



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

Ciudad de México a 11 de enero de 2021
N° Oficio CCM/1L/DI/ERA/004/2021

1

**DIPUTADA MARGARITA SALDAÑA HERNÁNDEZ.
PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO
DE LA CIUDAD DE MÉXICO, I LEGISLATURA**

P R E S E N T E.

El suscrito, Diputado Eleazar Rubio Aldarán, integrante del Grupo Parlamentario Morena, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución Política de la Ciudad de México; 4 fracción XXI, 12 fracción II, de la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México; 95 fracción II y 96 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, someto a la consideración del Pleno de este Congreso, la siguiente: **INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 228, 229 Y 230, Y SE ADICIONA EL ARTÍCULO 230 BIS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**, al tenor del siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El concepto de responsabilidad lato sensu, implica distinguir entre responsabilidad política, moral y jurídica; identificando a la responsabilidad política por sus resultados y no por las intenciones en el ejercicio del poder; la responsabilidad moral remite a la conciencia de uno mismo cuando nos acusamos por no haber denunciado, confesado o creído con más valor en relación con la bondad o maldad de otros.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano el concepto de “responsabilidad” ha sido objeto de controversias entre juristas en cuanto a su fundamento y alcances, coincidiendo la mayoría de ellos en que se trata de un

concepto jurídico fundamental, aun cuando su noción no es exclusiva del ámbito jurídico pues se emplea con bastante frecuencia en el ámbito moral y religioso.

2

Para determinar el significado de responsabilidad que a nosotros interesa, la enciclopedia jurídica mexicana precisa que la voz “responsabilidad” proviene de *respondere* que significa “prometer”, “pagar”; así *responsalis* significa “el que responde” y en un sentido más restringido, *responsum* (responsable) significa: el obligado a responder de algo o de alguien. *Respondere*, se encuentra estrechamente relacionado con *spondere*, expresión solemne en la forma de la *stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación, así como *sponsio*, palabra que designa la forma más antigua de obligación.

El uso moderno de “responsabilidad” en el lenguaje común se entiende como la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones por otra persona, la pérdida causada, el mal ocasionado o el daño originado. El Diccionario enciclopédico de Derecho Usual la define como: “deuda/ deuda moral/ cargo de conciencia por un error/ deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa/ capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.”

Para Juan Luis González Alcántara, “en derecho se entiende por responsabilidad el deber que una norma impone de reparar los daños y perjuicios causados a otro”

Para Ángel Yaguez R. “ser responsable es quizás el más noble atributo del ser humano”, o en concepto de Santos Briz J. “La vida humana no es concebible sin responsabilidad, ya jurídica o ya en todo caso ética”.

En tal virtud, la responsabilidad se entiende como el deber de estar o responder a las consecuencias de una conducta que se llevó a cabo; se considera fundamental en las relaciones humanas para establecer equidad y retribución acorde con la citada conducta humana, generalmente en sus manifestaciones negativas, por ello, constituye un instrumento jurídico dirigido a la reparación del daño mediante el pago de su equivalente económico.

Henry Campbell Black, define:” Responsibility. The obligation to answer for an act done, and to repair or otherwise make restitution for any injury it may have caused.”, lo que constituye la obligación de responder por un acto hecho y reparar o de cualquier otra forma restituir por algún daño que se pudo haber causado.

Una vez definida la responsabilidad en términos generales, pasemos al concepto de profesión; al efecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 5o. garantiza el derecho al trabajo a través del ejercicio de una profesión u oficio lícitos y establece que la ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo, por lo que de acuerdo con el artículo 24 de la Ley reglamentaria, por ejercicio profesional se entiende:

La realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo.

De igual forma la ley en cita establece los requisitos básicos para el ejercicio

de cualquier profesión, como son: estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles, poseer título legalmente expedido y debidamente registrado y obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio, precisando que las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio.

Ahora bien, el tema que nos ocupa específicamente es la responsabilidad profesional médica y de sus auxiliares por los actos con consecuencias negativas que cometan en el ejercicio de su profesión.

Un profesional de la medicina, es quien intenta mantener y recuperar la salud humana mediante el estudio, el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad o lesión del paciente que acude a solicitar sus servicios.

El médico está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos tecnológicos al servicio de su paciente y desempeñarse de acuerdo con la *lex artis*; es sabido que los descubrimientos médicos evolucionan constantemente, cambiando el manejo y tratamiento de las patologías, lo que hace que la medicina sea una profesión difícil de evaluar, determinar si hubo o no responsabilidad médica ante un evento desfavorable en el paciente, entraña un alto grado de complejidad.

A criterio del Doctor Mario Manuel Bertrand Parra, evaluar si existió o no error médico, es una de las tareas más difíciles que se pueden realizar; ante esa circunstancia resulta necesaria e indispensable la opinión de expertos capacitados, gente altamente calificada que cuente con experiencia clínica permanente, ejercicio actualizado de la actividad profesional de su especialidad

médica, reconocimiento formal de su Consejo de especialidad, probidad reconocida en su medio y ascendencia moral y profesional entre sus colegas.

Nos dice el citado doctor, a pesar de la rigurosa formación del médico, de su desempeño disciplinado y de la estricta selección de la mayoría, de la que ya hemos hablado, los errores surgen al no cuidar y vigilar todos los factores de riesgo, los puntos vulnerables, de no llevar a cabo todas las medidas de cuidado y al no contar con los insumos necesarios para realizar la práctica médica. Al ocurrir el error, existe la posibilidad de causar un daño y cuando este es evidente y atribuible al médico o a sus auxiliares, surge la obligación a una reparación económica.

Existen varios tipos de responsabilidad por las cuales el médico puede ser llevado al ámbito jurídico, mismas que analizaremos más adelante y que pueden ventilarse en la vía civil, administrativa o penal, además de existir también mecanismos de conciliación o resarcimiento del daño, opciones independientes o previas a un procedimiento jurídico, que pueden llevarse ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (en su caso, ante las Comisiones Estatales de dichos organismos), de las que trataremos de analizar su funcionamiento.

FUENTES HISTÓRICAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Para mayor comprensión de los factores sociales y culturales que han motivado la implementación de normas jurídicas tendientes a sancionar la actuación médica negativa, es necesario referir una breve relación histórica de leyes que contemplaban algún castigo para el caso de resultados

desafortunados en la actividad médica. En la antigüedad, quienes ejercían el arte de curar tenían que soportar castigos severos por no obtener un resultado satisfactorio al aplicar un tratamiento, implicaba un riesgo ejercer este oficio y desde entonces se requería de una gran vocación y espíritu de servicio.

El Código de Hammurabi

Los primeros antecedentes sobre normas de responsabilidad profesional de los médicos se encuentran en el Código de Hammurabi, el cual se considera uno de los códigos más antiguos, grabado en piedra de diorita negra hallada en el invierno de 1901-1902 por arqueólogos franceses. Fue encontrado en las ruinas de Susa (antigua ciudad de los imperios iraníes, primer imperio persa, situada en la parte inferior de los montes zagros a unos 250 km al este del río Tigris, en el sudoeste del actual Irán), no en las de Babilonia, donde se creó en la época del rey Hammurabi, sexto monarca de la dinastía amorrea de Babilonia, quien reinó por largos años; se cree que hacia 1700 a.C. aproximadamente, promulgó el código que fue grabado en lengua acadia y con signos cuneiformes. La piedra contiene 282 artículos formulados en forma condicional; y en lo que se refiere a la actividad médica estipulaba:

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

Ley 219: Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce e hizo morir al esclavo de un muskenun, dará otro esclavo equivalente.

Ley 220: Si operó una catarata con el bisturí de bronce y ha destruido su ojo, pagará en plata la mitad de su precio.

Ley 226: Si un cirujano, sin autorización del dueño de un esclavo, ha sacado la marca de esclavo inalienable, se le cortarán las manos.

Ley 227: Si un hombre engañó a un cirujano y si él (el cirujano) ha sacado la marca del esclavo inalienable, este hombre será muerto en su puerta y se lo enterrará. El cirujano, que no ha actuado a sabiendas, jurará y será libre.

Ley de las XII Tablas

La elaboración de la Ley de las XII Tablas se produjo hacia mediados del siglo V a.C., cuando el Senado Romano decidió constituir una comisión integrada por diez magistrados patricios y presidida por un cónsul para la elaboración de la primera ley escrita. El trabajo de la comisión duró un año, el contenido recoge por escrito una serie de normas jurídicas con carácter esencialmente romano que constituyen la consagración de las viejas costumbres de la época a las cuales se les concedió una nueva fuerza.

En el año 451 a.C., el proyecto de ley sería ratificado por el Senado y aprobado por las asambleas populares y grabada en 12 tablas de bronce o roble y expuestas al foro.

El ilustre profesor Eugene Petit, considera que:

"El contenido auténtico de las XII tablas no ha llegado a nosotros y no poseemos más que los fragmentos conservados por los tratados de los jurisconsultos que han comentado la ley de las XII tablas, sobre todo por el de Gayo, del cual han sido insertados 18 extractos en el Digesto de Justiniano y también por las obras de los antiguos autores que se han ocupado de explicar

ciertas expresiones de la vieja lengua latina empleada por los decenviros. Tomando lo necesario de estas diferentes fuentes, se ha intentado, desde el siglo XVII, reconstituir la Ley de las XII tablas, y se ha llegado a re establecer una gran parte, si no en el texto primitivo, al menos en su significación general.”

De los autores consultados obtuvimos que las Tablas VIII y IX se referían a Derecho penal de la época, en estas Tablas aparece implícitamente la distinción entre dos ámbitos del Derecho Penal: el público y el privado.

El público se ocuparía de los *crimina* o ilícitos penales contra el pueblo romano, como el *perduleio* o traición al pueblo romano y de los ilícitos más graves como el *parricidium* u homicidio. Los *crimina* eran perseguibles de oficio y sancionados con la pena capital (decapitación o ahorcamiento) o en su caso el exilio; tenían orígenes militares y religiosos.

El privado se ocuparía de los *delicta*, ilícitos privados, que causaban daño a algún particular, considerados de menor gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares. Estos ilícitos eran castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima, siempre dependiendo de la gravedad del mismo. *Delicta* serían delitos de daños a bienes de tercero, el *furtum* sería el robo y la *inuria* la cual se traduce como injuria, se consideraba cualquier acto realizado sin derecho, una conducta ausente de reconocimiento o protección de lo que es justo.

De acuerdo con Guillermo Floris Margadant, *los decemviri* (todos patricios) codificaron en las tablas los puntos esenciales, correspondiendo a la tabla VIII el Derecho penal, con el sistema de talión para lesiones graves y tarifas de “composición” para lesiones de menor importancia, con la meritoria

diferenciación entre culpa y dolo; y en la tabla X se codificó el derecho público.

En la octava ley se precisaba: *Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto*, cuya traducción sería: *Si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquese talión* esto implica, castigar algunos hechos que constituyen atentados contra la integridad corporal de las personas como la amputación de un miembro (*membrum ruptum*) o cualquier clase de daños físicos causados sin derecho, inspirada en la idea de que se reparara el daño o se castigara al que obró injustamente.

En la época antigua, al aparecer enfermedades o padecimientos que requerían cirugía y no encontrarse capacitados quienes se dedicaban a curar, los peluqueros que eran los que contaban con mayor destreza en el uso de la navaja, eran elegidos para realizar amputaciones de miembros o tumores, lo cual hacían de manera rústica y séptica, cauterizando los muñones o heridas para evitar el sangrado, lo cual implicaba un riesgo para ellos mismos ante la posibilidad de causar en el paciente una alteración que se considerará injusta y hacerse acreedores a la ley del talió.

Ley Aquilia

El doctor Floris Margadant estima que fue probablemente en el año 286 a. de J.C, cuando la Lex Aquilia vino a sustituir diversas reglas para determinados casos de daño en propiedad ajena dispersos en las XII Tablas que básicamente se refieren a los daños causados *damnum iniuria datum*, es decir, "daños causados ilegalmente", una especie de acto ilícito de carácter civil o penal indistintamente; se componía de tres capítulos, tratando el primero de la muerte

dada a esclavos y fijaba el pago de una indemnización con base en el valor más alto que el esclavo hubiera tenido en el último año; consideramos aplicaba para quienes ejercían la medicina, por daños causados en forma antijurídica, atendiendo a la explicación que el ilustre doctor Guillermo Floris Margadant realiza:

El campo original de este *damnum iniuria datum* se extiende, poco a poco, por influencia del pretor.

- a) En primer lugar, mientras que el antiguo derecho exigía la comisión de un acto positivo para que procediera la *actio legis Aquiliae*, el derecho clásico extendió esta acción aun a casos de omisión.
- b) Mientras que el antiguo derecho exigía un acto doloso para la existencia de este delito, el pretor admitía ya en tiempos preclásicos que incluso los actos meramente culposos, frutos de la imprudencia o impericia, se sancionaran mediante la *actio legis Aquiliae*.

En cuanto a culpa, para la Lex Aquilia bastaba la *culpa levissima in abstracto*. Observemos, empero, que no se concedía la *actio legis Aquiliae* contra la persona que hubiera causado un daño en propiedad ajena en un intento de salvar su vida o de evitar un daño propio muy superior al causado...sin embargo, si una persona había llegado *por propia culpa* a una situación difícil, respondía plenamente del daño causado.

Instituciones de Gayo

Entre las fuentes jurídicas del Derecho romano, destaca la obra de Gayo,

notable jurista a quien históricamente se le ubica en el primer tercio del siglo II d.C. y en dicha recopilación, se establecía:

- Matar injustamente, se entiende matar con dolo o culpa, matar sin dolo o sin culpa, queda impune.
- Si un esclavo ha sido muerto, su dueño puede optar por perseguir criminalmente al asesino o reclamarle el daño que le ha causado.
- Por un miembro roto, el Talión. Por hueso fracturado o contusionado el pago de 300 ases.
Si era un esclavo, 150.
- Una injuria se considera como grave en razón del hecho mismo, en razón del lugar donde se cometió o en razón de la persona (un senador o una persona de baja condición).

De las anteriores hipótesis, se advierte la regulación del dolo o culpa al causar lesiones o muerte y, aun cuando no se precisa, estos supuestos aplicaban para quienes atendían a heridos o enfermos con resultados no favorables.

Instituciones de Justiniano

Este emperador romano de Oriente ordenó realizar una síntesis de los principios fundamentales que integraron las *Instituciones*, esta obra fue elaborada en el año 533 de la era cristiana, con el objetivo de servir de orientación a juristas y estudiantes en la enseñanza del derecho; así se prescribía:

- Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el

cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa.

- La impericia se cuenta también como culpa, por ejemplo, si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento.

En esta ley claramente se establecían supuestos de responsabilidad para las personas que atendían la salud de otros, encontrando el concepto de culpa; en el primer supuesto transcrito se contempla la omisión, la negligencia, el descuido, la falta de cuidado, podríamos incluir la imprudencia; en el segundo la impericia, la falta de preparación o conocimientos; en estas conductas está implícita la responsabilidad de quien se encarga de cuidar la recuperación de la salud de una persona.

Del análisis de los antecedentes históricos que hemos mencionado, se advierte que desde la antigüedad, las personas que se ocupaban de aliviar los padecimientos o enfermedades de otros, de cuidar de su salud, así como quienes los auxiliaban, que en ocasiones, como se menciona en algunos relatos históricos, eran peluqueros o barberos experimentados en el uso de la navaja cuando existía la necesidad de alguna amputación o extirpación, podían incurrir en responsabilidad y eran sancionados y obligados a reparar el daño conforme lo estipulara la ley de la época. Al analizar estas disposiciones se advierte, que contemplaban la posible existencia o no, de culpa, con base en la forma como ocurriera el hecho.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En la actualidad, es un sentir generalizado en la comunidad médica, que se

han intensificado las demandas en contra de los médicos, por inconformidades en la atención recibida. Para iniciar el análisis de lo que se considera responsabilidad civil, damos por establecido, de acuerdo con la Ley General de Salud, que por atención médica se entiende: el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud. Para efectos de la propia ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en:

I.-Servicios públicos a la población en general;

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

III.-Servicios Sociales y Privados, sea cual fuera la forma en que se contraten, y

IV.-Otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad.

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley reglamentaria del artículo 5 Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones, dispone que el profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido; a su vez el artículo 34 de la propia ley establece que cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convinieren las partes.

Dentro del marco regulatorio antes referido, se advierte la idea en relación con los profesionales de la salud, de su obligación de asistir y atender a las

personas que acudan a ellos, en cualquiera de los supuestos establecidos en la ley para la prestación del servicio médico, siempre teniendo en cuenta el fin supremo de la profesión por el cual rindieron juramento, que es la preservación de la salud y la vida.

Sin embargo, en la práctica ocurre que, algunos médicos en su actuar se apartan de las obligaciones impuestas en las normas que regulan su profesión y, esto deriva en actuaciones irresponsables o negligentes, que traen como consecuencia daños graves y directos a la salud e integridad física de los pacientes. Esto se ubica en lo que se conoce comúnmente como mala práctica médica y correlativamente lleva a la obligación de resarcir pecuniariamente los daños ocasionados por sus errores y omisiones.

Con relación a la responsabilidad civil el Dr. Jorge Carpizo nos dice: La responsabilidad civil acontece cuando se causa un daño a un paciente, con motivo de un error médico, su falta de conocimientos o peor, su negligencia.

La mayoría de los doctrinarios estiman que la relación médico-paciente, constituye un contrato de prestación de servicios profesionales por medio del cual el médico adquiere un compromiso de medios, es decir, de brindar los cuidados necesarios para procurar el restablecimiento de la salud del paciente, aunque no siempre pueda lograrse, pues los resultados pueden no ser favorables, no obstante el mejor empeño, diligencia, pericia, conocimientos, destreza y dedicación por parte del médico; el paciente por su parte, en esta relación, asume pagar la remuneración pactada.

No entraremos en detalles ni controversias en relación a las calidades, características o naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios

profesionales, en virtud de que no es el propósito de esta reforma, sino solamente el establecimiento de la relación médico paciente y los deberes derivados de tal relación, la cual en algunos casos tendrá carácter extracontractual, dependiendo del servicio de salud de que se trate, atento a la clasificación que realiza la Ley General de la materia.

Al respecto, Ackerman, Ferrer, Piña y Rossatti, al referirse a la responsabilidad profesional del médico, señalan:

Como regla la responsabilidad es contractual, salvo los siguientes supuestos: a) que los servicios hayan sido solicitados por un tercero para un enfermo grave e inconsciente; b) que el médico haya prestado sus servicios espontáneamente, sin consentimiento del enfermo; c) que los servicios se hayan prestado en contra de la voluntad del enfermo (suicida); d) que la relación contractual esté establecida con el médico y el instituto asistencial del cual aquél reciba una retribución para atender gratuitamente a ciertos enfermos.

En México, tratándose de una relación contractual, el Código Civil Federal en su artículo 2606 dispone que el que presta y el que recibe los servicios profesionales; pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.

A su vez el numeral 2615 del propio Código dispone que el que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito; esta disposición consideramos que es aplicable tanto para la relación contractual como extracontractual, pues como lo refiere Luis González Morán, independientemente de que el médico esté vinculado contractualmente con una

persona o de que no tenga con ella ninguna relación voluntaria y contractualmente consolidada, el principio universal de comportamiento de su profesión, le imponen reglas de conducta, por lo que al resultar un daño para el paciente como consecuencia de la conducta médica, surge la responsabilidad civil.

Doctrinariamente, la *negligencia* es la omisión de diligencia o cuidado en el manejo del paciente y su padecimiento, falta de aplicación, falta de atención, olvido de precauciones; la *impericia* se define como la falta de conocimientos o de práctica en la profesión, inexperiencia o torpeza y, por lo que hace al *dolo*, se considera la decisión consciente de realizar por voluntad propia una acción u omisión prevista y sancionada por la ley, estos son los casos en que la ley civil hace responsable al profesionista médico y, de acuerdo con el artículo 1910 del propio Código Civil está obligado a reparar el daño.

Como lo señalamos al hablar del acto médico, la conducta del profesionista debe ser siempre diligente y ante todo debe actuar con la mayor pericia, pues está tratando a un ser humano, una persona que cuenta con valores jurídicos tutelados como lo es la salud y en grado mayor la vida, por ello, el acto médico implica, de suyo, una serie de complejidades desde la elaboración de la historia clínica, diagnóstico, tratamiento, debida información al paciente, referirlo y, si se requiere, solicitar la opinión de diversos especialistas, respetando en todo momento sus derechos.

Con el propósito de evitar incurrir en responsabilidad legal, es importante que el médico tenga presentes los principios básicos marcados por la ética; como poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos en el desempeño de su práctica profesional, conducirse con honestidad, diligencia, responsabilidad, lealtad, sinceridad, buena fe y en estricta observancia a las

normas éticas de su profesión y solamente atender los casos cuando responsablemente cuente con la capacidad para ello e indicar los enlaces de su práctica personal y las limitaciones de su especialidad.

El Código Internacional de Ética Médica, establece como deberes del médico:

Recordar siempre la obligación de respetar la vida humana, considerar lo mejor para el paciente cuando preste atención médica, debe a sus pacientes toda su lealtad y cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe consultar o derivar a otro médico calificado en la materia.

La referencia supracitada obedece a la acertada opinión de Roberto A. Vázquez Ferreyra, quien expresa que no son pocos los casos en los cuales la negligencia del médico radicó en no haber derivado a tiempo a su paciente a un especialista; refiere coincidir con Terragni de quien transcribe:

“se requiere esfuerzo para practicar un autoexamen permanente, de manera tal de adquirir conciencia de los límites del conocimiento y de la habilidad propios... si no emplea tiempo para meditar sobre su propia capacidad obrara precipitadamente... Si debido a esa actitud desencadenase un resultado infausto, no habría obrado cuidadosamente. La culpa consiste entre otras posibilidades, en hacer más de lo que se debe: imprudencia, o en no tomar las precauciones indispensables: negligencia

Ahora bien, de acuerdo con nuestra legislación, para que pueda darse la responsabilidad civil por parte del profesional de la salud, se requiere la

existencia de varios requisitos generales como son:

- a).- Una acción u omisión antijurídica del agente (negligencia, impericia o dolo).
- b).- Culpa de este,
- c).- Que se haya producido un daño.
- d).- Relación causal entre la acción u omisión y el daño.

Lo arriba transcrito, es inexcusable que deberá demostrarse ante la autoridad judicial ante quien se demande.

Al efecto, Aurelia María Romero Coloma, nos dice:

Hay que partir, de los requisitos o presupuestos que, con carácter de generalidad, son necesarios para el nacimiento de la responsabilidad civil médica. En primer lugar... ha de realizarse una acción u omisión, es decir, un acto, sea positivo o negativo de la persona supuestamente responsable o de otras personas de las que, en su caso, debiera responder. En segundo lugar, la producción de un daño. Este daño puede ser de cualquier tipo y especie: lesión de un derecho, como el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, a la salud, a la libertad; lesión de un interés legítimo; daños patrimoniales y/o daños morales. En tercer lugar, debe existir una relación de causalidad, un nexo causal, entre el acto médico y el daño efectivamente producido. En cuarto lugar, la imputación del acto dañoso al Médico supuestamente responsable.

Es Indudable que, la base de la responsabilidad médica reside en la mala práctica por los errores inexcusables, los descuidos, el abandono, la ignorancia, la impericia o por la imprudencia del facultativo o de sus auxiliares.

En opinión de Gonzalo Moctezuma Barragán, estos extremos poseen un denominador común y es el relativo a la circunstancia de que no se trata de un daño deliberado; no obstante refiere tres factores de la actividad médica como causantes del deterioro de la salud del paciente, a saber:

- Los medicamentos o fármacos prescritos, que pueden ser contraindicados y por tanto afectar la salud del paciente.
- La actividad quirúrgica y la utilización inadecuada de material de curación o instrumental médico.
- El menosprecio de la información proporcionada por el paciente.

Con base en las anteriores condiciones, el propio Moctezuma Barragán señala que la culpa en el campo de la práctica médica engloba las siguientes manifestaciones:

Error por insuficiencia de conocimientos, error por negligencia en el diagnóstico o error por complejidad del cuadro clínico; Impericia, por la cual puede un médico dejar de practicar un examen indispensable, no realizar un diagnóstico o hacerlo equivocadamente, consecuentemente no aplicar un tratamiento o indicar uno que no es el adecuado; Imprudencia que básicamente consiste en no obrar con la debida precaución, actuar con temeridad, con ligereza, falta de reflexión o de cuidado; y Negligencia, que consiste en el incumplimiento de un deber, una omisión de la atención y de la diligencia debidas, actitud pasiva del médico.

Como se advierte, la responsabilidad profesional del médico supone un enorme compromiso con la ética, el humanismo, los valores y la correcta formación y actualización profesional, jerarquizando siempre el bienestar del

paciente; de no ser así y desde un punto de vista legal, es su responsabilidad subsanar el perjuicio producido y reparar el daño, siempre y cuando los supuestos necesarios como son la acción, la culpa, el daño y la relación causal, se encuentren probados.

El médico sólo es responsable de su propia competencia, de mantenerse apto y cumplir debidamente con el protocolo que le impone la *lex artis* médica *ad hoc*.

En el sector público al médico no se le puede atribuir responsabilidad por la falta de insumos para realizar sus deberes, ni tampoco por la deficiencia de organización en los servicios de salud; al igual que la participación del paciente sale de los límites de su responsabilidad profesional, a menos que haya incurrido en el error de falta de comunicación, no informarle debidamente o no darle las indicaciones correctamente.

Para concluir, debemos precisar que la responsabilidad civil puede ser reclamada no solo a los médicos, sino a los auxiliares participantes en el proceso del paciente, así como a las Instituciones que brindan el servicio de salud, llámese hospitales, clínicas, sanatorios, etc., a fin de deslindar la correspondiente responsabilidad.

A fin de apoyar lo señalado anteriormente, citamos a continuación algunos criterios emitidos recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Tribunales Colegiados de Circuito.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MÉDICA. SU ACTUALIZACIÓN EN TORNO AL MÉDICO QUE POSEA

AUTONOMÍA CIENTÍFICA.

El profesionista que hubiere participado en un acto quirúrgico, y que posee autonomía científica, como lo es el anesthesiólogo, puede incurrir en responsabilidad directa en términos del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, pero cuando varios médicos atienden conjuntamente a un paciente, sin formar un equipo, y no puede individualizarse al causante del daño, habrá responsabilidad solidaria; sin perjuicio de que cada uno de ellos pueda eximirse de responsabilidad probando que su actuación no guarda relación con el evento dañoso.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL MÉDICO-SANITARIA. SU ACTUALIZACIÓN EN TORNO AL DIRECTOR DE UN HOSPITAL.

Los directores médicos de un hospital que tienen asignadas ciertas obligaciones de dirección de las actividades del cuerpo facultativo y control de calidad de los servicios médicos, pueden ser demandados por negligencia, y considerados responsables, en conformidad con el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México; sin embargo, tal asignación de responsabilidad derivará de que hayan llevado a cabo actos concretos que ocasionaron un daño en desatención de sus atribuciones como administrador del nosocomio. Así, cuando exista una demanda en contra de un director de un hospital, por los servicios prestados dentro del nosocomio que dirige, su responsabilidad dependerá del caso y del contexto fáctico y normativo, que se relacionen con sus funciones, como sería si se encuentra probado que el daño se produjo por la omisión de trasladar oportunamente a la paciente a otra institución médica para su atención.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MÉDICA. SU ACTUALIZACIÓN EN TORNO A LOS INTEGRANTES DE UN EQUIPO MÉDICO.

En conformidad con el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, existe la obligación de reparar un daño causado, cuando se obra de manera ilícita. Por su parte, el diverso numeral 1924 establece que los patrones están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus dependientes, en el ejercicio de sus funciones. De una interpretación extensiva del último de los citados preceptos, cuando en un acto médico intervienen además del jefe de un equipo médico, diversos profesionistas que forman parte de éste, se actualiza la responsabilidad del primero por actos cometidos

por sus ayudantes como lo son los médicos auxiliares, ya que el paciente contrató los servicios del profesionista experto en la materia y éste es el que incorporó bajo su estricta responsabilidad a los miembros que conforman su equipo, sin que ello implique que en todos los casos no deban responder también éstos, pues ello dependerá de que se pueda individualizar quién o quiénes fueron los causantes del daño, caso en el que los auxiliares también deberán responder en forma solidaria; pero cuando no pueda ser determinado entre todos ellos quién fue el agente que causó el daño, responderá exclusivamente el jefe del equipo médico.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO- SANITARIA. FIJACIÓN DE LA LEX ARTIS AD HOC.

De conformidad con lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 93/2011, la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria debe ubicarse en la que requiere una culpa en sentido amplio para acreditar los elementos de la acción, bajo el entendimiento de que se actualiza un supuesto de una obligación de medios, pues a lo que están sujetas las personas que brindan servicios médico- sanitarios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la lex artis. Así, se considera que la apreciación de lo que debe valorarse como lex artis ad hoc no puede determinarse con meras apreciaciones subjetivas de las partes, sino que deben existir elementos objetivos que permitan al juzgador llegar a una plena convicción sobre cuáles son las conductas específicas que, sin lugar a dudas, debe cumplir el personal médico. Es el juez quien debe especificar cuáles son los deberes de los médicos en cada caso concreto; es decir, no obstante que la lex artis puede tener un elemento fáctico, pues se conforma por la práctica médica, es el juzgador quien debe determinarla a la luz del material probatorio del que disponga o del que pueda allegarse.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO- SANITARIA. SUPUESTOS DE VALORACIÓN EN UN ACTO MÉDICO COMPLEJO.

De conformidad con lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 117/2012, el acto médico es una actuación compleja que debe ser

*examinada en su conjunto a fin de valorar la presencia o no de una conducta dolosa que actualice la responsabilidad civil, dado que los distintos actos de un profesionista o de varios profesionistas médicos se encuentran estrechamente vinculados. En ese tenor, cuando el acto médico está integrado por distintas facetas en las que participan sucesivamente una multiplicidad de profesionistas médico-sanitarios, se estima que puede atribuírsele una conducta negligente a un profesionista si de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, se encontraba en una posición óptima para advertir el error culposo o doloso del profesionista o profesionistas que le precedieron y, ante tal situación, omitió llevar a cabo los actos necesarios para corregirlo o intentar corregirlo, siempre que tal actuar se encontrara dentro de su campo de acción en el acto médico. Lo anterior no implica que un profesionista médico-sanitario sea siempre responsable por la actuación dolosa o negligente del que le precedió en el acto médico, pues ello podría actualizar una violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica de esas personas. Más bien, la atribución de responsabilidad a un profesionista médico-sanitario que actúa en un acto médico complejo en el que intervinieron sucesivamente una serie de personas, dependerá enteramente de sus propios actos en dicha atención médica. Así, por ejemplo, si tras la participación de un médico, otro médico convalida la negligencia del que le precedió u omite cumplir con sus deberes de cuidado que lo llevarían a intentar corregirlo o a informarlo a los responsables para hacerlo, según la *lex artis médica*, tal conducta puede considerarse a su vez como culposa en sentido amplio y dar pie a una responsabilidad si se acredita que tal acto propició o incidió directamente en la producción del daño.*

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Otro tipo de responsabilidad a que pueden enfrentarse los profesionales de la salud, es la responsabilidad administrativa.

Como lo refiere la ex ministra Olga Sánchez Cordero, este tipo de responsabilidad se actualiza cuando el profesional de la salud infringe alguno de los preceptos establecidos en la Ley General de Salud o sus reglamentos y

demás disposiciones que se desprenden de dicha ley, independientemente de que se haya o no causado un daño en la salud del paciente.

Al efecto, la Ley General de Salud, en su artículo 416 dispone:
“Las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionados administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.”

A su vez, el artículo 417 de la propia ley señala que las sanciones administrativas podrán ser:

- 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.

De igual forma, la ley en cita establece los supuestos en los que procede aplicar cada una de las sanciones señaladas anteriormente, así como los montos de las multas.

Debe precisarse que de acuerdo con la Ley General de Salud, en su artículo 5o., el Sistema Nacional de Salud está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local y, las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud y tienen por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos.

En tal virtud, los prestadores de Servicios de Salud, como lo dispone el artículo 34 de la ley en cita, se clasifican en:

- I.- Servicios Públicos a la población en general;
- II.-Servicios a los derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social.
- III.-Servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y
- IV.- Otros que se presten de conformidad con la ley sanitaria.

Con base en la anterior reseña legal, resulta claro que quien no cumpla con los lineamientos de la Ley General de Salud, los reglamentos y demás disposiciones normativas que de ella emanen, sean personas físicas o morales, privadas o públicas, deberán ser sancionadas administrativamente mediante resolución fundada y motivada.

Ahora bien, en el caso particular de los profesionales de la salud del Sector Público, esto es, médicos, auxiliares y demás personal que laboran en hospitales de servicio público y de seguridad social, a quienes la ley obliga a salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de su empleo, cargo o comisión; el incumplimiento o deficiencia en la prestación del servicio, puede dar lugar a responsabilidades y sanciones previstas en la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la cual reglamenta el Título Cuarto Constitucional relativo a las responsabilidades de los servidores públicos quienes se encuentran obligados a cumplir con la máxima diligencia en la administración de servicios que les sea

encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión.

El artículo 49 de la ley en cita dispone que en las dependencias y entidades de la Administración Pública se establecerán unidades específicas, a las que el público tenga fácil acceso, para que cualquier interesado pueda presentar quejas y denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, con las que se iniciará, en su caso, el procedimiento disciplinario correspondiente.

A su vez el numeral 53 de la propia ley establece que las sanciones por falta administrativa consistirán en:

- I.- Apercibimiento privado o público;
- II.- Amonestación privada o pública.
- III.- Suspensión;
- IV.- Destitución del puesto;
- V.- Sanción económica; e
- VI.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

En virtud de lo anterior, como lo refiere el ilustre Profesor Miguel Acosta Romero, se puede afirmar que existirá infracción administrativa cuando se viole el orden establecido por la administración pública, para la consecución de sus fines tales como mantener el orden público y prestar un servicio eficiente.

En el entendido de que si se tratara de algún órgano de la administración

pública de los Estados, cobran vigencia sus respectivas leyes locales y sus órganos de control interno. Asimismo, también existen sanciones de carácter administrativo en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización que regula la creación, modificación y observancia de las normas oficiales mexicanas, régimen de carácter obligatorio para los profesionales de la medicina, por lo cual deben tener cuidado de atender la regulación sanitaria contenida en tales ordenamientos.

En opinión de Jaime Leyva García, la cual compartimos plenamente, la función pública debe tender sin excepción a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, de la colectividad; por lo cual representa una gran responsabilidad social el cumplir con un ejercicio eficiente y honesto, un escrupuloso manejo de los recursos y el cumplimiento eficaz de las funciones encomendadas ajustándose al marco normativo que regula adecuadamente estas responsabilidades, por lo que al no hacerlo, se incurre en la responsabilidad administrativa.

A continuación cito diversos pronunciamientos judiciales emitidos por tribunales federales en relación a nuestro tema:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE LABORAN EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. SUS PARTICULARIDADES.

En términos de los artículos 109, fracción III y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, los servidores públicos que laboran en las instituciones públicas de salud tienen la obligación de acatar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones y, por ende, se encuentran sujetos a responder administrativamente cuando su actuación sea irregular. Así, aquéllos

deben observar las obligaciones previstas en el artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre las cuales destaca la prevista en su fracción XXIV, que los constriñe a abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público, toda vez que la prestación de los servicios médicos es una de las ramas de la administración pública federal que mayor reglamentación tiene y cuya observancia por parte del personal médico, técnico y auxiliar, resulta ineludible, como es el caso de los artículos 32, 33, 166 Bis 15, fracciones VI y VIII, de la Ley General de Salud, que definen a la atención médica como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud; establecen que las actividades de atención médica son preventivas, curativas (que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), de rehabilitación y paliativas; e imponen a los médicos especialistas en las instituciones de segundo y tercer nivel, entre otras, la obligación de garantizar que se brinden los cuidados básicos o tratamiento al paciente en todo momento, así como respetar y aplicar todas y cada una de las medidas y procedimientos para los casos que señala la propia ley.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO. EN ATENCIÓN AL DERECHO HUMANO DE NO DISCRIMINACIÓN POR CONDICIÓN DE SALUD Y A LOS PRINCIPIOS DE PROXIMIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA, LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA ACTUACIÓN DILIGENTE RECAE EN LA INSTITUCIÓN DEMANDADA.

De acuerdo con el artículo 1o., párrafos tercero y quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es obligación de todas las autoridades proteger y respetar los derechos humanos, como lo es el relativo a no ser discriminado por condición de salud; de ahí que conforme a la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, relativa al expediente clínico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999, las instituciones sanitarias deben documentar el procedimiento médico y, en esa medida, las pruebas relevantes para establecer que el servicio se prestó con sujeción a las normas relativas están en posesión de los propios médicos, o bien, de las instituciones de salud. Así, lo ordinario es que la documentación y el registro de la actuación médica permanecen en los archivos del nosocomio por el tiempo que marca la ley, así como que, el paciente, preocupado por

recuperar su salud, no pida ni almacene bajo su resguardo ni, por ende, tenga a su alcance los registros respectivos. Por tanto, en atención al derecho humano indicado y a los principios de proximidad y facilidad probatoria, la carga de la prueba de la actuación diligente en el juicio contencioso administrativo sobre responsabilidad patrimonial del Estado no recae en el paciente, pues corresponde a la institución sanitaria demostrarla en cada una de las etapas del procedimiento médico. Lo anterior, con independencia de que el usuario hubiese signado una "carta de consentimiento bajo información" para determinado procedimiento, ya que esta circunstancia no releva a la institución demandada de prestar el servicio médico conforme a los estándares exigidos por la normativa aplicable, ni de probarlo.

LA RESPONSABILIDAD PENAL.

El tercer tipo de responsabilidad que pueden enfrentar los profesionales de la salud, es la responsabilidad penal, la cual surge cuando la conducta llevada a cabo en el ejercicio de la profesión, configure un delito, previsto específicamente por la propia Ley General de Salud o por el Código Penal.

A diferencia de la responsabilidad civil que es de naturaleza eminentemente patrimonial y, de la administrativa en la que se impone al servidor público desde una amonestación hasta una inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público; la responsabilidad penal trae como consecuencia sanciones privativas o restrictivas de la libertad, además de las sanciones pecuniarias como la multa y la reparación del daño.

Para el doctor Sergio García Ramírez, la responsabilidad penal se sustenta, en la conducta ilícita más grave que pueda desplegar una persona: el delito; y trae consigo reacciones jurídicas extremas, de reacción muy severa, si se les compara con las responsabilidades civil y administrativa, pues en el derecho

penal se despliega todo el poder punitivo del Estado.

A reserva de que el capítulo VI está dedicado especialmente a analizar el Título Décimo Segundo del Código Penal Federal relativo a la responsabilidad profesional y disposiciones correlativas en los correspondientes Códigos Penales de los Estados, ello a fin de despejar la interrogante esencial que motiva esta reforma, en relación a si la responsabilidad Profesional Médica se encuentra debidamente tipificada en nuestra legislación punitiva; en este punto mostraremos solamente un panorama general de la responsabilidad penal.

Primeramente debemos definir legalmente qué es un delito y, al efecto el Código Penal Federal establece:

*Artículo 7o.- Delito es el **acto u omisión** que sancionan las leyes penales. 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 estos 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.*

Ahora bien, de acuerdo con el citado Código Sustantivo, las acciones u omisiones delictivas solo pueden realizarse por medio de dolo o culpa.

Al respecto se precisa que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, (estimamos que en el ejercicio médico, los tipos penales más comunes o con mayor incidencia son los de lesiones y homicidio) o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; por otra parte, obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en 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.

En los casos de responsabilidad profesional médica en materia penal, como en materia civil, lo que se juzga es la actuación del profesional, técnico o auxiliar de la salud y determinar si fue la correcta; por lo cual consideramos que la misma conlleva cuestiones de apreciación muy especializada, desde la etapa inicial de la investigación, por lo cual es inexcusable contar con un dictamen pericial de un especialista en la misma rama del médico cuya actuación se considera configura un delito.

En este tipo de responsabilidad, habrá que analizar primeramente el dolo, esto es, si existió la intención de causar un daño por parte del agente activo, que sería el profesional de la salud; descartado ese supuesto, procedería analizar si el comportamiento fue culposo, esto es, si el acto médico que se refiere causante del daño, se realizó con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado; asimismo, si habiéndose previsto el resultado, se confió en que no sucedería.

Para esclarecer los conceptos anteriores, como condición necesaria se requiere insoslayablemente del apoyo de especialistas del área médica del padecimiento atendido, de quién resultó dañado, dada la inexactitud de la ciencia médica.

Al efecto, Luis González Morán, con gran claridad académica y pureza terminológica realiza una distinción entre error y culpa, nos explica diciendo que “sí culpa médica es la omisión de aquella diligencia exigible a un profesional medio de la misma categoría, no habrá culpa en el diagnóstico, sino solamente

error cuando haya puesto en práctica todos los medios que aquél hubiera puesto.”; al efecto transcribe párrafo de una resolución que considera muy significativa emitida por la Segunda Sala del Tribunal Superior Español, que trata precisamente de la inexactitud de la ciencia médica, razón por la cual no es imputable, por sí mismo, como culpa el error de diagnóstico.

“Es unánime la reiteración con que los tratadistas de la responsabilidad penal médica advierten de la enorme dificultad que entraña el tema, por tratarse la medicina de una ciencia que, por definición, es inexacta. Inexacta en sí misma como toda ciencia valorativa (ante un mismo paciente con determinados síntomas varios médicos ofrecen diagnósticos distintos) e inexacta por la normal interferencia en la curación de circunstancias frecuentemente imprevisibles (calidad de los medicamentos, resistencia de la naturaleza del enfermo, estado psicológico, etc.), por lo que el error es fácil. El quid de tan impreciso tema estriba en la valoración de la cantidad del error, que es precisamente lo que da lugar al reproche, cuya valoración entra en el ámbito de lo judicial...”.

En este punto estamos de acuerdo, siempre y cuando se trate de una atención médica ideal, apegada a los principios básicos del ejercicio profesional de que hemos venido hablando, que se pruebe que el médico puso en movimiento todos los medios que tenía a su alcance y que le marca la correcta práctica médica, no así, cuando actuó con pereza, descuido o negligencia que frecuentemente se advierte en las Instituciones públicas de salud en nuestro país en donde predomina el burocratismo y la falta de humanismo, con sus honrosas excepciones, claro.

Continuando con nuestro análisis, debemos puntualizar, que el estudio de la responsabilidad penal del profesional médico reviste una gran complejidad.

Sí partimos del examen del acto u omisión o la serie de actos que lleva implícito el acto médico desde la elaboración de la historia clínica, estudios de gabinete y laboratorio, diagnóstico, tratamiento, cirugías practicadas, cuidados pre y post operatorios; asimismo analizando debidamente la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad a título de dolo o de culpa para precisar a su vez en que radicó: aunado a la negligencia, impericia, falta de reflexión, falta de cuidado, error en el diagnóstico, error en el tratamiento en qué consiste cada una de ella; se impone como condición necesaria la intervención de peritos debidamente especializados.

Resulta pertinente resaltar que los tres tipos de responsabilidad que hemos mencionado pueden darse en un caso concreto, no son excluyentes entre sí, pueden coexistir pero no necesariamente. Puede darse el caso que solamente se incurra en responsabilidad civil o administrativa. Sin embargo, quien incurre en responsabilidad penal, la más grave de las responsabilidades, lleva implícita también, la responsabilidad civil relativa a la reparación del daño y si se tratase de un médico del Sistema Nacional de Salud, laborando en alguna dependencia o entidad de la Administración Pública federal o local, puede incurrir también en responsabilidad administrativa.

En relación a lo anterior es ilustrativo el siguiente pronunciamiento publicado en el Semanario Judicial de la Federación, emitido por un Tribunal Colegiado de Circuito.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE LABORAN EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. TIPOS PENALES QUE LA PREVIEN.

Al igual que el resto de los servidores públicos, los que laboran en las instituciones públicas de salud están sujetos a responsabilidad penal

cuando su actuación denote una conducta penalmente sancionable. Así, tratándose de conductas que pueden dar lugar a la existencia de una negligencia médica, las acciones u omisiones de los servidores públicos que presten dicha clase de atención a los particulares pueden llevar a la configuración de diversos delitos, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Algunos de éstos, previstos en el Código Penal Federal, en los que pueden incurrir los médicos por actuar negligentemente son: responsabilidad profesional (artículos 229 y 230); lesiones (preceptos 288 a 293, 295, 297, 298, 300 y 301); y, homicidio (artículos 302 a 305, 307 y 308). En igual sentido, la Ley General de Salud, en su artículo 469, prevé un tipo penal en que incurrir los profesionales, técnicos o auxiliares en la atención médica que, sin causa justificada, se nieguen a prestar asistencia a una persona, en caso de urgencia, poniendo en peligro su vida.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

Como lo señalamos al inicio del presente capítulo, para la defensa del derecho humano a la salud y la preservación del estado de derecho en este rubro, la población mexicana puede utilizar dos vías: la jurisdiccional o la conciliatoria.

La jurisdiccional ya vimos anteriormente que puede ser por la vía civil, administrativa o penal dependiendo de las circunstancias y gravedad del acto.

Ahora, examinaremos los mecanismos no jurisdiccionales, en primer término, la competencia que posee la Comisión Nacional de Derechos Humanos o las respectivas Comisiones Estatales de Derechos Humanos cuya principal función es la protección y defensa de los derechos humanos en México, elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adiciona el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para cumplir con sus objetivos, esta Comisión Nacional tiene como atribuciones:

1. Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;
2. Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:
 - Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;
 - Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;
3. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
4. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las Entidades Federativas a que se refiere el citado artículo 102, apartado B, de la Constitución Política;
5. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta ley;
6. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto

planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;

Los organismos a que se refieren los párrafos anteriores, están facultados para formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos.

Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o no cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Como se observa, la Comisión de Derechos Humanos aparte de tener carácter preventivo de violación de derechos humanos, cumple la función de procurar su restablecimiento cuando haya sido conculcado algún derecho, emitiendo las recomendaciones correspondientes, que aun cuando no es de carácter obligatorio su cumplimiento, la autoridad o servidor público a quien se dirija, deberá fundar y motivar su negativa.

Esta opción resulta conveniente y accesible para la población, en virtud de que acudir a un órgano jurisdiccional siempre implica costos y es a veces complicado, aun cuando la citada Comisión no cuenta con área específica para atender quejas sobre violaciones al derecho a la salud, sino que se reciben todas las quejas y se distribuyen internamente, las personas que se consideren

afectadas pueden acudir al módulo de atención y quejas, donde se le escucha, orienta y da trámite a su queja en caso de ser competentes, ello en virtud de que por ejemplo no es competente para tramitar quejas por conflictos entre particulares, ya que la competencia de la CNDH, únicamente le permite conocer de actos y omisiones atribuibles a autoridades o servidores públicos federales y las Comisiones Estatales actos atribuibles a las autoridades de las entidades federativas.

El procedimiento que se incoa resulta ser flexible y además sin costo, divergente de la opción jurisdiccional, pues inclusive la queja se puede presentar vía electrónica y recibir de este modo la primera orientación.

Esta Institución creada en México en 1990, se ha ido arraigando en la sociedad y sus perspectivas son alentadoras porque ha logrado su adecuación a la realidad de nuestro país, aun cuando en sus inicios algunos sectores de la opinión pública cuestionaron su efectividad, por tratarse en sus orígenes de un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación; lo que propició que se buscara elevar su creación a rango constitucional con el propósito de asegurar su presencia institucional para beneficio de la sociedad.

La percepción general del desarrollo de estos organismos es aceptable, pues resuelven con mediana rapidez, el procedimiento no reviste solemnidades ni peca de exceso de formalidades, por el gran número de quejas que tramita contra actos u omisiones de los servidores públicos estimados violatorios de derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, se advierte que se han ganado la confiabilidad entre la población y el respeto de las autoridades lo que de alguna manera y dentro de lo que cabe, influye en un mejor desempeño de la administración pública.

Según informe de actividades de la CNDH correspondiente al año 2017, cuando en el escrito de queja no se aprecia una presunta violación a los derechos humanos o, en caso de apreciarse, resulta ser competencia de alguna autoridad u organismo de protección a los derechos humanos en las entidades federativas, la CNDH canaliza a la persona interesada con la autoridad competente, registra el expediente de remisión respectivo, cuya tramitación incluye brindar información a la autoridad que se encargará de atender el caso y da por concluida su participación; bajo ese rubro en el 2017 se remitieron a:

- Comisión Nacional de Arbitraje Médico 507 expedientes,
- Órgano Interno de Control en el IMSS 422 expedientes, y
- Órgano Interno de Control en el ISSSTE 221 expedientes.

Asimismo se precisa en el citado informe que de las autoridades señaladas con mayor frecuencia en los expedientes de queja, ocupa el primer lugar el Instituto Mexicano del Seguro Social con 2,634 quejas y le sigue en segundo lugar el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado con 1,078 quejas.

En el propio documento, podemos advertir de la gráfica presentada bajo el rubro de “Hechos presuntamente violatorios de derechos humanos señalados con mayor frecuencia en los expedientes de queja”, en 2017 relacionados con salud fueron los siguientes:

- Omitir proporcionar atención médica: 1,782
- Obstaculizar o negar las prestaciones de seguridad social a que se tiene derecho: 592
- Omitir suministrar medicamentos: 496

- Negligencia médica: 464

De igual forma se precisa que los principales hechos violatorios contenidos en los 146 expedientes de queja que dieron lugar a las conciliaciones admitidas, durante el ejercicio sobre el que se informa, fueron calificados:

- Omitir proporcionar atención médica: 68
- Negligencia médica: 7

Asimismo, que en el propio año 2017 fueron emitidas 81 recomendaciones, de las cuales fueron para:

- Instituto Mexicano del Seguro Social: 19
 - Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado: 4.
- Los hechos violatorios que se consignaron en las citadas recomendaciones emitidas fueron indistintamente:
- Negligencia médica y,
 - Omitir proporcionar atención médica.

Por otro lado, se precisa en el instrumento de referencia que al concluir el año se observó que el IMSS se encuentra entre las cinco autoridades federales con mayor número de recomendaciones en trámite, un total de 50.

Un dato relevante en materia de salud fue la Recomendación General 29 sobre el expediente clínico como parte del derecho a la información en servicios de salud.

La citada Recomendación General fue dirigida a las personas titulares de las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; de los gobiernos de las entidades federativas; y del IMSS, ISSSTE y de Petróleos Mexicanos (PEMEX).

En ella, la CNDH documentó omisiones sistemáticas por parte del personal de salud de diversas instituciones públicas en la elaboración de los expedientes clínicos de las y los pacientes que acuden a los servicios de salud de los distintos niveles de atención pública y precisa que esta práctica genera múltiples efectos negativos en la prestación del servicio a las y los usuarios del mismo, en tanto que la información contenida en un expediente clínico produce al menos una doble condición, a saber:

- 1) permite que el personal médico dé un seguimiento oportuno y diligente sobre la atención de la problemática de salud del o de la paciente y,
- 2) brinda al o a la paciente y a sus personas autorizadas las herramientas suficientes para tomar una decisión informada en relación con su padecimiento o condición.

La recomendación entre otros aspectos requiere a las Instituciones de salud, vigilar el cumplimiento de la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 del expediente clínico y su relación con los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud.

Asimismo, la Recomendación General 31 sobre la violencia obstétrica en el Sistema Nacional de Salud fue dirigida a las personas titulares de las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; de los gobiernos de las entidades federativas; del IMSS, del ISSSTE y de PEMEX.

Con ella CNDH busca visibilizar la violencia obstétrica con la finalidad de que las autoridades tomen las acciones necesarias para eliminar toda vulneración a los derechos humanos de las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio en las instituciones de salud del país.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico fue creada en 1996, bajo las siguientes consideraciones:

“Que el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 plantea el mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia;

Que los mexicanos reciben servicios médicos en los que participan instituciones públicas y privadas, así como profesionales de la salud que ejercen libremente su actividad, con el objeto común de proteger, promover y restaurar la salud de los habitantes del país; 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;

Que para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos;

Que de igual manera, es indispensable que esa instancia especializada, garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca y,

Que la creación de un órgano administrativo con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones,

acuerdos y laudos, responda a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos.”

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, teniendo por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

La Conamed se creó, entre otros aspectos, para que los usuarios de los servicios de salud pudieran presentar inconformidades y quejas por actos u omisiones que se consideren irregulares, derivados de la prestación de los servicios médicos.

Las quejas tramitadas ante esta instancia, se limitan a la cuestión médica, actos u omisiones del médico o de algún integrante de su equipo y pueden referirse a cualquier momento del acto médico; una condición necesaria y esencial es que el quejoso debe tener la voluntad de resolver el problema, esto es, llegar a un acuerdo conciliatorio de manera pacífica con el prestador del servicio profesional, o en su caso, someterse al arbitraje, si la otra parte también expresa su conformidad.

En tal virtud, la Conamed fue configurada para realizar las siguientes funciones básicas:

- Recibir quejas, investigar presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de un servicio médico y emitir sus opiniones respondiendo a los legítimos reclamos de los actores de la relación generada

por la prestación de servicios médicos.

- Llevar a cabo una conciliación del conflicto derivado de probables actos u omisiones derivados de la prestación del servicio; probables casos de negligencia (abandono, descuido), negación del servicio, un error técnico, una mala práctica médica, una imprudencia, impericia (falta de conocimiento de la técnica, de experiencia, de habilidad), que hayan tenido consecuencias sobre la salud del paciente.

- Actuar como árbitro y emitir los laudos que correspondan cuando tanto los usuarios de los servicios médicos como los prestadores de estos servicios hayan aceptado previamente el arbitraje.

Un dato importante radica en la queja debe ser de carácter civil, ya que no puede actuar en asuntos penales derivados de la comisión de un delito; y por otra parte, en el conocimiento de la responsabilidad administrativa la competencia recae en los órganos de control interno de las dependencias correspondientes.

- Otra función encomendada a este organismo es la emisión de dictamen institucional cuando es solicitado por los órganos de control, de procuración e impartición de justicia y por la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

A criterio de José Luis Soberanes Fernández, la creación de esta Comisión ha sido un intento honesto para resolver con mayor rapidez las inconformidades que plantean los usuarios de servicios de salud que se ven afectados o dañados por los actos médicos, con ciertas limitaciones como la voluntad de ambas partes para la amigable composición o que sus laudos no tengan obligatoriedad en los términos de una resolución judicial; considera que es una buena opción alternativa y complementaria de la función jurisdiccional.

La CONAMED, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, goza de

autonomía técnica y operativa, sin autonomía administrativa pues está jerárquicamente subordinada a la Secretaría, no obstante tiene facultades para ejercer desconcentradamente el presupuesto autorizado así como registrar y controlar sus compromisos.

Consideramos que con el presupuesto que se le asigna anualmente a este órgano puede y debe contribuir de manera directa y más activa en la elaboración de dictámenes médicos institucionales u opiniones técnicas especializadas en apoyo de la administración, procuración e impartición de justicia ya que sin duda permitiría orientar a las autoridades no especializadas en cuestiones médicas quienes contarían con mayores elementos para la toma de decisiones ante un caso de responsabilidad profesional médica, sobre todo en materia penal; planteamiento que haremos en el capítulo siguiente en el que abordaremos algunos inconvenientes de su reglamento interno.

La investigación en el sistema procesal penal que rige en nuestro país, se integra por el conjunto de actos tendientes a la comprobación y esclarecimiento de los hechos, a fin de determinar la existencia de los elementos de un delito o delitos, así como la responsabilidad penal o inocencia de las personas involucradas.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función, al Ministerio Público le está encomendada la tarea de ordenar y dirigir la investigación, con el objeto de determinar si se cometió un delito, las circunstancias en las cuales se llevó a cabo, recabar los elementos de convicción necesarios y establecer la identidad de los autores; el ejercicio de la acción penal ante los tribunales

corresponde al Ministerio Público.

El Ministerio Público con el apoyo de los órganos de investigación penal, es el encargado de dirigir la investigación, desde la recepción de las denuncias, realizar las diligencias necesarias como son inspecciones, entrevistas, ordenar la labor pericial de campo y criminalística así como la indagación policial; por lo tanto está obligado a realizar una óptima investigación, recabar los medios de prueba necesarios y elementos de convicción que lleven a la verdad de los hechos.

Las diligencias básicas en la carpeta de investigación por una probable responsabilidad médica en los delitos de homicidio o lesiones indistintamente son las siguientes:

- 1.- Recepción de denuncia ante la Unidad de Investigación.
- 1 bis.- Atender llamado de fallecimiento de persona en un nosocomio (del cual se hace cargo la policía investigadora en el nuevo sistema).
- 2.- Dictamen médico previo de lesiones y exploración física exterior.
- 2 bis.- Dictamen médico forense de Autopsia en el caso de fallecimiento de la persona, que determine las causas de la muerte.
- 2 ter.- Solicitud de informe o cita al médico que haya emitido, en su caso, el certificado de defunción.
- 3.- Oficio de Investigación a la policía investigadora.
- 3 bis.- Solicitud de avance de la investigación derivado del fallecimiento de la persona en nosocomio.
- 4.- Recepción de declaraciones informativas (familiares, recepcionistas, enfermeras, personal del nosocomio).
- 5.- Solicitud de expediente clínico a la institución médica que haya conocido de

la salud del paciente o su intervención quirúrgica si fuera el caso.

6.- Inspección en el área donde se haya atendido o intervenido al ofendido o haya fallecido la víctima (quirófano, área de urgencias médicas, y/o área de cuidados intensivos).

7.- Solicitud de informes a diversas instituciones de salud, clínicas u hospitales en las que atento a las pruebas recabadas anteriormente, se presuma que la parte ofendida recibió alguna atención médica previa a los hechos denunciados con el fin de recabar antecedentes de salud de la víctima.

8.- Cita al médico o médicos que hayan intervenido en el tratamiento, atención, cirugía o cirugías de la víctima o denunciante.

9.- Remisión de constancias de la investigación a la Comisión de Arbitraje Médico (Nacional o delegacional) con el fin de obtener una opinión técnica de una posible responsabilidad médica respecto a los hechos denunciados e investigados de los que se duelen los familiares o la víctima.

Advertimos que la importante función investigadora del Ministerio Público, tratándose de la responsabilidad profesional de los médicos en la práctica actual, no profundiza para encontrar la verdad en los hechos que se investigan, no agota como debiera los procedimientos, que consideramos son necesarios para arribar al conocimiento del origen del problema que culminó con un daño en la salud o vida de un paciente, apoyándose en la medicina especializada, en la medicina legal y ciencias forenses, procedimientos que van de la mano con la finalidad de determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho y, que son de gran relevancia, indispensables para la investigación penal a fin de determinar la existencia o no de delito y la culpabilidad del autor y partícipes de los hechos.

La medicina no es una ciencia exacta, la falibilidad del médico es alta, cada

enfermo es diferente y el diagnóstico y pronóstico puede variar así como la evolución y desarrollo de la enfermedad puede ser distinta, al igual que la respuesta al tratamiento.

Por ello en el proceso penal por responsabilidad médica resulta necesario e inevitable que además de las pruebas señaladas como básicas líneas arriba, se profundice recurriendo a la medicina legal, exigiendo que los dictámenes médicos forenses contengan un verdadero análisis de los datos arrojados por el cuerpo de la víctima, sea homicidio o lesiones, determinar heridas, complicaciones, causas de incapacidad, secuelas o muerte, en cada caso en particular para conocer realmente la verdad histórica.

La función del juzgador es compleja, impartir justicia es una tarea ardua y bastante complicada sobre todo, cuando se debe decidir si alguien es responsable o no de determinado delito y necesariamente se requiere de un conocimiento especializado en alguna disciplina para normar el criterio, de ahí que resulta imprescindible contar con un dictamen médico legal completo y exhaustivo que por una parte describa las lesiones o causa de muerte y además proporcione datos objetivos sobre la existencia o inexistencia de relación de causalidad entre el acto u omisión médico y el resultado dañoso.

La medicina legal es definida por el Profesor Gisbert Calabuig, como el conjunto de conocimientos médicos y biológicos necesarios para la resolución de los problemas que plantea el derecho, pero para que cumpla adecuadamente su finalidad ha de someterse a normas e inspirarse en principios fundamentales y que deben tomarse en consideración al estudiar el método médico-legal, tres elementos: el perito, la investigación de la verdad pericial y la elaboración de sus resultados o peritación propiamente dicha; haciendo hincapié en que la

ignorancia, la falta de orientación da lugar a que eminentes clínicos, competentes especialistas, sean en la práctica mediocres peritos.

En opinión de Xavier Abel Lluch, Josep Arimany Manso y Esperanza L. Gómez Duran, el dictamen médico legal deberá ser completo y contener de forma ordenada:

- Datos del perito: nombre y apellidos, título profesional, mérito académico relacionado con el objeto de la pericia: su especialidad y subespecialidad, el número de colegiación profesional si pertenece alguna asociación profesional, así como datos de localización;
- Antecedentes judiciales: quien le ha encargado el dictamen;
- Descripción de la persona objeto de examen: datos identificativos y descripción de su aspecto exterior, igualmente concretar la actuación médica a evaluar (fechas, institución en que se prestó la asistencia, médico tratante);
- Exploración directa del perjudicado objeto del dictamen: descripción de las lesiones y secuelas;
- Observaciones y reservas: el perito puede dejar constancia de la necesidad de pruebas complementarias;
- Metodología utilizada por el perito para el desarrollo de la pericia, revisión de la historia clínica, evaluación directa de las pruebas complementarias realizadas, (pruebas de imagen, estudio de muestras de anatomía patológica) instrumentos utilizados, bases técnicas aplicables y protocolos científicos de aceptación general en la comunidad científica;
- Evaluación Pericial: Se toma como base a Hernández Gil. quien plantea un protocolo de Informe médico forense dividido en 7 apartados: 1) Preámbulo, 2) objeto de la pericia, 3) metodología pericial, 4) estudio de la presunta imprudencia o falta médica, 5) estudio del daño o perjuicio ocasionado, 6) valoración de la relación de

causalidad y, 7) emisión de las conclusiones médico legales. Este apartado debe incluir el estudio de la presunta imprudencia o falta médica, el estudio del daño ocasionado y su relación de causalidad con el defecto de praxis.

- Conclusiones numeradas, ordenadas y referirse a los extremos objeto de la prueba, precisando la descripción del acto, o en su caso, la omisión médica, el resultado producido, descripción de las secuelas si las hubiera, la relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño ocasionado.

La destacada Doctora Carina Gómez Fröde, Directora General de Arbitraje Médico de la Conamed explica:

Un dictamen médico o una pericial en materia de medicina puede constituir una prueba científica importante e incluso determinante para solucionar un litigio médico siempre y cuando cumpla con los requisitos de objetividad imparcialidad, exhaustividad, claridad, información y contenga argumentaciones lógicas, sustentadas y justificadas...frente a litigios complejos en materia médica, no hay certezas absolutas, porque la medicina no es ni será una ciencia exacta. Cuando a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se le requiere determinar si en un caso concreto existe mala práctica, es importante y necesario contar con una metodología de análisis. Hacer revisiones exhaustivas de todas las posibles respuestas que se puedan presentar frente a casos complicados...el modo de construir las justificaciones para sustentar una conclusión, en relación al ejercicio de la práctica médica debe ser metódico, sistemático, con lenguaje claro y sencillo, razonado y sobre todo convincente para los que no somos médicos.

Como regla general, en materia de responsabilidad profesional médica, en términos comprensibles para las partes y para el Juez, la pericial médica debe

versar sobre los siguientes extremos:

- 1.- Si de la actuación médica se desprende que pudo haber defecto de praxis;
- 2.- Si los resultados lesivos se deben atribuir a ese defecto de praxis o a circunstancias imprevisibles.
- 3.- Si en el error, imprudencia o defecto de praxis pudo haber otros implicados y el modo en que fueron copartícipes de los hechos.
- 4.- Nexo de causalidad entre la malpraxis y los daños originados;
- 5.- Si en definitiva el error se presume atribuible a impericia, imprudencia, etc.
- 6.- Si se trata de error de diagnóstico, aclarar si es error evitable.
- 7.- Si se trata de un diagnóstico a destiempo, buscar si las causas son atribuibles a uno o más profesionales, al sistema de salud o a otras circunstancias.
- 8.- Si se trata de error terapéutico, establecer su relación con los daños.
- 9.- Resumir donde se ha infringido la *lex artis* y motivar el defecto de praxis: historia clínica insuficiente o inadecuada, falta de medios diagnósticos, dejadez en el seguimiento, falta de valoración de riesgos en la terapéutica, etc.

Como se aprecia, el dictamen médico-legal es un instrumento decisivo en los procesos de responsabilidad profesional médica en materia penal, tanto desde el punto de vista clínico para conocer el origen, diagnóstico, tratamiento, pronóstico y evolución de una lesión o defunción de una persona, como para ponderar si la actuación del médico demandado infringió la llamada *lex artis ad hoc*.

Desafortunadamente, en México la función que realizan los peritos médicos adscritos a la Fiscalía General de la República o Fiscalías de Justicia de los Estados, deja mucho que desear, con algunas honrosas excepciones; al respecto, el Dr. German Guillen López, investigador de la Universidad de Sonora estima que en la ciudad de México la formación de los peritos es superior en comparación con el interior de la República; que las diferencias en grados de formación que tienen los peritos en la Ciudad de México y en otras ciudades importantes del país atiende a cuestiones demográficas, económicas e históricas.

Al respecto considero que su reflexión tiene sentido si tomamos en consideración que la UNAM ofrece una licenciatura en Ciencia Forense, licenciatura multidisciplinaria que aborda áreas como: Química, Biológica, Física, Matemáticas, Genética Forense, Criminología, Criminalística, Derecho, así como Psicología, Medicina y Antropología y por otro lado, el Instituto Politécnico Nacional, a través de la sección de estudios de posgrado e investigación de la Escuela Superior de Medicina ofrece el programa de especialidad en medicina forense en modalidad escolarizada, cuyo objetivo es capacitar recursos humanos para diagnosticar la causa de muerte y aportar datos para diferenciar entre homicidio, suicidio, accidente y muerte no violenta, para una mejor administración y aplicación de justicia .

Sin embargo, la medicina legal como tal es una especialidad para la que hay que competir presentando el examen nacional de residencias, a cargo de la Comisión Interinstitucional para la Formación de Recursos Humanos para la Salud (CIFRHS), cualquier médico general de cualquier estado de la República mexicana está en aptitud de concursar, con todos los obstáculos que representa

el ingreso a cursar dicha especialidad.

Considero que en la investigación del delito y la probable responsabilidad penal del médico en México, el incumplimiento a los lineamientos básicos para un correcto dictamen médico de lesiones o un dictamen de autopsia se explica quizá por la falta de especialización de los médicos adscritos a Servicios Periciales de las distintas Fiscalías de Justicia de los Estados, pues dicha especialización no es un requisito exigido para fungir como tal.

Al revisar los lineamientos L/003/19 por los que se regula al personal adscrito a la entonces Procuraduría General de la República que continua en la Fiscalía General de la Republica, así como para el personal de transición; publicado en el DOF el 14 de noviembre de 2019, en cuanto a los requisitos para ingresar y permanecer como perito de carrera, cuyo tenor siguen las Leyes Orgánicas de las Fiscalías de Justicia de los Estados, se encontró:

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.

II. Por cuanto hace a los peritos: Tener título legalmente expedido y registrado por la autoridad competente que lo faculte para ejercer la ciencia, técnica, arte o disciplina de que se trate, o acreditar plenamente los conocimientos correspondientes a la disciplina sobre la que deba dictaminar, cuando de acuerdo con las normas aplicables no necesite título o cédula profesional para su ejercicio.

Como puede advertirse no se necesita tener la especialidad de médico legista o médico forense para ingresar y permanecer como perito médico de la Procuraduría General de la República, solamente se requiere contar con título legalmente expedido y registrado por la autoridad competente que lo faculte

para ejercer la ciencia médica; esto significa, licenciatura en medicina general, que aun cuando no se ponga en duda su capacidad como médico, no resulta óptimo para rendir un detallado dictamen forense con la profundidad y ciencia necesaria que explique la causa de la muerte de una persona, o la gravedad de una lesión y sus secuelas, más aún en el caso de que el paciente hubiese sido atendido por varios médicos consecutivamente, precise en cual etapa de la atención médica se cometió la imprudencia, la falta de cuidado o en qué momento se ejecutó la acción imperita que trajo como consecuencia el daño resultante.

La medicina legal, es la rama de la medicina que se encarga de determinar causa, fecha y hora de la muerte mediante el examen del cadáver, precisa los diferentes tipos de lesiones que presenta el cuerpo en estudio, características descriptivas de las heridas, número, localización, afectación orgánica, dimensión, cantidad de sangre y si se requiere alguna operación aritmética relacionada con la pérdida de sangre y el tiempo probable en el que sobrevino la muerte, trayectoria intraorgánica si hubiera, así como cuáles de ellas fueron pre y post mortem, en conclusión, un estudio detallado de todas las circunstancias presentadas por el occiso y como conclusión su opinión sobre la causa de la muerte.

De esta manera, lo ideal sería contar en todo el país con el apoyo de las ciencias forenses; aquellas disciplinas del conocimiento humano que apoyan la investigación penal en el área médico-legal y que pueden servir para el debido esclarecimiento de los hechos tanto en lesiones como en homicidio, llámese anatomopatología, histología, radiología, toxicología, neurología, psiquiatría, odontología, entre otras disciplinas científicas; pues no obstante que tales profesionales no son investigadores criminalistas, aportan un conocimiento

específico y detallado en beneficio de la investigación penal, de manera tal que son un factor importante para reforzar la investigación del delito y asesorar al Ministerio Público o al Juez, sobre asuntos biológicos, físicos o patológicos.

En tal virtud, para preservar la transparencia de la investigación y el debido proceso, así como las actividades encaminadas a esclarecer un hecho delictivo atribuido a un profesional de la medicina, es imprescindible que el dictamen médico legal sea rendido por un especialista en medicina forense, no un médico general con nombramiento de perito, cuyos conocimientos específicos en la materia son escasos y muy generales, además adolecen de profundidad y suficiencia.

Se requiere, de igual forma, establecer la obligatoriedad de la opinión técnica médica de un especialista en la materia en la que fue atendido el ofendido, llámese cirugía, ginecología, pediatría, urología, neurología, por citar algunas especialidades, ello a fin de lograr verdaderamente el objetivo de la investigación penal: el esclarecimiento del delito y que el ministerio público esté en aptitud de realizar la imputación y formular la acusación respectiva, tipificando debidamente la conducta e identificando correctamente al autor del hecho, sobre una base firme.

El problema y el drama real al que se enfrentan actualmente los médicos en el ejercicio profesional, cuando tienen que defenderse de acusaciones de los pacientes o sus familiares, radica en la dificultad probatoria por desconocimiento de la cuestión legal, un médico acusado de homicidio, privado de su libertad con dolor y estupor, expresó :

“...dicen que mate a propósito a uno de mis pacientes, que lo mate con dolo.

Me acuerdo muy bien de él, todos los días le pienso, me dolió el alma, ya me sentía triste; ahora con esto me siento más. No entiendo nada de leyes, no sé qué hacer, lo único que sé es ser médico. No entiendo nada yo lo único que sé es medicina”.

La Doctora Carina Gómez Fröde con gran sensibilidad expone que una demanda en contra de un médico perjudica a su familia y a su entorno laboral, social, económico y moral, y que una consecuencia muy significativa es “el linchamiento social”

Por ello, resulta apremiante que los encargados de la procuración e impartición de justicia dispongan del auxilio técnico y profesional especializado de quien posee el conocimiento específico que les permita analizar y ponderar en su gran amplitud los hechos clínicos sometidos a su consideración y con la autoridad que le otorgan sus conocimientos esté en posibilidad de relacionarlo con la declaración del acusado y demás pruebas aportadas.

Es una realidad que quien acusa, defiende o juzga, no siempre dispone de las opiniones técnicas de un profesional o profesionales especialistas del rango que se cuestiona, por lo cual resulta imprescindible y necesario, que se requiera legalmente como requisito en la carpeta de investigación, el dictamen médico forense así como la opinión técnica médica del especialista correspondiente en la materia o área médica en la que estaba siendo atendida la víctima, ello en aras de la claridad de los hechos acontecidos.

Al respecto, la experimentada Doctora Carina Gómez Fröde nos ejemplifica algunas prácticas médicas que pueden dar lugar a responsabilidades por parte de los prestadores del servicio médico:

- a) El empleo de tratamientos que no han sido debidamente comprobados o la experimentación en pacientes sin su consentimiento.
- a) La prolongación excesiva de un tratamiento o persistir en este cuando no mejora la salud del paciente (encarnizamiento terapéutico)
- b) El abandono de un paciente.
- c) El prescribir medicamentos contraindicados.
- d) El otorgar tratamientos que no forman parte de la especialidad del médico tratante.
- e) Las omisiones o los errores en las recetas médicas y en los expedientes clínicos.
- f) Las simulaciones de cirugías o la realización de cirugías innecesarias.
- g) Errores en el diagnóstico, tratamiento o procedimientos efectuados.

Bajo esa tesitura, la propia doctora Carina Gómez Fröde, en un artículo sobre la prueba pericial médica, criterios para su emisión, admisión y valoración, haciendo referencia a criterios judiciales en nuestro país, señala:

La prueba pericial ofrecida para demostrar la negligencia profesional en la que pudo incurrir el médico tratante del paciente, se constituye en un elemento probatorio indispensable para tener o no por acreditados los hechos negligentes que se atribuyen al sujeto activo...por lo que en su desahogo se debe cuidar por las partes y, en su caso por el juez, que el dictamen relativo reúna todos aquellos elementos mínimos indispensables que ilustren al juzgador para que éste al realizar la valoración respectiva aborde una conclusión objetiva y justa. Así, en

estándar destaca la necesidad de que el dictamen de la pericial médica esté a cargo de un profesional en medicina especializado en el órgano humano, enfermedad o padecimiento que involucró el hecho dañoso, pues la lógica indica que es la persona con mayores conocimientos y experiencia para opinar sobre el punto específico a dilucidar. El análisis del perito para emitir su dictamen debe apoyarse, en caso de que exista, en el expediente clínico del sujeto pasivo, o en los exámenes clínicos y médicos de la persona en caso de ser necesario y cuando ello sea factible, con la finalidad de que pueda valorar sus antecedentes tales como edad, sexo, constitución anatómica, predisposición, otras enfermedades padecidas y sus probables secuelas y relación con la que se dictamina, etc. ya que solo de esa manera puede realizar un estudio profundo, acucioso, lógico, razonable y objetivo.

En consecuencia, el ministerio público, como órgano constitucional de procuración de justicia, o el juez, como impartidor de justicia, tienen la obligación inexcusable de determinar no sólo la existencia de una lesión o la muerte de una persona, con el respectivo daño al bien jurídico tutelado, sino también determinar, si ese daño causado, indudable y necesariamente fue originado por un acto imprudente, negligente o fruto de la impericia o de no llevar a cabo el protocolo o normatividad, atribuible al médico tratante y en qué etapa del tratamiento o atención médica ocurrió esto. Para no incurrir en el error de procesar penalmente a un médico inocente o al médico equivocado, en el caso de que hubiera sido atendido por varios, lo cual ocurre con frecuencia, afectando o destruyendo su ámbito emocional, familiar y social.

DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE UNA PRUEBA PERICIAL Y UNA OPINIÓN TÉCNICO-CIENTÍFICA.

La Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México, en su artículo 34 establece como una garantía de los profesionistas en caso de inconformidad de un cliente, contar con un dictamen de peritos.

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, tal como se expuso en el punto anterior, en materia de atención médica, la experiencia indica que la disposición normativa en comento es

insuficiente, presenta serias limitaciones para la determinación de la responsabilidad tratándose del médico y auxiliares.

Retomando las consideraciones de Gisbert Calabuig en cuanto a los tres elementos que deben tomarse en consideración al estudiar el método médico-legal, a saber:

- El perito
- La investigación de la verdad pericial y,
- La elaboración de sus resultados o peritación propiamente dicha.

El referido autor nos dice que el buen perito resulta de la concurrencia de un conjunto de cualidades:

Impulso vocacional que le hacen apto para la función pericial, *objetividad* para la interpretación de las pruebas; *reflexión y sentido común* para reducir cualquier problema, aun el más complicado a sus términos más simples; *juicio* para jerarquizar los hechos, subordinar lo secundario a lo principal y correlacionarlos entre sí, *prudencia* en la elaboración de los dictámenes y en la formulación de conclusiones, *imparcialidad* derivada de su formación científica que debe traducirse en el contenido de sus informes, evitar ser portavoz de alguna de las partes, expresando su opinión con tacto y, *veracidad* cualquiera que sean las consecuencias jurídicas y sociales que deriven de ella, siendo imprescindible que la verdad científica guíe sus pasos.

En ese contexto, aun cumpliendo todos los requisitos en el desahogo de la prueba pericial, consideramos resulta de gran ayuda en el esclarecimiento de los hechos, la opinión técnico-científica que complementa al dictamen médico legal.

La opinión técnico científica debe formularse por médicos especialistas en el área donde se atendió al pasivo, tomando en consideración toda la información proporcionada y que obre en la carpeta de investigación, tales como el expediente clínico, declaraciones de los involucrados y cualquier otro elemento técnico.

La opinión técnico científica es de gran eficacia y valor probatorio ya que contribuye a la evaluación objetiva de la conducta del médico y sus auxiliares y, se encuentra conceptualizada en el reglamento de la CONAMED, la cual está facultada para emitirla al igual que los dictámenes médicos cuando se lo requieran los órganos encargados de la procuración e impartición de justicia; más aún, al ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, los dictámenes que emita generan confianza y seguridad a los usuarios del servicio médico así como a los prestadores de dicho servicio atendiendo a su metodología científica.

Lamentablemente en la práctica ocurre que los Agentes del Ministerio Público, omiten solicitarla por considerar dilatorio dicho trámite e integran la carpeta de investigación únicamente con el dictamen del perito médico de la Procuraduría de Justicia local, adminiculado a otras pruebas diversas.

De acuerdo con el reglamento de procedimientos de la CONAMED, la gestión pericial se sujetará a las siguientes reglas generales:

Se tendrán por legitimados a los órganos internos de control encargados de la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad, los agentes del Ministerio Público que instruyan la averiguación previa, las

autoridades sanitarias encargadas de regular la atención médica y los órganos judiciales que conozcan del proceso civil o penal;

- Sólo se aceptará la solicitud cuando se refiera a la evaluación de actos de atención médica;
- Se desecharán de plano las solicitudes que no se refieran a evaluar actos de atención médica; cuando no acepten a la CONAMED en su carácter de perito institucional, o cuando no acepten ajustarse a los plazos y procedimientos de la CONAMED;
- La solicitud de dictamen deberá ser acompañada de documentación médica completa y legible del asunto a estudio;
- Deberá remitirse copia legible de las declaraciones de las partes y de los peritajes previos, si los hubiere;
- La CONAMED sólo actuará como perito tercero en discordia, y
- La CONAMED elaborará los dictámenes con base en su protocolo y procedimiento institucional y serán emitidos, conforme a las disposiciones en vigor, a la interpretación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y la literatura universalmente aceptada, atendiendo a la información proporcionada por el peticionario.
- La CONAMED buscará y contratará, en su caso, personal médico especializado, certificado debidamente, para asesoría externa en el estudio de casos.
- La CONAMED sólo elaborará ampliación por escrito del dictamen cuando el peticionario necesite mayor información sobre el mismo y especifique los motivos que sustentan su solicitud. En ningún caso se realizará la ampliación en diligencia judicial.

De dichas disposiciones se advierte que el dictamen es elaborado por personal médico especializado, debidamente certificado del sector

público, social o privado, perteneciente o contratado al efecto por la Conamed para que brinde la asesoría externa en el estudio de casos concretos con base en los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y la literatura actualizada y universalmente aceptada, tomando como base la información que le sea proporcionada y documentación médica completa y legible del asunto a estudio, para lo cual la autoridad investigadora debe remitir copia legible de las declaraciones de las partes y de los peritajes previos, si los hubiere.

En opinión de Gonzalo Moctezuma Barragán, la opinión técnico-científica y la pericial médica poseen naturaleza distinta, al efecto refiere:

La opinión técnico-científica es un instrumento meramente administrativo que carece de las formalidades del peritaje, en tanto que éste aporta un conocimiento detallado del examen de la persona.

La pericial descuida el análisis de los hechos, parte total de la opinión técnica y del dictamen de la CONAMED.

Mientras que la pericial atiende al resultado producido, las causas de la muerte o la alteración de la salud, la opinión técnica analiza otro nivel del injusto: su origen, desarrollo, tiempos de actividad o inactividad y, especialmente, la atención o cuidados puestos al agente.

De lo expuesto podemos concluir que en la investigación penal relacionada con responsabilidad médica, es esencial contar no solo con el dictamen del perito médico legista, sino también el dictamen y la opinión técnico-científica de la Conamed a cargo de especialistas en el área médica en que se atendió al

pasivo, los cuales consideramos deben constituirse como requisitos indispensables para el ejercicio de la acción penal, plasmados debidamente en el Código Penal.

El problema de impracticabilidad que advertimos en el reglamento de procedimientos en la gestión pericial de la CONAMED, radica en que ya no es acorde a los principios que rigen el proceso penal en nuestro país.

En efecto, la reforma Constitucional del año 2008, que introdujo los juicios orales implicó una modificación estructural de los diferentes componentes que integran el sistema de justicia penal, en virtud de la sustitución del modelo penal mixto por uno predominantemente acusatorio y oral, regido por los principios procesales de inmediación, contradicción, concentración, continuidad y publicidad.

Los principios en cita requieren que toda audiencia se desarrolle íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional así como de las partes quienes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba en una audiencia de juicio que se debe llevar a cabo de forma continua, sucesiva, secuencial y de manera pública, y el no acatamiento de estos principios puede traer como consecuencia la nulidad, salvo algunas expresas excepciones prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por lo anterior, consideramos que las disposiciones del reglamento de procedimientos en la gestión pericial de la Conamed dejaron de ser acordes a las disposiciones del debido proceso en el desahogo de la prueba pericial, ya que en el reglamento de la CONAMED se establece:

- Se desecharán de plano las solicitudes cuando no acepten a la CONAMED en su carácter de perito institucional, o cuando no acepten ajustarse a los plazos y procedimientos de la CONAMED;
- La CONAMED sólo actuará como perito tercero en discordia,
- Los dictámenes emitidos por CONAMED deberán considerarse ratificados desde el momento de su emisión, sin necesidad de diligencia judicial.
- La participación de la CONAMED en diligencias ministeriales o judiciales se limitará, dada la naturaleza institucional del dictamen, a rendir una ampliación por escrito al peticionario.

Respecto al primer punto, estimamos que corresponde al ministerio público o al Juez establecer el plazo máximo dentro del cual debe ser rendido el dictamen a fin de que la justicia sea pronta y expedita y así evitar caer en burocratismos y dilaciones innecesarias. De igual forma, en cuanto a que se establece que sólo se actuará como perito tercero en discordia, sin necesidad de acudir a ratificar el dictamen ni a diligencias ministeriales o judiciales, tales disposiciones se oponen abiertamente a los principios Constitucionales del debido proceso; al respecto encontramos atinadas las consideraciones del Lic. Luis Raúl González Pérez en el sentido de que absolutamente ningún reglamento del poder ejecutivo es oponible a una ley expedida por el Congreso.

Las disposiciones del reglamento de procedimientos para la atención de quejas y gestión pericial de la Conamed, operan en el ámbito administrativo; en materia penal, no pueden ir más allá de lo establecido en la Constitución o los Códigos Penales o del Código Nacional de Procedimientos Penales, en tal virtud, las normas establecidas actualmente en el citado reglamento, no son

oponibles a una orden judicial y puede dar lugar a desacato en caso de negarse a emitir algún dictamen bajo el argumento de que no es solicitado como perito tercero en discordia o negarse a asistir a diligencias.

El Código Nacional de Procedimientos Penales contempla la intervención de perito en el procedimiento con sujeción a interrogatorio o contrainterrogatorio para efectos probatorios, en consecuencia, la reglamentación de la Conamed discrepa y ya no es acorde a los principios generales que rigen la prueba pericial.

Tal y como están las disposiciones administrativas de la CONAMED en materia pericial limita las facultades constitucionales y legales de los jueces en la materia; son normas invasivas a campos reservados al poder legislativo, que contravienen abiertamente disposiciones de la legislación penal que es de orden público, por lo cual proponemos que se regularice dicho reglamento al nuevo sistema penal oral a fin de que dicho órgano desconcentrado continúe cumpliendo con uno de los importantes objetivos que motivaron su creación: auxiliar a la procuración e impartición de justicia mediante la elaboración de dictámenes médicos u opiniones técnicas especializadas en materia médica, con la excelencia y calidad que le caracteriza a la CONAMED.

En nuestra opinión, el plasmar mediante reforma al Código Penal la obligatoriedad de desahogar el dictamen y la opinión técnico-científica de la CONAMED a cargo de especialistas en el área médica en que se atendió al pasivo, como un requisito indispensable en la carpeta de investigación, garantizará tanto a los usuarios como a los prestadores de los servicios médicos, la imparcialidad en el análisis y resolución de controversias de manera justa.

SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Como se expuso al inicio, el objetivo de esta reforma radica en la ponderación de dos derechos humanos que pueden entrar en conflicto ante una circunstancia adversa en la relación médico-paciente.

Por un lado el derecho de toda persona a mantener un estado óptimo de salud integral que le permita desarrollarse con plenitud y, por otra parte, el derecho al trabajo del médico, que contribuye al desarrollo de su personalidad y de los fines que se ha propuesto; ambos buscando la felicidad.

Específicamente planteamos el panorama al que se enfrentan los profesionales de la medicina ante una acusación por parte de un paciente o sus familiares cuando del tratamiento o intervención quirúrgica sobreviene alguna consecuencia adversa, algún daño que altere la salud, más de lo que ya estaba o en el peor de los casos sobrevenga la muerte del paciente.

Sostenemos la hipótesis de una ineficiente técnica legislativa en materia penal, pues no hay en la legislación penal una tipificación adecuada a la conducta profesional del médico en sus diversas especialidades y sus auxiliares.

Tampoco se cuenta con normatividad que aligere el problema de la dificultad probatoria, que contemple la obligatoriedad del apoyo técnico y profesional especializado a quienes se encargan de la impartición de justicia, que les permita ponderar y analizar con conocimiento amplio los hechos que se someten a su consideración y relacionarlos con las pruebas aportadas y con base en esos conocimientos específicos estar en posibilidad determinar si la existencia de una lesión o la muerte de una persona, de manera indudable fue originada por un

acto imprudente, negligente o derivado de la impericia o de no atender el protocolo o la normatividad obligada por parte del médico.

Asimismo existe la necesidad de establecer en qué etapa de la atención médica ocurrió el daño y a quien es atribuible tal acto.

Para demostrar la hipótesis anterior nos adentramos primeramente en el estudio del derecho humano a la salud y exponemos que el tema de la salud pública, en la historia del Derecho Mexicano, lo encontramos a partir del siglo XIX, en la Constitución de Cádiz de 1812, el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814, las 7 leyes Constitucionales de 1836, las Bases orgánicas de 1843, la Constitución de 1857, hasta la vigente ley suprema, se normativiza en busca del bienestar de los individuos, la salubridad pública, la higiene y la salud.

La salud se define como un estado de bienestar físico y mental, es un bien que el Poder Constituyente reconoce y protege al establecerlo como un derecho humano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; este derecho humano a la salud es eminentemente proteccionista del mantenimiento del estado de bienestar físico, mental y social de los ciudadanos del país.

Las facultades en materia de protección a la salud en México son concurrentes; la salud en sí, no es una materia privativa de un solo orden de gobierno, aquí intervienen tanto la Federación, Estados, Municipios, Ciudad de México y las alcaldías; esta concurrencia de facultades en la protección de la salud implica coordinación política de los tres niveles de gobierno, prudencia y responsabilidad política en la resolución de cada ámbito territorial de participación y armonización a través de un Sistema Nacional de Salud donde

se instrumentaliza la protección a la salud.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el aspecto de la protección a la salud estableciendo que dicho derecho humano reviste una naturaleza dual, desde un punto de vista subjetivo como derecho público oponible en su relación con el Estado, por otra parte, un carácter objetivo que genera bases y principios que guían a los órganos del Estado Mexicano.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia con visión tuteladora sostiene que el derecho a la protección de la salud, no solo es oponible frente al Estado, sino también frente a particulares como en el caso de los hospitales privados y su personal médico, el máximo tribunal federal privilegia y superpone la protección de la salud en el ámbito de las relaciones entre particulares en relación a este concepto.

De igual forma nos adentramos en el estudio del derecho humano al trabajo, demostrando que la libertad de trabajo implica pensar y decidir libremente a que se quiere dedicar cada persona, sin sometimiento al dominio de otros como en la esclavitud o el vasallaje; dentro de un orden jurídico, dedicar todos sus esfuerzos personales a desenvolverse laboralmente en el área que se elija.

En nuestra Constitución se establece la libertad de trabajo como derecho humano y, para el ejercicio de algunas profesiones es estrictamente indispensable cumplir las exigencias que la propia Constitución y sus leyes reglamentarias establecen como es el contar con título profesional, condiciones para obtenerlo y competencia de las autoridades para expedirlo.

Quien abraza la profesión médica sabe que el camino es largo y difícil, que

todo el tiempo tendrá frente a sí el trabajo arduo, la lucha y la adversidad, tiene que competir para ser admitido en una escuela o facultad de medicina, concluir con éxito las asignaturas, cumplir el año de internado de pregrado con todos los quebrantos que esto implica, cumplir un año de servicio social en una comunidad rural o áreas periféricas de las ciudades con una serie de riesgos y tropiezos debido a la inseguridad y a la falta de recursos.

Después de esto, quien aspira a una especialidad, debe aprobar el examen nacional para ser admitido en un hospital de enseñanza como residente, una vez logrado, que en ocasiones lleva varios años de estudio y preparación extra, el médico queda jerárquicamente subordinado a los residentes más antiguos, por lo que serán varios años más de duro trabajo y aprendizaje; quien finalmente obtiene un grado de especialista en alguna rama de la medicina, vivió en la competencia, la adversidad y la resistencia, lo cual no se podría lograr sin una vocación férrea.

El acto médico que motiva nuestra investigación, implica la realización de un conjunto de actividades que el profesional de la salud debe llevar a cabo en el paciente a fin de estar en aptitud de emitir un diagnóstico del padecimiento y recomendar un tratamiento, respetando en todo momento los derechos de los pacientes y, en reciprocidad el paciente en turno se encuentra también obligado a respetar los derechos del médico.

Es de gran importancia el registro de todos y cada uno de los pasos seguidos en la atención de un paciente a fin de reducir errores en el diagnóstico o en el tratamiento, por lo cual el expediente clínico adquiere un papel trascendental en la materialización del derecho a la protección de la salud, debe ser integrado de acuerdo con la norma oficial mexicana NOM-004SSA3-2012 y

contiene una gran variedad de documentos donde constan las etapas del proceso de la atención médica.

Lamentablemente en la actualidad se enfrentan serios problemas que afectan el derecho humano a la salud y que planteamos en esta reforma, como es la deficiente preparación que reciben los estudiantes en las escuelas de medicina, las cuales se han multiplicado en los últimos años de manera considerable, con un gran déficit en la enseñanza, ante la ceguera administrativa de la Secretaría de Educación Pública que descuida verificar el nivel académico.

Lo anterior repercute en una deficiente atención primaria de los pacientes con el consecuente sufrimiento innecesario o la agravación de su estado de salud, situación que se acentúa en muchos casos ante la falta de actualización de los médicos quienes son rebasados por los adelantos científicos y que de igual manera afecta negativamente en la atención y salud de los pacientes.

Otro problema lo constituye la medicina burocrática en las Instituciones de Salud Pública ante la falta de recursos materiales, el gran número de derechohabientes y en ocasiones la actitud negligente de algunos médicos, todo lo cual influye en la tardanza en la atención del paciente y en muchos casos culmina con el irremediable daño a la vida del mismo.

Por otro lado, en la atención médica privada, se presenta otro problema originado por los hospitales, clínicas o los propios médicos que ahí laboran; el anteponer el dinero, el beneficio económico al bienestar del paciente, dañando en ocasiones irreversiblemente, con procedimientos innecesarios, la salud del paciente.

Los problemas anteriores dan como resultado la latrogenia negligente y con ello surge la responsabilidad profesional del médico y sus auxiliares, la cual no es nueva, encontramos antecedentes de ella en el Código de Hammurabi, la ley de las XII Tablas, la Ley Aquilia, las Instituciones de Gayo, las Instituciones de Justiniano, en las que claramente se establecen supuestos de responsabilidad en que incurrían las personas que atendían la salud de otros.

Abordamos como en la actualidad la defensa del derecho a la salud y la preservación del estado de derecho en este rubro se puede ventilar, existen dos vías: la jurisdiccional y la conciliatoria. La jurisdiccional a su vez puede ser por la vía civil, administrativa o penal, dependiendo de las circunstancias y gravedad del acto; la conciliatoria cuenta con dos opciones: ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

En cuanto a la responsabilidad penal del médico y sus auxiliares, una vez realizado el análisis de los presupuestos del delito como son la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como la consecuente punibilidad, en relación con los dos delitos por los que comúnmente se acusa a los médicos y sus auxiliares y que son lesiones y homicidio, llegamos a la conclusión siguiente:

Al ser la medicina una ciencia no exacta, la falibilidad del médico es alta, cada enfermo es diferente y el diagnóstico, pronóstico, evolución y desarrollo de la enfermedad puede ser distinta en cada paciente y la realidad arroja que la función investigadora del Ministerio Público no profundiza para dar con la verdad en los hechos, no agota como debiera los procedimientos investigativos necesarios para llegar al conocimiento del origen del problema que dañó la salud o la vida de un paciente, apoyándose en la medicina especializada o en la medicina legal a fin de lograr un verdadero análisis del cuerpo de la víctima que determine la verdad histórica y esclarecer las circunstancias de modo y tiempo

del hecho dañino y que resultan indispensables a fin de determinar la existencia o no de delito así como la identidad del autor.

Comprobamos que el problema radica por un lado en la falta de tipicidad adecuada a la conducta profesional del médico en sus diversas especialidades y sus auxiliares, y por otro lado a la ausencia de normatividad que disminuya el problema de la dificultad probatoria, que establezca la obligatoriedad de proporcionar opiniones técnicas por parte de médicos especialistas, a quien se encarga de la impartición de justicia, que le permita valorar con base en conocimientos especializados los hechos que se someten a su consideración y pueda relacionarlos de manera lógica con las pruebas aportadas y con base en esos conocimientos específicos estar además en posibilidad determinar si la existencia de una lesión o la muerte de una persona, fuera de toda duda razonable fue originada por un acto imprudente, falta de reflexión o de cuidado, negligente o derivado de la impericia o de no atender el protocolo o la normatividad obligatoria por parte del profesional médico; asimismo, establecer en qué etapa de la atención médica ocurrió el daño y a quien es atribuible tal acto, en el caso de que el afectado haya sido atendido por varios a lo largo de su padecimiento, lo cual es común.

En cuanto al derecho comparado, de los países cuya legislación examinamos en materia de salud y que lo fue Argentina, Italia y el Reino Unido, es en este último, desde nuestro punto de vista, donde la población cuenta con un mejor Servicio Nacional de Salud.

En relación con la responsabilidad penal, no tiene un Código Penal propiamente estructurado, como lo tenemos en México, no obstante consideramos que el sistema funciona muy bien y para llevar a cabo un

enjuiciamiento criminal en contra de un médico, la negligencia debe ser muy grave, más allá de la duda razonable, tomando la opinión de un jurado especializado, con la capacitación y experiencia apropiada; además el tribunal tiene la facultad de considerar todas las circunstancias del caso y analizar si la opinión profesional es capaz de soportar un análisis lógico, de lo contrario, determinar que el cuerpo de opinión ofrecido no es razonable ni determinante.

En virtud de que la responsabilidad penal se origina en una conducta ilícita, la más grave que pueda desplegar una persona, en este caso el profesional médico o sus auxiliares y que trae consigo reacciones jurídicas extremas, muy severas, como la imposición de una pena, derivada del poder punitivo del Estado y que puede traducirse conforme al Código Penal en sanción privativa de libertad, multa, reparación del daño, inhabilitación, entre otras, proponemos que mediante reforma al Código Penal Federal, se establezca la obligatoriedad de recabar en la carpeta de investigación el dictamen médico de la Conamed y la opinión técnico científica a cargo de especialistas en el área médica en que se atendió al pasivo; requisito indispensable a fin de garantizar a los usuarios de los servicios médicos así como a los prestadores de los mismos, la imparcialidad, legalidad y justicia.

A fin de subsanar la incorrecta técnica legislativa, también se propone reforma en la redacción de los tipos penales que se refieren a la responsabilidad profesional médica, a fin de que contenga una descripción exacta de diversas conductas ilícitas en que puede incurrir quien ejerce la profesión médica con la correspondiente promesa de sanción, ello con el objetivo de dar certeza y seguridad jurídica tanto a médicos y auxiliares como a los pacientes.

Consideramos que deben agregarse además algunas conductas que dañan

a la sociedad cometidos por quienes de alguna manera intervienen en las cuestiones de salud, mismas que se precisarán en la propuesta.

Es por lo antes expuesto que se somete a su consideración **INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 228, 229 Y 230, Y SE ADICIONA EL ARTÍCULO 230 BIS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**, para quedar como sigue:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
CÓDIGO PENAL FEDERAL.	CÓDIGO PENAL FEDERAL.
<p>Artículo 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:</p> <p>I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y</p> <p>II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.</p> <p>Artículo 229.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.</p>	<p>Artículo 228. Será responsable a título culposo y se impondrá una sanción de un mes a cuatro años de prisión al profesional de la salud, sus auxiliares o profesionistas similares cuando por su imprudencia, negligencia, impericia o falta de cuidado resulte daño a las personas que se encontraban bajo su atención, en su salud, integridad física o su vida, a lo que se sumará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.</p> <p>Los delitos culposos cometidos en el ejercicio profesional de la salud, sólo se perseguirán por querrela de la parte ofendida o su legítimo representante.</p> <p>Artículo 229. Se impondrá sanción de un mes a dos años de prisión y suspensión por igual término en el ejercicio de la profesión a quien lleve a cabo alguna práctica médica dirigida a privilegiar de cualquier forma el lucro empresarial o personal de los profesionales de la salud mediante tratamientos innecesarios, así</p>

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 230.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multas y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:</p> <p>I.- Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;</p> <p>II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;</p> <p>III.- Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.</p> <p>La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.</p>	<p>como la realización de cirugías injustificadas.</p> <p>Artículo 230. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, multa de hasta cien unidades de medida a los directores, encargados o administradores de cualquier hospital, clínica o centro de salud de carácter público, social o privado que brinden servicios de atención médica para el internamiento de enfermos cuando incurran directamente o por medio de sus auxiliares o empleados que obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos, en alguno de los casos siguientes:</p> <p>I. Negar el ingreso, atención gratuita, y estabilización a personas de escasos recursos en caso de urgencia; entendiéndose por urgencia todo problema médico quirúrgico que ponga en peligro la vida, un órgano o una función del cuerpo y que requiere atención inmediata;</p> <p>II. Negar la atención inmediata y urgente a cualquier persona por el hecho de no poder realizar un depósito anticipado de dinero o dar garantía de pago de la atención médica que se solicita;</p> <p>III. Negar la asistencia a un lesionado o a cualquier enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de un daño o enfermedad más grave y que por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro servicio de salud.</p> <p>IV. Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;</p>

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
	<p>V.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a los que se refiere la parte final de la fracción anterior;</p> <p>VI.- Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente; la misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver.</p> <p>Artículo 230 bis. Se impondrá sanción de uno a tres años de prisión a quien incurra en alguna de las siguientes conductas:</p> <p>I.- Quien sin el título correspondiente para el ejercicio de la profesión médica o la autorización correspondiente, anuncie, prescriba, administre o aplique habitualmente medicamentos, aguas, aceites, energía, electricidad, hipnotismo o cualquier otro recurso, ofreciéndolo como tratamiento de las enfermedades de las personas.</p> <p>II.- Quien con título o autorización para el ejercicio de la medicina, anuncie, prometa o asegure el alivio o la curación de cualquier enfermedad por medios infalibles, sin que se encuentre científicamente comprobado.</p> <p>III.- Quien se atribuya públicamente el carácter de profesionista de la salud y, ofrezca o realice actos propios de la profesión para el mejoramiento estético o cosmetológico de las personas mediante la aplicación de implantes o cualquier tipo de sustancia sin contar con la especialidad médica requerida para</p>



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
	ejercer tal profesión reglamentada.

TRANSITORIOS:

PRIMERO: Publíquese en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

SEGUNDO: El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación.

Ciudad de México, a 11 de enero de 2021.

ATENTAMENTE

DocuSigned by:
Eleazar Rubio Aldarán
954CE5AD88AB405...

DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN.