de vista, opta por definir el daño moral como "...la lesión que una persona sufre en sus sentimientos afecciones, creencias, honor o reputación, o bien, en la propia consideración de sí mismo como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado"***.

Tesis sobre la indemnización del daño moral.

- 1a. La que niega la posibilidad de repararlo.
- 2a. La que afirma que solo se puede reparar si hay daño económico, concomitante al moral.
- 3a. La que sostiene la reparación del daño moral y ello en forma autónoma al daño pecuniario que puede o no haberlo.

La primera, afirma que no es posible reparar el daño moral, pues se repara lo que se ve y el daño moral no es apreciable por medio de los sentidos, y que, aún suponiendo que la autoridad judicial condenara a su pago, el dinero no haría desaparecer el daño moral sufrido. El dinero no puede repararlo porque el daño no es pecuniario.

En cuanto a la segunda, existen dos variantes, una dice, de acuerdo con ésta teoría no es posible reparar un daño moral sino en aquéllos casos en que como consecuencia del daño se produce un contragolpe pecuniario. La otra variante establece que sí puede repararse el daño moral proveniente de ilícito penal, pero no el que tenga su origen en un uno de orden civil. La distinción se basa en la culpa.

* BORJA SORIANO Op. cit., página 372.

** BEJARANO SANCHEZ Manuel. Op. cit., página 246.

*** Ibidem.

Este criterio, al igual que el de la primera hipótesis es erróneo, pues si la dificultad estriba en valuar el daño, habría que prohibir en todos los casos la reparación del daño moral, porque precisamente la característica básica de ese daño, es no ser de orden pecuniario.

Por último, la tercera teoría admite la posibilidad de reparar el daño moral, ya sea, reponiendo las cosas a su estado originario, o bien, entregando a la víctima, una suma de dinero. Por ejemplo, el pago de una importante suma de dinero a la víctima de lesiones, puede permitirle pagar los honorarios de un cirujano plástico que le reconstruya la faz.

A decir de Miguel Juárez Zamudio, "nuestra legislación pertenecía al segundo grupo hasta el 31 de diciembre de 1982, pues merced al contenido de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil, el juez debía tener en cuenta el daño económico para definir el monto de la indemnización por el daño moral, que no podía sobrepasar la tercera parte del valor del daño económico".²⁷¹

Por lo tanto, lo primero que debe quedar claro relacionado con el daño moral, es que es distinto al daño material; éste ocasiona un perjuicio de índole patrimonial, aquél en cambio es extrapatrimonial, ocasiona un daño no económico, por ello es que se dividen tanto las opiniones al grado de llegar a ser contradictorias.

4.5.4 La legislación vigente.

Responsabilidad viene de responder, y éste verbo del vocablo latino "responder" y su supino responsum. En español pasó ésta idea latina con un contenido de "obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona".²⁷² Para realizar un análisis de la responsabilidad civil a la luz de la legislación vigente, iniciaremos por citar a algunos autores acerca del tema en cuestión. Así tenemos que, para Ernesto Gutiérrez y González "es una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible, en la restitución del detrimento patrimonial (daño y/o perjuicio) generado por una acción u omisión de quien lo cometió por sí mismo, o esa acción u omisión permitió que se causara el detrimento, por personas a su cargo o cosas que posee, y que originó con ello la violación culpable de un deber jurídico stricto sensu, o de una obligación lato sensu previa, en cualquiera de sus dos especies".²⁷³ "Hay responsabilidad civil cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o por dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño".²⁷⁴ "Es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo."²⁷⁵

La responsabilidad civil a la que ahora nos referimos es la subjetiva, que a diferencia de la objetiva, en ésta existe el elemento culpa. Cuando falte la culpa, se tratará de responsabilidad civil objetiva.

La responsabilidad civil subjetiva, tiene su fundamento legal en el artículo 1910 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de mayo de 1928, que a la letra dice:

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".

Los antecedentes de ésta disposición, los encontramos en dos legislaciones extranjeras; la primera parte en el Código de obligaciones de Suiza y la segunda en el Código Civil de Rusia, que establecen lo siguiente:

²⁷¹ Op. cit., páginas 64 y 65.

²⁷² Diccionario de la lengua Española, página 1140.

²⁷³ Op. cit., página 562.

²⁷⁴ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 119.

²⁷⁵ BEJARANO SANCHEZ. Op. cit., página 262.

“Art. 41 del código suizo.- “el que causa de una manera lícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las costumbres, está igualmente obligado a repararlo”.

En éste artículo, no se señala la posibilidad de exoneración del causante del daño por culpa o negligencia de la víctima.

“Art. 403 del código civil ruso.- “el que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de ésta obligación si prueba que no podía prevenir éste daño o que no tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma”.

Como se puede apreciar de la de la lectura de éste artículo, a diferencia del código suizo, sí contempla la exoneración de la responsabilidad por “premeditación o negligencia burda de la víctima misma”.

Elementos de la responsabilidad civil.

Después de haber consultado diversos autores especialistas en la materia, tenemos que los elementos de la responsabilidad civil son los siguientes:

1º.- Una acción u omisión.

2º.- Un daño.

3º.- Una relación de causa efecto, entre la acción u omisión y el daño producido.

1º. Una acción o una omisión.

El artículo 1910 del Código Civil, al respecto establece, “El que *obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres* cause daño a otro está obligado a repararlo”. En éste caso, el término obrar, lo debemos entender como conducta, es decir, tanto en sentido positivo (hacer), como en sentido negativo (no hacer o dejar de hacer). La idea de que se refiere tanto a un hecho positivo como a uno negativo, la confirma el texto del artículo 1916 párrafo segundo, el cual establece expresamente la posibilidad de realizar un daño mediante una acción o una omisión, y que, en lo conducente dice: “Cuando un hecho o una omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo...”. De lo anterior, podemos concluir, que el obrar a que se refiere el artículo 1910 consiste en un hacer o en un no hacer o dejar de hacer.

El Licenciado Miguel Juárez Zamudio, en su libro Responsabilidad penal de los médicos, dice “Nosotros consideramos que no es exactamente el no hacer el que origine la responsabilidad”. Más abajo agrega, “Nuestra opinión es que la responsabilidad, en su caso de omisión o de abstención, surge cuando se viola la obligación de hacer algo, cuando alguien legalmente obligado a una conducta positiva no la realiza, más no por la simple conducta omisa”.²⁷⁶ En el mismo sentido se pronuncia nuestro Código Civil, que en su artículo 2108 establece: “Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”. Finalmente, para reafirmar que el legislador mexicano sí previó la responsabilidad civil por conductas omisivas, transcribimos el artículo 2028: “El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención”, es decir, en caso de realizar una acción que contravenga el mandato de abstención .

Aclarado el sentido en que habremos de entender las palabras obrar o conducta, diremos que, de acuerdo con el numeral referido con anterioridad, ésta (la conducta, ya sea acción u omisión), para que pueda dar lugar a responsabilidad, debe de ser “ilícita o contra las buenas costumbres” (art. 1830 c.c.).

En relación al artículo 1830, el Licenciado Juventino V. Castro, en su libro Garantías y Amparo comenta que la legislación civil no muestra cuales son las leyes de orden público, ni mucho menos cual es la costumbre buena y cual la mala. Y, agrega, “son buenas costumbres aquellas que en un momento dado, en un lugar concreto,

²⁷⁶ Op. cit., página 70.

consideramos son las permitidas por no dañar o molestar los intereses o sentimientos del grupo social, según su promedio social que es impreciso y vago.”²⁷⁷.

Por su parte, Burgoa en su libro *Las Garantías individuales*, para explicar lo que debe entenderse por leyes de orden público recurre a diferenciarlas de las normas de orden privado y afirma: “cuando una disposición legal única y exclusivamente de modo directo, establece una regulación para los intereses privados en vista de una situación jurídica o fáctica determinada, se tratará de una norma de orden privado. Por el contrario, 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 a la sociedad, se estará en presencia de una norma de orden público”. En cuanto a las buenas costumbres, afirma: “...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 en un tiempo y espacios determinados”.²⁷⁸

2º El daño.

De acuerdo con el contenido del artículo 1910 que estamos analizando, no basta una conducta sea antijurídica o contra las buenas costumbres, se requiere además que se produzca un daño “... Mientras una acción contraría a Derecho y errónea” -declara Manuel Bejarano- “no produzca una pérdida para otra persona, las obligaciones no surgirán. Es el daño el que establece un vínculo de Derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin él no hay víctima de ilícito civil. El daño crea al acreedor”.²⁷⁹

Para el Derecho Civil nace una obligación solo como consecuencia de un hecho ilícito cuando ese hecho causa un daño, pues el objeto que se persigue al estatuir el deber jurídico, se concreta simplemente a la reparación de ese daño, de tal manera que si existiere un hecho, aún cuando fuere ilícito, pero no llegare a causar un menoscabo patrimonial o a privar de una ganancia lícita, nada habrá que reparar desde el punto de vista del Derecho Civil, en cambio, el Derecho Penal sí podrá sancionar ese acto”.²⁸⁰ “La existencia del daño es una condición sine quanon de la responsabilidad civil...”²⁸¹

De acuerdo a su naturaleza, el daño se divide en económico o pecuniario, moral y en contra de la integridad física de las personas.

Daño patrimonial.

Es aquél que implica todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. En éste caso, el Código Civil dispone que la reparación del daño sea total y consistirá a elección del ofendido en la restitución de la situación al estado que guardaba antes de suceder el hecho dañoso, de ser posible, o en el pago de daños y perjuicios (art. 1915).

Daño moral.

“Es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, honor, honra, sentimientos y afecciones”.²⁸² Al respecto, el Código Civil establece “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen, los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas” (art. 1916).

277 Cit. pos., JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit. página 72.

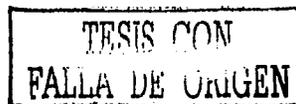
278 Cit. pos., JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit., páginas 72 y 73.

279 Cit. pos. JUAREZ ZAMUDIO. Op. cit., página 73.

280 ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 117.

281 ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 129.

282 ROJINA VILLEGAS. Op. cit., páginas 130 y 131.



“El término reparar no debe ser interpretado en sentido restrictivo ni aún en los casos de reparación del daño patrimonial, pues cuando se destruye una cosa que por su naturaleza sea irremplazable, tampoco se podría restablecer la situación anterior al hecho.”²⁸³

Daño en la Integridad Física de las Personas.

Este tema constituye un o de las partes más importantes del presente trabajo. La historia de la valoración del daño corporal comienza en el año 2050 a.C., con la Ley Ur Nemu o Tablas de Nippur (sumerios), considerada como el baremo más antiguo del mundo de incapacidades; siendo la reparación proporcional al valor perdido. Si bien, el tratado completo corresponde al Código de Hammurabi, artículos 196 a 201 año 2392 a.C., basado en la ley del Talión donde se trata la reparación del daño físico, haciendo distinción entre el hombre libre o liberto, donde se aplica la Ley del Talión al villano, donde la indemnización es realizada por cantidad fija o tanto alzado y el esclavo, donde se compensa en función del valor del esclavo. En el pueblo Hitita existen las Tablas de Boghazkeny, semejantes a las de Nippur*.

El daño en la integridad física de las personas, por principio de cuentas puede ser de dos tipos: muerte o bien incapacidad. A su vez, ésta puede ser total o parcial, es decir, la incapacidad puede ser total o parcial. Por último, tanto la incapacidad total como la parcial puede ser permanente o temporal, lo cual ilustramos mediante el siguiente cuadro sinóptico:

	Muerte		
Daño en la Integridad Física. (D.I.F.)	Total	Permanente	
		Temporal	
	Incapacidad	Parcial	Permanente
			Temporal

El artículo 1915 hace referencia al daño físico al disponer en su párrafo segundo “cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo”.

Cómo el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal remite a la legislación laboral, en lo relativo nos remitiremos a ella para recordar lo que debemos entender por Incapacidad. Se le ha definido como la alteración de la normalidad anatómica del trabajador y la limitación en su posibilidad funcional para el trabajo. Es el resultado anatómico funcional desfavorable al trabajador. El Licenciado Mario de la Cueva, la ha definido como “la disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo, como consecuencia de una alteración anatómica o funcional del cuerpo humano”.²⁸⁴

A continuación, definiremos lo que se entiende por muerte, incapacidad y sus especies.

Muerte, es la cesación de las funciones vitales.

Incapacidad temporal, “es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo”. (art. 478 L.F.T.).

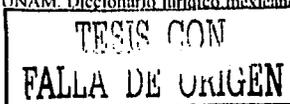
Incapacidad permanente parcial “es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar” (art. 479 L.F.T.).

Incapacidad permanente total “es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que le imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida” (art. 480 L.F.T.).

²⁸³ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 136.

* Confr. GRACIA GONZALEZ Susana y otro. Op. cit., páginas 46 a 48.

²⁸⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM. Diccionario jurídico mexicano, volumen de la I-O. Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1993, página 1661.



Para el cálculo de la indemnización correspondiente, "se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo" (art 1915 c.c.d.f.)²⁸⁵

3º La relación de causa efecto entre la acción u omisión y el daño.

"Para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un cierto sujeto, es necesario que no solo sea culpable del daño, sino, además, causante del mismo".²⁸⁶ Aclarado lo anterior, dirémos que, por principio, debe quedar establecido que entre la conducta antijurídica y el daño surgido, debe existir una relación de causa efecto. Al respecto, el artículo 2110 exige:

1º Que los daños y perjuicios sean consecuencia inmediata y directa.

2º Que todo daño debe ser cierto, es decir, que se haya causado o que necesariamente deberá de producirse.

"La relación de causalidad ha de apreciarse en forma objetiva por el juez, es decir, debe ser necesaria. Desde el Código Penal de 1871 se requería que los daños se hubiesen ya causado o que necesariamente se tuvieran que causar por el hecho ilícito".²⁸⁷

En relación a la forma de determinar el hecho causante del daño, Rojina Villegas expresa, "ningún hecho por sí mismo y de manera aislada es capaz de producir total y exclusivamente un efecto, sino que, habrán de concurrir con él un montón de causas secundarias, de tal suerte que habrá de distinguir entre la causa eficiente y las causas concurrentes".²⁸⁸ Así tenemos que habrá pluralidad de causas cuando distintos hechos en conjunción, producen un mismo resultado. La realización de cada hecho u omisión es necesaria e indispensable para la producción de un mismo resultado, de tal forma que si la conducta de un partcipe no es determinante para la producción del resultado dañoso, tal es irrelevante para efectos de la responsabilidad que origine. Por ejemplo, cuando una o varias personas al mantener a otra privada de su libertad le causan lesiones o la muerte. En éste caso todos los hechos tiene una participación igualmente importante.

En cambio, si varios empujan a un tercero para que sea atropellado por un automóvil, pueden darle un impulso igual o diferente y, por lo tanto, en éste último caso habría que determinar cual fue la causa eficiente del daño (quien le dio el impulso mayor, que por sí mismo o por la unión de los impulsos menores hubiere producido el resultado que se analiza). Entre los hechos concurrentes que originen un daño, cabe suponer también el hecho de la víctima, lo que a su vez originará el problema relativo a determinar si el mismo fue por sí solo bastante para producir el daño, o si únicamente se produjo por la combinación con determinados acontecimientos provenientes de hechos naturales o acciones de terceros.

La ausencia de causalidad se da cuando se presentan las excluyentes de responsabilidad civil.

Trascendencia de la responsabilidad penal a la civil.

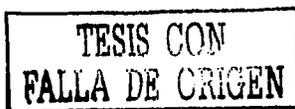
La calificación de responsabilidad hecha por el juez penal se impone para demostrar la culpabilidad en materia civil, aún cuando exista excluyente de responsabilidad penal. "Para los efectos civiles ya hemos explicado que no se requiere la imputabilidad, de tal manera que aún el menor que cause daño debe repararlo", de conformidad con lo que impone el artículo 1911 del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁸⁵ Hasta antes de la reforma de 23 de noviembre de 1975, al citado artículo decía: "Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total, parcial o temporal, el monto de la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba". "Dichas cuotas imponían como indemnización por la muerte de la víctima, el importe de 730 días de salario y un porcentaje inferior de dicha suma, por la pérdida de miembros, órganos, funciones y capacidades, que en todo caso totalizaba cantidades de dinero notoriamente insuficientes para producir una auténtica indemnización". Además, "la base de la cuantificación... no era el salario de la víctima porque la Ley fijaba un tope máximo que originalmente fué de veinticinco pesos. En tal virtud, la muerte por hecho ilícito..." era indemnizada con el equivalente a 730 días el salario mínimo. BEJARANO. Op. cit., páginas 267.

²⁸⁶ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 148.

²⁸⁷ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., páginas 148 y 149.

²⁸⁸ ROJINA VILLEGAS. Op. cit., página 149.



La Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la responsabilidad civil puede existir aún cuando se absuelva de toda responsabilidad penal al acusado, lo que permite distinguir dos casos:

a) cuando la sentencia absolutoria declara que no hubo delito, y
b) cuando absuelve al acusado debido a una excluyente de responsabilidad penal, teniendo el hecho objeto de la averiguación, las características de un delito.

Dice así la tesis jurisprudencial número 926 página 1707 del Apéndice al tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación:

“Responsabilidad Civil.- No es necesario que exista una condenación de orden criminal para que se pueda condenar al pago de la responsabilidad civil”

T. XVIII, pág. 396; T. XXV, pág. 427; T. XXVIII, pág. 2025; T. XXXI, pág. 1541 y 2042.

Continuando con la trascendencia de las resoluciones penales a la materia civil, tenemos que, si la sentencia penal es condenatoria, el juez civil será incompetente para conocer de una demanda que se funde en los mismos hechos, pues se trata de un delito y la reparación del daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público de la adscripción ante el juez de la Causa, solamente puede conocer de la demanda de la persona que se considere con derecho a la reparación del daño en virtud del no ejercicio de la acción penal, sobrecimiento o sentencia absolutoria (art. 34 c.p.f.)

Si la sentencia penal es absolutoria, será competente el juez civil, para conocer de una demanda por un hecho ilícito en general. Por último, puede ser que se haya cobrado la responsabilidad ante el juez civil, en cuyo caso será competente en todo momento el juez penal si de éste se desprende que se ha cometido un delito.

En caso de extinción penal, sea por muerte del presunto delincuente, amnistía o indulto, continúa la obligación de reparar el daño; igual sucede en caso de sustitución o conmutación de sanciones, ya que, en tales casos, el que ha sufrido el daño puede exigir la indemnización correspondiente.

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

4.6 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Ya hemos estudiado con anterioridad los diferentes tipos de responsabilidad en que puede incurrir un profesional de la medicina en el ejercicio de su profesión. Ahora nos corresponde analizar las consecuencias que puede tener el ejercicio de la medicina, ya sea como profesional, técnico o auxiliar, desde el ámbito administrativo.

Así tenemos que existe una responsabilidad administrativa de los particulares por las faltas cometidas, mismas que pueden dar lugar a sanciones menores, impuestas por las autoridades administrativas, sin necesidad de que intervenga el órgano jurisdiccional. Es a esto a lo que se le ha llamado justicia de faltas, aunque hay autores que prefieren llamarle derecho penal administrativo.

La responsabilidad de los servidores públicos, en la vertiente que ahora nos ocupa, tiene su base constitucional en el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "De las responsabilidades de los servidores públicos", que abarca las responsabilidades política, penal, civil y administrativa.

Un servidor público como lo es un médico, con una misma conducta, puede ser sujeto de más de uno de estos tipos de responsabilidad. García Ramírez,²⁸⁹ cita al respecto, la siguiente tesis jurisprudencial:

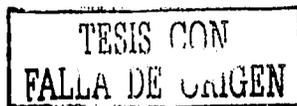
"El vínculo existente entre el servidor público y el Estado, acorde al sistema constitucional y legal que lo rige, involucra una diversidad de aspectos jurídicos en sus relaciones, entre los que destacan ámbitos legales de naturaleza distinta, como son el laboral, en su carácter de trabajador, dado que efectúa una especial prestación de servicios de forma subordinada, el administrativo, en cuanto a que el desarrollo de su labor implica el de una función pública, ocasionalmente el político, cuando así está previsto acorde a la investidura, y además el penal y el civil, pues como ente (persona), sujeto de derechos y obligaciones debe responder de las conductas que le son atribuibles, de manera que al servidor público le pueda resultar responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal, civil e inclusive político en los supuestos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la Constitución local correspondiente y así mismo la laboral". (Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo X, agosto de 1999, tesis IV. 1º. A.T. 16 A, página 799, materia administrativa, tesis aislada. Precedente: revisión fiscal 31/99).

En lo que hace a la responsabilidad administrativa, el artículo 113 constitucional establece los principios que han de regir sus funciones: "legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones".²⁹⁰

4.6.1 Sujetos de responsabilidad administrativa.

Al referirnos a los sujetos de responsabilidad administrativa, nos referimos a las personas que de acuerdo a la ley de ésta materia, pueden hacerse acreedores de las medidas de seguridad o sanciones que en ellas previstas.

En cuanto hace al tema de la responsabilidad administrativa en materia de salud, tenemos que, el artículo 2º de la Ley General de Salud establece: "Son sujetos de ésta ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales. A su vez, éste último, señala: "Para los efectos de 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 cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral..., primer párrafo); los gobernadores de los Estados, las legislaturas locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, los miembros de los consejos de las judicaturas locales... (tercer párrafo)...".



²⁸⁹ Op. cit., página 98.

²⁹⁰ A su vez, el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, reproduce éstos principios que deberán regir las funciones de los servidores públicos, al establecer "Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión...".

4.6.2 Faltas administrativas, sanciones y procedimiento de ejecución de las mismas, conforme a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

Faltas.

Las faltas en que pueden incurrir los servidores públicos que hicimos mención en el párrafo anterior, se encuentran contempladas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores públicos.

Del catálogo de veintitrés fracciones que contiene el artículo 47 de Ley citada, consideramos, que las conductas descritas en las fracciones I y XXII, son aplicables en cuanto al ejercicio laboral de los profesionales de la medicina, que dicen:

"art. 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar a las sanciones que correspondan, según la naturaleza de la infracción en que se incurra, y sin perjuicio de sus derechos laborales, previstos en las normas específicas que al efecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas:

I.- Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio excesivo de un empleo, cargo o comisión;

II.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público.

Sanciones.

Las consecuencias sancionatorias, derivadas de la inobservancia de las obligaciones establecidas en el numeral 47, son:

I) Aprecbimiento privado o público;

II) Amonestación privada o pública;

III) Suspensión;

IV) Destitución del puesto;

V) Sanción económica; y,

VI) Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto o una omisión que implique lucro o cause daños y perjuicios, será de seis meses a tres años si el monto de aquéllos no excede de cien veces el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal y de tres a diez años si excede de dicho límite". (art. 53).

Procedimiento para la aplicación de sanciones.

De conformidad con el artículo 54 de Ley que venimos mencionando, para la imposición de las sanciones administrativas, se debe tomar en cuenta:

"I La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir dichas prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de ésta ley o las que se dicten con base en ella;

II Las circunstancias socioeconómicas del servidor público;

III El nivel jerárquico, los antecedentes y las condiciones del infractor;

IV Las condiciones exteriores y los medios de ejecución;

V La antigüedad del servicio;

VI La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones; y,

VII El monto del beneficio, daño o perjuicio económicos derivado del incumplimiento de obligaciones.

Tratándose de sanciones económicas, será el equivalente a los dos tercios del lucro obtenido ó de los daños y perjuicio causados, y se fijarán en salarios mínimos vigentes al día de su pago, una vez que hayan sido determinadas, conforme a las reglas siguientes: "I La sanción económica impuesta se dividirá entre la cantidad líquida que corresponda y el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal al día de su imposición, y II. El cociente se multiplicará por el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal al día de su imposición. Para los efectos de ésta disposición, se entenderá por salario mínimo mensual, el equivalente a treinta veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal" (art. 55).

Las sanciones económicas serán aplicadas por el superior jerárquico cuando su monto sea equivalente a cien veces o menos el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal y por la Secretaría cuando sean superiores a ésta cantidad (art. 56 frac. VI).

Para la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 53, previamente se deberá realizar un procedimiento administrativo bajo las siguientes reglas: Se citará al presunto responsable a una audiencia que deberá celebrarse en un plazo no menor de cinco ni mayor de quince días hábiles posteriores al de la citación, misma que deberá celebrarse cuantas veces sea necesario, en la cual se le hará saber la o las faltas que se le imputen, lugar, día y hora de la celebración de la audiencia y su derecho de ofrecer pruebas y alegar en la audiencia lo que a su derecho convenga; debiendo asistir el representante de la dependencia que sea designado para tal efecto.

La Secretaría, deberá resolver al término de la audiencia, sobre la existencia o no de responsabilidad administrativa, imponiendo, en su caso, las sanciones correspondientes y notificar su resolución al presunto responsable, al jefe inmediato, al representante de la dependencia y al superior jerárquico, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Por último, aludiremos a los medios de impugnación de que disponen los servidores públicos en contra de las resoluciones administrativas de las dependencias, los cuales son:

I Revocación. Procede en contra de las resoluciones que diere el superior jerárquico, dentro de los quince días posteriores al en que surta sus efectos la notificación recurrida y será presentado ante la misma autoridad que dictó la resolución (art. 71).

II Directamente ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en contra de las resoluciones administrativas por las que se impongan sanciones a que se refiere el capítulo Segundo del título Tercero de la L.F.R.S.P.

En todo caso podrá impugnarse directamente ante el T.F.F., sin embargo en caso de optar en primer término por éste, no podrá promoverse con posterioridad el de revocación, siendo posible a la inversa (art. 73). Asimismo, las resoluciones absolutorias, podrán ser impugnadas ante por la Secretaría o por el Superior ante el T.F.F.

Ejecución de sanciones.

Se llevará a cabo de inmediato, en los términos que disponga la resolución.

La suspensión, destitución e inhabilitación a servidores públicos de confianza, surtirán sus efectos:

1º Cuando los sancionados sean servidores públicos de confianza al notificarse la resolución.

2º Cuando los sancionados sean trabajadores de base, conforme a la ley correspondiente.

Las sanciones económicas constituirán créditos fiscales a favor del erario federal y se cobrarán mediante el procedimiento económico coactivo de ejecución (art. 75).

Igualmente, existen faltas administrativas contenidas en ordenamientos jurídicos que se refieren específicamente al tema de la salud. Al llegar a éste punto, nos referiremos a dos en especial: La Ley General de Salud y su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica. Consideramos conveniente resaltar el hecho de que aún cuando ahora nos enfocamos a la actividad de los que ejercen el arte de curar, éstos ordenamientos, se hallan dirigidos tanto a personas físicas y morales, que realizan actividades relacionadas con la materia regulada por ellos, lo mismo prestadores y usuarios que productores, comerciantes y adquirentes de bienes diversos e igualmente a todos los habitantes de la República.

En cuanto hace a responsabilidad, la Ley General de Salud, establece, "las violaciones a las disposiciones contenidas en ésta ley, sus reglamentos y demás disposiciones, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias,²⁹⁴ sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos" (art. 416).

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

²⁹⁴ Las autoridades en materia de sanidad, son: I El Presidente de la República; II El Consejo de Salubridad General; III La Secretaría de Salud; y, IV Los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el del Departamento del Distrito Federal". (art. 4º de la Ley General de Salud).

Esta, señala como sanciones aplicables:

- I Amonestación con apercibimiento;
- II Multa;
- III Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total; y
- IV Arresto hasta por treinta y seis horas". (art. 417)

La sanción administrativa debe imponerse mediante resolución debidamente motivada y fundada en la que se tome en cuenta:

- I Los daños que se han producido o puedan producirse en la salud de las personas;
- II La gravedad de la infracción;
- III Las condiciones socioeconómicas del infractor;
- IV La calidad de reincidente de éste; y
- V El beneficio obtenido por el infractor como resultado de su infracción" (art. 418).

Por último, en relación las disposiciones que se refieren a responsabilidad administrativa, tenemos que, establece una sanción hasta de mil veces el salario mínimo general diario, vigente en la zona económica de que se trate, para la violación de los artículos 55 y 56 de la Ley. El primero de éstos últimos dice "Las personas o instituciones públicas o privadas que tengan conocimiento de accidentes o que alguna persona requiere de la prestación urgente de servicios de salud, cuidarán por los medios a su alcance, que los mismos sean trasladados a los establecimientos de salud más cercanos, en los que puedan recibir atención inmediata, sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones". A su vez el numeral 56, dice: "De conformidad con lo que señala las disposiciones generales aplicables, los agentes del Ministerio Público que reciban informes o denuncias sobre personas que requieren servicios de salud de urgencia, deberán disponer que las mismas sean trasladadas de inmediato al establecimiento de salud más cercano".

En conclusión, sanciona con la multa señalada en el párrafo anterior, a, las instituciones de salud y personas físicas que laboren en éstas (art. 55), y a los representantes sociales (art. 56); cuando, teniendo conocimiento de accidentes o que alguna persona necesita atención médica de urgencia, ni la brinda ni procura su traslado a otra institución en que sea atendida; ni dispongan el traslado de esa persona para su atención; respectivamente.

Para concluir, nos referiremos a las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de prestación de servicios de atención médica. En primer lugar, la aplicación del mismo corresponde a "la Secretaría y a los gobiernos de las entidades federativas"(art. 3º). El artículo 240 de dicho Reglamento, señala como sanciones aplicables, las mismas que la Ley de la cual deriva, a excepción de la amonestación con apercibimiento. Igualmente se remite a los artículos 416 a 418 de aquélla para la aplicación de sanciones (art. 241 del Reglamento).

En relación al tema de la negativa de brindar asistencia médica, en caso de notoria urgencia, pese a que, el artículo 72 del Reglamento, impone la obligación a los profesionistas de la salud de brindar asistencia médica en caso de notoria urgencia, no encontramos sanción expresa al respecto, por lo que para sancionar tal conducta, habrá que estar a lo que dispone el artículo 250 que dice: "Las infracciones al presente Reglamento no previstas en éste Capítulo, serán sancionadas con multa hasta por quinientas veces el salario mínimo general diario, vigente en la zona económica de que se trate, atendiendo las reglas de calificación que se establecen en el artículo 418 de la Ley".²⁹² En cambio, en relación al establecimiento al en que se niegue dicha atención, establece: "Serán clausurados definitivamente..." (art. 245).

También sanciona administrativamente al responsable de cualquier establecimiento médico

- 1º que pretenda o retenga al usuario o cadáver para garantizar el pago (art. 244);
- 2º al del que carezca de personal y equipo suficientemente idóneo (art. 245).
- 3º al del en que sin la debida autorización se realicen intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro la vida o la integridad (art. 247); y,

²⁹² Al respecto, La Ley General de Salud, señala, "las infracciones no previstas en este Capítulo serán sancionadas con multa equivalente hasta por mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, atendiendo las reglas de calificación del artículo 418 de ésta Ley" (artículo 422).

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Y los sanciona con multa equivalente de 100 a 500 en el primer caso y, 200 a 500 días de salario mínimo general vigente en la zona de que se trate, en los otros dos casos.

Lo único que nos resta comentar, es que, el primer caso está contemplado y sancionado en el artículo 228 del código penal federal; en relación al segundo y tercero, debido a que quien ejerce funciones de dirección tiene la obligación de vigilar el correcto funcionamiento de la persona o institución que está bajo su cargo y no lo hace, deberá ser acreedor a una sanción, la cual tiene su fundamento en una incorrecta vigilancia por parte de quien tiene la obligación de ello.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ANEXOS

NUMERO DE AVERIGUACIONES PREVIAS ENVIADAS PARA DICTAMINACION DE 1976 A 1992

AÑO	NUMERO DE A. P. EN LAS QUE SE SOLICITO DICTAMEN	NUMERO DE A. P. EN LAS QUE SE DICTAMINO ALGUNA FALTA
1976	0	0
1977	1	0
1978	1	0
1979	4	3
1980	2	1
1981	4	1
1982	4	1
1983	7	3
1984	12	2
1985	9	2
1986	15	7
1987	34	14
1988	27	13
1989	37	8
1990	37	11
1991	48	13
1992	41	10

INFORME DE ACTIVIDADES DE LA COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, DE 1998

PERIODO	NEGATIVA E INADECUADA ATENCION MEDICA	NEGLIGENCIA
DIC. 1990 - JUN. 1991	21	--
DIC. 1991 - JUN. 1992	53	--
MAY. 1992 - MAY. 1993	99	82
MAY. 1993 - MAY. 1994	203	165
MAY. 1994 - MAY. 1995	144	312
MAY. 1995 - MAY. 1996	164	486
MAY. 1996 - MAY. 1997	70	122
MAY. 1997 - MAY. 1998	210	134

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

NACIONAL, ENERO-FEBRERO 2002

DELITOS DIVERSOS	TOTAL	% DEL TOTAL	INDICE DELICTIVO
INST. BANCA Y CREDITO	85	0.49	0.08
FISCALES	264	1.53	0.26
PATRIMONIALES	1877	10.91	1.83
AMBIENTALES	242	1.40	0.24
PROP. INTEL. E INDUSI.	148	0.86	0.14
SERVIDOR PUBLICO	329	1.91	0.32
L.F.A.F.E	4170	24.24	4.07
ASOCIACION DELICTUOSA	2	0.01	0.00
ROBO EN CARRETERA	2	0.01	0.00
LEY GRAL. DE POBLACION	379	2.20	0.37
A.V.G.C.	438	2.54	0.43
CULPOSOS LEYES ESPECIALES	241	1.40	0.24
OTRAS LEYES ESPECIALES	106	0.96	0.16
L.F.C.D.O.	88	0.51	0.09
DELITOS ELECTORALES	71	0.41	0.07
OTROS	3117	18.12	3.04
DELITOS CONTRA LA SALUD	5577	32.50	5.46
TOTAL	17196	100.00	16.80

LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS
 ATAQUES A LAS VIAS FEDERALES DE COMUNICACIÓN
 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
 * TASA POR CADA 100,000 HABITANTES

DELITOS CONTRA LA SALUD	TOTAL	% DEL TOTAL	INDICE DELICTIVO
PRODUCCION	40	0.82	0.04
TRANSPORTE	327	5.86	0.12
TRAFICO	34	0.74	0.03
COMERCIO	226	4.05	0.22
SUMINISTRO	98	1.75	0.10
POSESION	4406	79.00	4.30
OTROS	440	7.88	0.43

NACIONAL, 2001

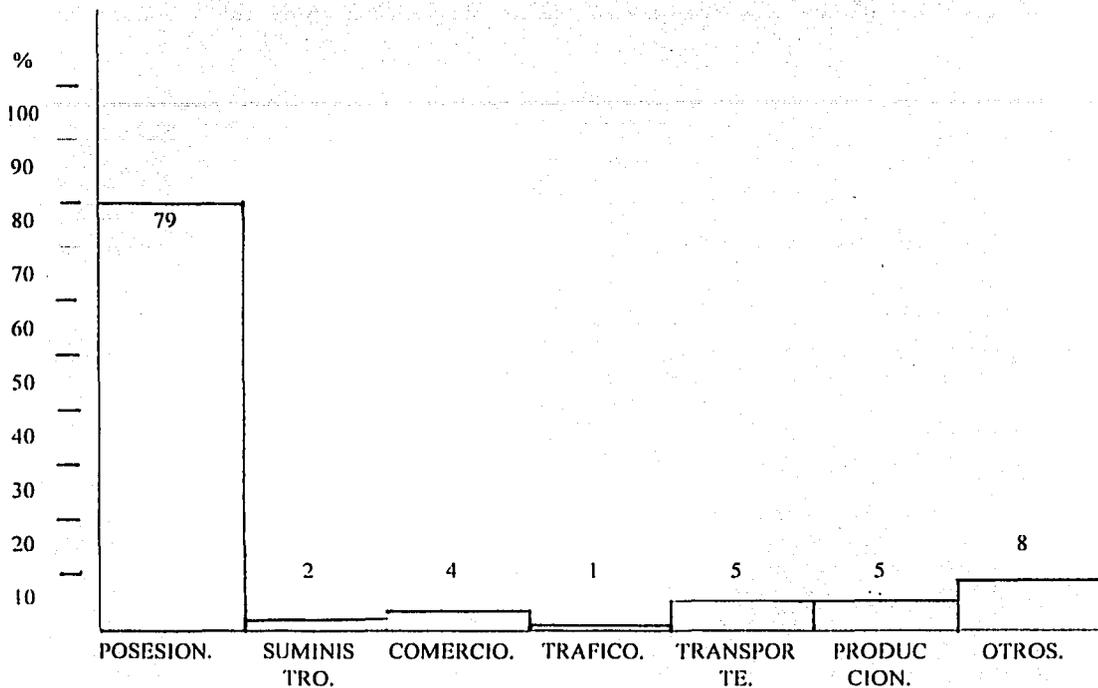
DELITOS DIVERSOS	TOTAL	% DEL TOTAL	INDICE DELICTIVO
INST. BANCA Y CREDITO	417	0.51	0.41
FISCALES	1526	1.88	1.51
PATRIMONIALES	10179	12.54	10.08
AMBIENTALES	1201	1.48	1.19
PROP. INTEL. E INDUSI.	5614	6.92	0.56
SERVIDOR PUBLICO	1381	1.70	1.37
L.F.A.F.E	16271	20.05	16.11
ASOCIACION DELICTUOSA	27	0.03	0.03
ROBO EN CARRETERA	149	0.18	0.15
LEY GRAL. DE POBLACION	1821	2.24	1.80
A.V.G.C.	1763	2.17	1.75
CULPOSOS LEYES ESPECIALES	1593	1.96	1.58
OTRAS LEYES ESPECIALES	764	0.94	0.76
L.F.C.D.O.	2170	2.67	0.21
DELITOS ELECTORALES	418	0.51	0.41
DELITOS CONTRA LA SALUD	23232	28.63	0.00
OTROS	12593	15.59	12.46
TOTAL	81119	100	50.38

LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS
 ATAQUES A LAS VIAS FEDERALES DE COMUNICACIÓN
 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
 * TASA POR CADA 100,000 HABITANTES

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

DELITOS CONTRA LA SALUD	TOTAL	% DEL TOTAL	INDICE DELICTIVO
PRODUCCION	29	0.75	0.03
TRANSPORTE	220	5.81	0.21
TRAFICO	15	0.39	0.01
COMERCIO	159	4.20	0.16
SUMINISTRO	62	1.63	0.06
POSESION	2991	79.00	2.92
OTROS	306	8.09	0.30

DELITOS CONTRA LA SALUD, 1º DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DEL 2001



Fuente: http://www.htm.pgr.gob.mx/estadisticas/incidencia/graf_salud.htm

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

POBLACION DERECHOHABIENTE DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD POR INSTITUCION

Ambito	Total	IMSS	ISSSTE	PEMEX	SDN	S.M.	Estatad
Total	59 231 330	46 533 924	10 065 861	647 036	489 477	187 028	1 308 004
Aguasc.	772 076	666 295	102 566	540	2 675	ND	0
Baja C.N.	2 077 460	1 861 961	128 965	1 565	5 861	5 470	113 638
Baja C. S.	364 626	266 040	84 761	336	7 530	5 959	0
Campeche	434 659	322 697	78 282	19 797	4 952	8 931	0
Coahuila	2 200 385	1 954 336	239 778	1 053	5 218	ND	0
Colima	359 166	284 037	62 437	968	4 023	7 701	0
Chiapas	1 018 976	671 551	238 282	11 093	14 758	9 397	73 895
Chihuahua	2 626 981	2 350 840	247 315	2 348	26 478	ND	0
Distrito F.	10 548 592	7 160 764	3 089 126	77 259	147 920	32 628	40 895
Durango	1 036 457	762 458	267 010	1 104	5 885	ND	0
Guanajuato	2 488 877	2 091 145	339 033	34 197	24 502	ND	0
Guerrero	1 127 505	678 536	413 566	865	24 091	10 447	0
Hidalgo	889 720	668 331	198 326	18 653	4 410	ND	0
Jalisco	4 091 521	3 757 630	311 639	3 220	16 977	2 055	0
México	5 546 326	4 048 202	748 363	18 862	63 178	ND	667 721
Michoacán	1 489 699	1 137 327	339 412	2 033	7 992	2 935	0
Morelos	759 603	592 711	164 199	1 036	1 657	ND	0
Nayarit	527 306	389 138	130 936	333	4 579	2 320	0
Nuevo León	3 309 113	3 027 957	189 811	20 432	4 813	ND	66 100
Oaxaca	979 204	624 722	300 066	25 029	18 443	10 944	0
Puebla	2 211 235	1 797 147	282 765	11 888	10 792	ND	108 643
Querétaro	1 048 229	937 975	102 049	2 210	5 995	ND	0
Q.R.	621 354	520 980	83 661	0	5 760	10 953	0
S.L.P.	1 211 797	976 253	225 200	5 176	5 168	ND	0
Sinaloa	1 588 368	1 279 037	290 074	2 791	11 474	4 992	0
Sonora	1 621 227	1 324 596	198 365	3 018	7 110	5 280	82 858
Tabasco	930 220	533 172	140 733	91 281	9 522	1 258	154 254
Tamaulipas	2 259 492	1 835 549	312 876	86 637	6 617	17 813	0
Tlaxcala	448 601	351 749	93 817	353	2 682	ND	0
Veracruz	2 988 750	2 324 438	403 936	199 384	17 573	43 419	0
Yucatán	1 016 318	870 952	129 583	3 235	8 022	4 526	0
Zacatecas	631 320	505 398	122 762	340	2 820	ND	0
Extranjero	6 167	0	6 167	0	0	0	0

ND No disponible

a/ En Guerrero y Tlaxcala se cuenta con personal en el área de ventas al que se le brinda servicios médicos subrogados.

FUENTE GHS Boletín de Información Estadística No. 20. Recursos y Servicios, 2000.

CONCLUSIONES

1.- La responsabilidad médica, no es un problema generado por el avance de la ciencia y la tecnología, sino que, desde épocas antiguas ha sido sancionada la conducta de los médicos que causa daño a su pacientes por imprudencia o falta de cuidado en su actuación. Y, si bien pareciera que en la actualidad no existe casos de ella, la realidad es que no existe difusión, a pesar de que la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional en lo relativo al ejercicio de las profesiones, ordena que la sentencia en que se inhabilite a un profesional, deberá ser "publicada profusamente" (art 23 fracción II), por lo que considero que se debe establecer una sanción para los casos en que se omita hacerlo y se reforme éste artículo en el sentido de que se publique profusamente toda sentencia en que sea condenado un profesional por acciones u omisiones cometidos en el ejercicio de su profesión, no únicamente cuando se le inhabilite, para que la sociedad tenga la posibilidad de enterarse y los médicos y demás profesionales de la medicina, en el caso particular, tengan mayor cuidado a la hora de atender a su paciente. Además, es necesario que los colegios de profesionistas participen activamente como lo establece el artículo 34 de la reglamentaria del artículo 5º referida, en cuanto a la solución de controversias con motivo de las prestación de los servicios profesionales.

2.- Un profesionista médico, por la negativa de brindar atención médica a una persona en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida; dependiendo de la gravedad de la falta y del régimen laboral dentro del cual se desempeñe, puede incurrir en responsabilidad civil, laboral, administrativa y penal.

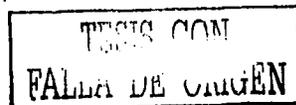
La responsabilidad es civil, cuando la conducta que da origen es un hecho ilícito civil y el demandado tiene la obligación exclusiva de reparar el daño y pagar los daños y perjuicios ocasionados.

El profesionista de la medicina debe ser sancionado administrativamente cuando se viole disposiciones de carácter administrativo. La sanción podrá ser apercibimiento privado ó público, amonestación privada o pública suspensión, destitución, inhabilitación, o multa. Su imposición corresponde tratándose de Servidores Públicos que laboren en instituciones de la Administración Pública Federal a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo en base a la Ley Federal de responsabilidad de los Servidores Públicos y, tratándose de los estados conforme a las constituciones locales. Los demás profesionales, técnicos o auxiliares de la atención médica que se dediquen al ejercicio independiente o laboren en instituciones privadas, serán sancionados conforme a las disposiciones administrativas de la Ley General de Salud y de la Reglamentaria del artículo 5º constitucional relativa al ejercicio de las profesiones. La Dirección tiene la obligación de publicar la sentencia en que se inhabilite a un profesional al ejercicio de su profesión y deberá llevar una hoja de servicios en la cual hará la anotación correspondiente.

3.- Hay responsabilidad penal de los profesionales (médicos), técnicos y auxiliares de la medicina por negarse a brindar atención médica de urgencia. La habrá siempre que, existiendo una situación de gravedad en la salud de una persona, de manera tal que sea necesaria la intervención de los profesionistas médicos citados, mediante procedimientos o técnicas y con instrumentos especiales, para el tratamiento de una enfermedad o un accidente y que la complicación en la salud sea de tal grado que haga necesaria la atención de inmediato, de tal manera que revele que su omisión implica peligro en la vida, un órgano o una función del enfermo, y que sin importar la fuente, los profesionistas indicados, teniendo la obligación de actuar y conocimiento de la situación, y no habiendo un impedimento que sea legalmente bastante para justificar su conducta, omitan brindarle atención médica.

La imposición de la sanción correspondiente, corresponde a la autoridad judicial y consiste en reparación del daño si lo hubiere, prisión, multa, suspensión provisional para ejercer la profesión y definitiva cuando se cause daño, y, destitución cuando el sujeto activo sea un servidor público.

Las personas morales que intervengan en la comisión de delitos contra la salud pública podrán ser suspendidas o disueltas a juicio de la autoridad, conforme el artículo 242 de la Ley General de Salud en relación al artículo 11 del Código Penal Federal. Igualmente, el legislador ha señalado que, los establecimientos en que se niegue un servicio de atención médica en caso de notoria urgencia, deberán ser clausurados, de acuerdo con el artículo 255 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.



4.- En cuanto a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, dependencia del ejecutivo federal que fue creada con el objeto de contribuir a solucionar los conflictos que se susciten con motivo de la prestación de los servicios médicos, vimos que, en materia de delitos es incompetente; solo puede intervenir cuando el acto motivo de la queja tenga su origen en un hecho ilícito civil, pero solo si las partes deciden someterse expresa y voluntariamente a su arbitrio; no es un tribunal y por lo mismo sus carece de coercitividad sus determinaciones; el cumplimiento que se de a ellas depende de la buena fe de las partes; es necesario acudir al órgano jurisdiccional para exigir el cumplimiento forzoso de ellas; a la naturaleza de los asuntos que trata; y, a las formas de concluir las mismas; entonces, proponemos eliminar la facultad de arbitraje de ésta dependencia y que en su lugar, le sea asignada la obligación de procurar y vigilar la estricta observancia del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional y su reglamentación, en lo relativo al derecho a la protección de la salud, es decir, una especie de Procurador de la Salud, encargada de velar que se cumpla la garantía referida y brindar orientación legal en materia de salubridad, para cuyos efectos dependerá operativamente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (obviamente por lo que se refiere a esta circunscripción territorial) por medio de la Dirección de Derechos Humanos. Lo anterior con la finalidad de evitar que se ocasione daño en la salud o en la vida de las personas por falta, retardo o deficiencia en la prestación de los servicios médicos, además, funcionaría con recursos económicos propios y continuaría realizando otras labores como la elaboración de dictámenes periciales en las distintas áreas de la medicina, lo que permitiría reducir el fenómeno creciente de denuncias por responsabilidad profesional médica y, al mismo tiempo, reducir la carga de trabajo de los tribunales y sin realizar la Comisión funciones propias de estos.

Para ello, proponemos adicionar al artículo 63 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, una fracción que diga:

Art. 63.- "Al frente de la Dirección General de Derechos humanos habrá un Director General quien ejercerá por sí o a través de los servidores públicos que le estén adscritos las siguientes atribuciones:

XIV. Con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud, vigilar el efectivo acceso a los servicios de salubridad que se brinden en instituciones de salud de los sectores público y social a los derechohabientes o personas que acudan en estado de notoria urgencia, y, brindarán orientación legal en la materia, a través de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la cuál para éste efecto, estará subordinada a la Procuraduría.

5.- Como la negligencia médica no es únicamente un problema de ética, sino también de conocimientos y en virtud de que la mejor manera de combatir los delitos es previniéndolos; si tenemos presente que la deficiente preparación médica, aunado a las otras causas señaladas impide la obtención de servicios de salud oportunos y de calidad idónea como lo establece el artículo 51 de La Ley General de Salud y lo repite el 48 de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica; **consideramos que es de interés público la recalificación por parte de la Academia Nacional de Medicina, de los profesionales, técnicos o auxiliares de la atención médica, que hayan sido condenados por delitos relacionados por en el ejercicio de su profesión, una vez que hayan cumplido en su totalidad con la sentencia impuesta, de que cuentan con los conocimientos mínimos necesarios para la práctica de su profesión, con el fin de garantizar que éstos profesionistas posean los conocimientos indispensables cuando carecieren de ellos o que actúen con el debido cuidado en la práctica de su profesión, si la omisión de éste originó la falta, para lo cual proponemos la adición siguiente al artículo 228 del Código Penal Federal:**

Art. 228.- "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. ...

II. ...

III. Cuando se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la medicina, serán recalificados por la Academia Nacional de Medicina, de que cuentan con los conocimientos mínimos necesarios para el ejercicio de la misma.

6.- Si tenemos presente que la situación económica es la que origina no contar con los hospitales suficientes y bien equipados, insuficiente número de doctores y personal médico, escasez de medicamentos en las farmacias de los hospitales públicos y sociales, bajos sueldos de los profesionistas, etc.; también tenemos que tener presente que, los profesionales médicos, a pesar del juramento hipocrático, se olvidan del compromiso adquirido cuando tienen que brindar atención médica a una persona y el enfermo no cuenta con los medios para solventar los gastos que la atención médica genera, entonces, pese a que el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de

servicios de atención médica, impone la obligación a los hospitales privados de proporcionar servicios de salud en forma gratuita a personas de escasos recursos (art. 17), proponemos que, los médicos que brinden atención médica de urgencia a personas que no cuenten con seguridad social y que carezcan de recursos económicos para solventar los que origine la atención recibida, presenten a la Secretaría de Salud la relación de los que ésta haya generado, para que previa valoración por esta institución de los mismos, con cargo al Programa Salud para Todos (Seguro Popular), al cual le fué asignado junto con otros programas, la cantidad de \$600,000,000 (Seiscientos millones de pesos) (Anexo 13 y Cuadro de Reasignaciones de Gasto por Secretaría del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2003) reembolse al prestador, las erogaciones que en material y equipo utilizado el servicio médico brindado haya ocasionado.

De ésta manera, la cuestión económica dejará de ser un factor para no brindar atención médica de urgencia y, evitará la producción y la sola posibilidad de que se cause daños en la salud o en la vida de las personas por no brindar atención médica, cuando la omisión se debe a no realizar gastos que no serán reembolsados.

7.- Además de las propuestas anteriores, es necesario implementar una serie de medidas de tipo administrativo como: construir más hospitales (empezando por abrir los que están construidos y no funcionan supuestamente porque no hay dinero para comprar mobiliario y equipo, lo que permitirá disminuir la sobrepoblación en los mismos; promover la actualización del personal; aumentar el número de médicos y demás profesionistas necesarios para el adecuado funcionamiento de un hospital, tales como enfermeras, anestesistas, laboratoristas, radiólogos, etc.; mejorar la relación médico-paciente, aumentando el tiempo asignado para la consulta de cada usuario; invertir en la compra de equipo y material médicos; eliminar la burocratización existente en los hospitales del sector público y social, y una mayor ética de los profesionales de la medicina; además, también podría disminuirse la planta de personal administrativo que no es indispensable para el funcionamiento de un hospital y en su lugar invertir en equipo y contratar más profesionistas médicos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACADEMIA MEXICANA DE CIRUGIA. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica. Editado por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, 1999, 61 páginas.
- 2.- BACIGALUPO Enrique. Delitos Improprios de omisión. Ediciones Pannedite, Buenos Aires (Argentina), 1970, 173 páginas.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ Manuel. Derecho de las obligaciones. Editorial Harla, 3a. edición, México, 1984, 621 páginas.
- 4.- BORJA SORIANO Manuel. Teoría general de las obligaciones. Editorial Porrúa S.A., 11a. edición, México, 1989, 732 páginas.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Derecho penal mexicano (parte general). Editorial Porrúa, 16a. edición revisada, puesta al día y adicionada doctrinalmente, México, 1988, 986 páginas.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS Raúl. Código penal anotado. Editorial Porrúa S.A., 22a. edición, corregida, aumentada y puesta al día, México, 1999, 1210 páginas.
- 7.- CARRILLO FABELA Luz María Reyna. La responsabilidad profesional del médico. Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 2000, 239 páginas.
- 8.- CASTELLANOS TENA Fernando. Líneamientos elementales de derecho penal. Editorial Porrúa S.A., 39a. edición actualizada, México, 1998, 363 páginas.
- 9.- Diccionario terminológico de ciencias médicas. Editorial Salvat, 13a. edición, México, 1994, 1319 páginas.
- 10.- GARCIA RAMIREZ Sergio. La responsabilidad penal del médico. Editorial Porrúa S.A., México, 2001, 417 páginas.
- 11.- GRACIA GONZALEZ Susana y LOBARDO CALVO Eugenio. Plan de formación en responsabilidad legal profesional. Editorial Asociación española de derecho sanitario. España, 1998, 54 páginas.
- 12.- GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial Porrúa S.A., 12a. edición, 3a. reimpresión, México, 1999, 1142 páginas.
- 13.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM. Diccionario jurídico mexicano, tomo de la A-I. Editorial Porrúa S.A., 6a. edición, México, 1993, 2302 páginas.
- 14.- LOPEZ BETANCOURT Eduardo. Delitos en particular, tomo I. Editorial Porrúa S.A., 5a. edición, México, 1998, 415 páginas.
- 15.- JIMENEZ DE ASUA Luis. Tratado de derecho penal, tomos III y V. Editorial Losada, 5a. edición actualizada, Buenos Aires, 1992, 1102 y 1152 páginas respectivamente.
- 16.- JIMENEZ HUERTA Mariano. Derecho penal mexicano (la tutela penal de la vida e integridad humana). volumen II, Editorial Porrúa S.A., 5a. edición, México, 1981 358 páginas.
- 17.- JUAREZ ZAMUDIO Miguel. Responsabilidad penal de los médicos. Ediciones Delma, México, 2000, 149 páginas.
- 18.- LARA PONTE Rodolfo. Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano. Editorial Porrúa S.A., México, 1997, 238 páginas.
- 19.- MALO CAMACHO Gustavo. Derecho penal mexicano. Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1998, 714 páginas.
- 20.- MANZINI Vincenzo. Tratatto di diritto penale italiano, volumen II, traducido por Santiago Séndiz Meléndez. Editores EDIAR, sociedad anónima, Buenos Aires, 1948, 655 páginas.
- 21.- NOVOA MONREAL Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1984, 214 páginas.
- 22.- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto. Delitos federales. Editorial Porrúa S.A., 4a. edición revisada, corregida y aumentada, México, 1998, 748 páginas,
- 23.- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto. La averiguación previa. Editorial Porrúa S.A., 9a. edición revisada, corregida y actualizada, México, 1998, 636 páginas.
- 24.- PAVON VASCONCELOS Francisco y VARGAS LOPEZ Gilberto. Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa S.A., 7a. edición, México, 1997, 245 páginas.
- 25.- PAVON VASCONCELOS Francisco. Manual de derecho penal mexicano (parte general). Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1974, 496 páginas.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

- 26.- PORTE PETIT CANDAUPAP Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. Editorial Porrúa S.A., 17a. edición, México, 1998, 508 páginas.
- 27.- PORTE PETIT CANDAUPAP Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. (Estudio comparativo con los códigos de las entidades federativas). Editorial jurídica mexicana, 4a. edición, México, 1975, 359 páginas.
- 28.- QUIROZ CUARON Alfonso. Medicina Forense. Editorial Porrúa S.A., 8a. edición, México, 1996, 1123 páginas.
- 29.- ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho civil mexicano, tomo V, Obligaciones, volumen II. Editorial Porrúa, 3a. edición, México, 1985, 734 páginas.
- 30.- SOBERON ACEVEDO Guillermo y otros. Derecho constitucional a la protección de la salud. Editorial Porrúa S.A., México, 1983, 176 páginas.
- 31.- TELLO FLORES Francisco Javier. Medicina Forense. Editorial Harla, México, 1991, 359 páginas.
- 32.- WELZEL Hans Derecho penal alemán (parte general), traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial jurídica de Chile, 11a. edición, 4a. edición castellana, Chile 1993, 343 páginas.
- 33.- YUNGANO Ricardo Arturo y otros. La responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad, 2a. edición, Buenos Aires, 1992, 369 páginas.
- 34.- ZAMUDIO TIBURCIO Alvaro. Manual de urgencias de la Cruz Roja (técnicas y procedimientos). Editorial Trillas, 2a. edición, 1a. reimpresión, México, 1990, 221 páginas.

LEGISLACION

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de septiembre de 1932). Prólogo, revisión y comentarios del Licenciado Gabino Trejo). Editorial SISTA S.A. de C., México 1999.
- 2.- Código Penal Federal (Colección penal 2001). Ediciones Delma S.A. de C.V., México, 2001, 809 páginas.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S.A., 128a. edición, México 1999, 147 páginas.
- 4.- Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996). Impresora y Encuadernadora Progreso IEPESA, México año 2000, 2a. edición, 39 páginas.
- 5.- Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal). Editorial Porrúa S.A., 25a. edición, México 1991, 943 páginas.
- 6.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. (Agenda penal). Editorial ISEF, México 1998, 45 páginas.
- 7.- Ley General de Salud (Agenda de Salud). Ediciones Fiscales I.S.E.F., México, 2001.
- 8.- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Agenda penal 1998. Editorial ISEF, México 1998, 45 páginas.
- 9.- Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 1996). Impresora y Encuadernadora Progreso IEPESA, 2a. edición, 39 páginas.
- 10.- Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica (Agenda de Salud). Ediciones Fiscales I.S.E.F., S.A., México, 2001.
- 11.- Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos (Agenda de Salud). Ediciones Fiscales I.S.E.F. S.A., México, 2001.

OTROS

- 1.- Informe estadístico comparativo de actividades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico del año 2001. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Dirección General de Innovación y Calidad, 33 páginas.
- 2.- www.noticierostelevisa.com

