

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



**TESIS**

**ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA  
EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**

**PRESENTA**

**ESTHER APOLONIA RODRÍGUEZ PÉREZ**

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR  
EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**FEBRERO, 2019**



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**TESIS**

**ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA  
EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**

**PRESENTA**

**ESTHER APOLONIA RODRÍGUEZ PÉREZ**

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR  
EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR DE TESIS  
Dr. JOSÉ DE JESÚS REGIS GARCÍA**

**SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO**

**FEBRERO, 2019**

## ***DEDICATORIA***

A Dios. Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mis padres.

A mis padres por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

A mi Esposo.

Por ser mi compañero especial, soporte y ayuda incondicional en todas y cada una de mis etapas profesionales.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis maestros:

Al LLM. Óscar Paulino Lugo Serrato, Director de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Estoy muy agradecida con él por todo el apoyo que ha ofrecido para la culminación del doctorado y como también para esta investigación.

Así también, a cada uno de los maestros que fueron elaborando el camino para el desarrollo del trabajo de investigación sobre la responsabilidad médica. Gracias a ellos he logrado establecer directrices para un mejor entender de esta institución jurídica.

A todos mis amigos que han sido parte del camino que emprendí para ser doctora; me refiero en especial a: Oscar Medina, Herlindo, Edith Carlín, Aracely Ramírez, Guillermo Díaz y a todos aquellos que han forjado los ideales día con día.

## INDICE

PRESENTACIÓN .....	7
INTRODUCCION.....	10

### CAPÍTULO I

#### EL DERECHO A LA SALUD

1.1. LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL DENTRO DE UN ESTADO .....	15
1.2. LA SALUD COMO DERECHO HUMANO .....	27
1.3. ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA SALUD .....	41
1.4. EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO.....	43
1.5. MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO .....	50
1.6. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN MÉXICO .....	56
1.7. DEFINICIÓN DE SALUD .....	58

### CAPITULO II

#### EL DERECHO A LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. APROXIMACIONES GENERALES A LA IDEA DE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	63
2.2. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	66
2.3. EL BIEN JURÍDICO FRENTE A LA JUASTIFICACION JURIDICA .....	70
2.4. EL BIEN JURÍDICO FRENTE A EL DERECHO PENAL .....	71
2.5. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL .....	81
2.6. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO .....	82
2.6.1. Elementos de responsabilidad penal médica .....	83

### CAPITULO III

#### PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

3. 1. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	88
3.2. LOS TIPOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	92
3.2.1. La Presunción De Inocencia Psicológica.....	92

3.2.2. La Presunción De Inocencia Normativa .....	95
3.2.3 La Presunción De Inocencia Procesal.....	97
3.3. MARCO LEGAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO .....	100
3.4. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	105

#### **CAPITULO IV**

##### **FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL MEXICANO**

4.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO CULPABILIDAD.....	111
4.2. DIFERENCIACIÓN ENTRE DOLO, CULPA Y PRETERINTENCION. ....	126
4.2.1. Dolo.....	126
4.2.2. El Dolo Como Decisión.....	128
4.3. LA CULPA.....	135
4.3.1. Imprudencia. ....	138
4.4. FORMAS QUE SE PRESENTA LA CULPA. ....	141
4.4.1. PRETERINTENCION .....	141
4.5. NEGLIGENCIA MÉDICA.....	143

#### **CAPITULO V**

##### **LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SUS SANCIONES**

5.1. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA .....	150
5.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA.....	154
5.3. NEGLIGENCIA MÉDICA. SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL. .....	159
5.4. RESPONSABILIDAD MÉDICA. CIRCUNSTANCIA AGRAVADORA Y NO TIPO PENAL AUTÓNOMO. ....	159
5.6. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL .....	161
5.7. LA RESPONSABILIDAD MORAL.....	166
<b>PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>170</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>174</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>178</b>

## PRESENTACIÓN

El derecho a la salud está protegido en nuestro ordenamiento jurídico nacional y garantizado por el artículo 4 de la constitución política, que a la letra establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.....”. Así también la doctrina es unánime al reconocer, que este derecho no solo se garantiza a través de la constitución, si no con instrumentos internacionales. En tal sentido el profesor, FERNÁNDEZ SESSAREGO (2005), haciendo una interpretación extensiva al derecho de la salud, ha establecido con precisión, que lo que busca proteger de forma coherente, es la dignidad humana.

El profesor SESSAREGO, entiende que la dignidad humana es el eje central en donde gira todo el ordenamiento jurídico; es decir que la protección de toda persona, no solo se ve reflejado en los intereses que persigue el estado, si no que esta debe hacerse con firmeza al respeto por el solo hecho de ser humano.

Por nuestra parte considero que proteger el derecho a la salud es una necesidad dentro de un estado que se hace llamar de derecho. Con más precisión es importante establecer que el respeto por la persona humana, debe considerarse, como fin supremo, lo que implicaría que todos los órganos dentro del estado estamos en la obligación de protegerla y defenderla

SESSAREGO (2005)

este artículo es la dignidad humana, siendo el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico de país (Fernández Sessarego, 2005).

La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho, por ende del derecho a la salud. En realidad, con más precisión, cabe expresar que la persona humana, considerada en sí misma, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla. En ese sentido, la persona humana y su dignidad son lo más importante y que debe ser protegido no sólo por la sociedad en su conjunto, sino que el Estado debe promover su protección en todos los ámbitos. De lo antes señalado, se observa que dicha protección abarca distintos aspectos, morales, axiológicos, físicos, psíquicos, etc.

Por tanto, uno de los derechos que se protege, cuando se establece la responsabilidad medica es el derecho a la salud, por consiguiente, la dignidad de toda persona. De ahí, que por ejemplo el Código Penal para el Estado de Nuevo León, ha establecido de forma tácita que:

Los médicos, cirujanos y demás profesionales similares y auxiliares, serán penalmente responsables en la práctica de la profesión, en los términos siguientes: I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicara suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión, o definitiva en caso de reincidencia; y....”



El código penal del Estado de Nuevo León, de forma precisa establece los alcances de la responsabilidad que tienen los médicos, cuando se lesiona el derecho a la salud de forma negligente. De allí la importancia de estudiar, describir y proponer una mejor garantía para el derecho en mención, sin alterar los principios que inspiran al ordenamiento jurídico nacional.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo abordará el tema de la responsabilidad penal médica, derivada de la mala praxis, que pueden ser, a través de negligencia, imprudencia e impericia; además de la problemática que implica probar la irresponsabilidad médica.

La responsabilidad médica es difícil de probar, debido a que es un tema sumamente especial (pocas personas conocemos el lenguaje y la práctica médica). Sobre el tema de la responsabilidad los médicos en el ejercicio de su función pueden cometer errores, pero este error se convierte en jurídico cuando o se han tomado las precauciones necesarias para prevenir cualquier daño que se pueda ocasionar a una persona y que este comportamiento se subsuma en un tipo penal descrito por la norma.

Del mismo modo el médico aparte de la responsabilidad que tiene también tiene que responder socialmente frente a los demás, es decir, cuando un médico actúa frente a los supuestos antes mencionados, el daño que se produce afecta a la sociedad.

Derivado de la responsabilidad médica, es necesario centrarnos si ésta tiene o no connotaciones penales. Si la responsabilidad del médico cae en el segundo supuesto, es decir en materia penal, debemos considerar que esta se rige con el principio de legalidad, lo que implica que no hay delito ni pena sin ley que los prevenga; o en otros términos, la ley establece que conductas se convierten en delitos y por tanto la responsabilidad que se derive de ella.

En los casos de mala praxis médica, el tipo penal, exige que el medico tenga la calidad de sujeto activo, es decir que es un delito especial, que se requiere cierta cualidad del agente activo del delito. En otras palabras, quien no es médico no podría estar dentro de los delitos de mala praxis, sin dejar de lado que su comportamiento puede establecerse a otros delitos.

La negligencia médica, es, según especialistas, haber realizado durante el acto médico maniobras no apropiadas o además, no haber tenido la pericia en el caso concreto, lo que trasladado a un plano jurídico implicaría que el médico no tiene los cuidados mínimos en los estándares de calidad en los servicios que ofrecen.

El interés de que haya una adecuación en la legislación penal es de importancia, más aún porque los profesionales médicos y/o las instituciones de salud tienen el acceso directo a los expedientes como prueba del actuar negligente, lo que impide que una persona tenga acceso al material de prueba. Llevado a la práctica se le da todas las facilidades a los médicos e instituciones para que puedan seleccionar, guardarla información relevante que puede ser materia de prueba, y que a su vez esta determine la responsabilidad penal de los médicos.

Y es que probar la responsabilidad del médico es un tema complicado, debido a que las instituciones hospitalarias se les exigen el documentar el procedimiento médico. Más aún que las normas de salud establecen la obligatoriedad a los prestadores de servicios médicos de carácter público, social y privado integrar y conservar el expediente clínico. Así mismo, dichas instituciones deben contar con el expediente médico del paciente. Por tanto, las pruebas relevantes se

encuentran en muchas ocasiones en posesión de los propios médicos o de los centros hospitalarios, o bien, estos profesionales pueden acceder con mayor facilidad a la misma.

Dicho de otra manera, es de interés el revertir la carga de la prueba en materia penal de la actuación irregular del médico a ellos mismos y no al paciente. Esto significaría que la institución médica es la que deberá demostrar que no actuó negligentemente, lo que no significaría que tenga que probar la inexistencia de los demás elementos de la responsabilidad. Por tanto, las pruebas relevantes se encuentran en muchas ocasiones en posesión de los propios médicos o de los centros hospitalarios, o bien, estos profesionales pueden acceder con mayor facilidad a la misma.

En esta temática, por lo que ve a la excepción de la carga de la prueba en la responsabilidad penal médica, ya se encuentra operando en materia civil y administrativa con lo que respecta a la reparación del daño y a la responsabilidad patrimonial del estado respectivamente, relevando a quien recibió una actuar negligente médico de probar su dicho y exigiendo al galeno que realizo los procedimientos correctos y que éste pruebe su correcto actuar.

Por tanto, la investigación que se propone de manera clara puede generar una excepción al principio de presunción de inocencia en materia penal, lo que buscará ésta tesis es responder de qué forma se pueden garantizar los derechos procesales de la víctima y a la vez respetar los derechos del profesional médico al que se le imputa un mal actuar en su ejercicio. Más aún que de éste trabajo demostrará que no se vulnera el principio de presunción de inocencia en la

responsabilidad profesional médica, con las adecuaciones y modificaciones al sistema legal tanto en la parte sustantiva como adjetiva.

De lo anterior, es necesario que la presente investigación, se desarrolló tomando en cuenta las variables de investigación, en tal sentido, en un primer capítulo se analizará EL DERECHO A LA SALUD: CUESTIONES PRELIMINARES; donde se hace un análisis desde los antecedentes del derecho a la salud en México, en el segundo capítulo se estudia a fondo el tema TUTELA REFERIDA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA abarcando temas como la concepción psicológica, normativa e histórica del principio de presunción de inocencia, una vez en el capítulo tercero titulado LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD se estudiarán temas como negligencia médica.

Una vez instaurados en el penúltimo capítulo titulado FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL MEXICANO se ahondará en temas como evolución y alcances de la culpa, las diversas doctrinas y teorías de estudio de la misma para encuadrarla en la investigación, finalizando con el quinto capítulo titulado SANCIONES EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA donde se estudiarán temas como lo es la propia negligencia médica así como las instituciones competentes para tratar asuntos relacionados con estas cuestiones todo este estudio obedeciendo a un problema social cada vez más recurrente como lo es el alto índice de negligencia médica, ocasionado por una serie de eventos que concurren a su formación, entre los que destacan la insuficiencia de hospitales, instalaciones y personal médico en proporción a los usuarios y derechohabientes, así como; un deficiente marco legal que es el factor que nos

ocupa en esta investigación, ya que es común que los profesionales se valgan de dicha deficiencia para desempeñar sus funciones con debido cuidado.

## **CAPÍTULO I EL DERECHO A LA SALUD**

### **1.1. LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL DENTRO DE UN ESTADO**

Los derechos sociales son de suma importancia, en este caso se hablara sobre el derecho a la salud, ya que se trata de un derecho complejo que conlleva a una seria de obligaciones por parte de los poderes públicos, el Estado se atribuye cierta ideología de limitarse a la vigilancia y al ejercicio de los mismos mientras estén dentro los límites ya preestablecidos o en caso contrario, el Estado interviene activamente pero tal vez no eficaz por medio de diversas políticas públicas, reformas legales, programas sociales, esto con el objetivo de coadyuvar al mejoramiento de las necesidades de manera generalizada.

Menciona Cascajo Castro (1998) que el precedente histórico con mayor antigüedad que protege propiamente los derechos sociales que se conoce se atribuyen en el artículo 22 y el 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793. Los artículos, se representan el derecho educación, asistencia por parte del Estado y trabajo (Cascajo Castro, 1998).

La primera noción que se tiene presente en cuanto a la conciliación de los derechos relacionados con los de la libertad y los sociales seria la Constitución de México de 1917, superando el individualismo y el colectivismo. Al respecto PEREZ LUÑO (1991) menciona que el texto legal más importante, el cual refleja nuevos precedentes de los derechos fundamentales en el tiempo de transición desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919, en la cual queda promulgada tantos los derechos y

obligaciones de los alemanes, reconociéndoseles junto a sus libertades individuales tradicionales, los derechos sociales referidos a la protección del trabajo, educación y familia.

Es decir, tanto la constitución mexicana como la alemana, han sido pioneros en la protección y garantía de los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la salud (Pérez Luño, 1991) .

Para Cascajo Castro (1998), al referirse a estos supuestos históricos, ha establecido con precisión que la Constitución de Weimar protagoniza una nueva idea constitucionalmente, al respecto el texto de Weimar se señala:

“Que es la primera vez en la historia que una constitución se difunde en una esfera tan amplia de relaciones sociales, y se puede decir que, a este respecto, el documento de Weimar hace una era que marca el paso de las constituciones del siglo XVIII, que tan solemnes declaraciones ... estuvieron destinadas casi exclusivamente a garantizar la esfera de la autonomía del individuo, a las del siglo XX, caracterizadas por la intervención estatal para implementar los ideales de solidaridad y justicia social” (Cascajo Castro, 1998). “

El documento inspirador de las cartas constitucionales ha sido la Constitución de Weimar que han intentado embonar el concepto de libertad con todo el demás derecho que pudieran estar involucrados como los son los culturales, sociales y económicos. Esta inclinación se ve reflejada en el fin de la Segunda Guerra Mundial, en la que surgió la mayor parte del constitucionalismo.

Por su parte, Courtis y Abramovich (2002) afirman el derecho social mencionan que el derecho social como modelo es de carácter correctivo, mas no uno que sustituya al del derecho privado clásico<sup>7</sup>. La creación de este



ejemplar es de los medios a través de los cuales se realizan los diversos trabajos del Estado en sentido social. En el cual se constituyen los siguientes postulados:

- El ejercicio de la acción propiamente reconocida por su naturaleza humana, dentro de unas fases colectivas incluyen diversos conceptos analíticos generalizados (como los de clase social, género, entre otras) y la idea de intervención mediante acciones individualizadas y toda forma de interacción social.
- Para un verdadero análisis de resultados económicos, se debe dejar a un lado por un momento el factor de riqueza, para darle la importancia a otros factores que se adicionan a este resultado, como lo son los factores equitativos e igualitarios.
- Dentro de las diversas funciones que se ve encargado el Estado, se encuentran, entre otras, están: la regulación política de la economía, en la cual, toma cargo de la decisión sobre qué áreas estarán o no ligadas al funcionamiento del mercado, de manera parcial o totalmente (Abramovich & Christian, 2002):

Esta acción se encarga de redistribuir los ingresos, facilitando el acceso a bienes y servicios a los grupos de la población con más, desventajas en niveles sociales. Con todo esto el Estado busca la manera de compensar las desigualdades sociales por las que atraviesa la mayor parte de la población.

En las áreas que interviene el Estado son aquellas las cuales son trascendentales o fundamentales para el reforzamiento de estándares obligatorios de vida que todo ser humano debe poseer por ser parte de sus garantías individuales, tales como: derechos al transporte, vivienda, trabajo, consumo, medio ambiente, etc. Estos postulados jurídicos generan:

- La construcción de asociaciones tiene una pertenencia que depende del trato jurídico recibido.
- La visualización de las desventajas materiales, económico, político, y de información entre los distintos grupos, no justifica el trato desigual de sujetos establecidos en distintas posiciones en los diversos ámbitos dentro de la misma sociedad.
- La diversificación de las funciones por parte del Estado. En ese sentido, al Estado se le adiciona áreas para su administración directa, relacionadas al propio control de la regulación, o el de la tutela de los bienes colectivos.

Según mencionan ABRAMOVICH y COURTIS (2002) un rasgo frecuente de la regulación jurídica a partir de la idea del derecho social es la fuente del mismo poder que se otorga al Estado, esto cuyo propósito es el de equilibrar o canalizar situaciones a partir del intento por la garantizarían de los estándares de vida mínimos, para así otorgar mayores áreas de libre acceso a grupos sociales memorizados moralmente, o el de equilibrar la desigualdad en las relaciones entre particulares en relación del poder que se busca ejercer. De ahí que, el valor que, primordialmente se garantiza cuando se refiere a los derechos sociales: el de la igualdad.

En Este fundamento de igualdad material, a lo que los autores denominan textualmente:, anuncia una regla que impone quitar cualquier obstáculo que impidan las condiciones de igualdad entre los seres humanos (Abramovich & Christian, 2002).

Al respecto el profesor, PECES-BARBA MARTÍNEZ (1970) al referirse a este tema, ha establecido con precisión que afirma que el al referirse a este tema, ha establecido con precisión qué: “tipo de derechos humanos que intenta aumentar elementos de igualdad a la libertad, y así tener la creación de los factores para que puedan gozar de estos derechos de base democrática” (Peces-Barba Martínez, El pensamiento social y político de Jacques Maritain., 1970).

También afirma el mismo profesor (en otra de sus obras selectas) PECES-BARBA MARTÍNEZ (1999) con precisión ha afirmado, que para fundamentar el citado prototipo socialista no es posible la argumentación lógica de los derechos de cada individuo, sino una que unifique la idea de que todos tenemos necesidades concretas, dependiendo donde estemos ubicados en la historia, esto con la ya característica de la cual carecen de los modelos históricos.

Por lo tanto, el mismo autor de manera categórica y textual, afirma lo siguiente:

Conservar la fuerza moral y política de una fundamentación basada en los principios de autonomía y universalización, pero abierta a las necesidades variables e históricas, constituye quizás el único camino para una concepción unitaria e integral de los fines jurídicos, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho” (Peces-Barba Martínez, Curso de Derechos Fundamentales Teoría General, 1999).

Este ejemplo, hace frente a la repartición de los bienes escasos, pero acerca de los recursos a los que algunos no pueden acceder desde el punto de vista de su voluntad y que, han sido primordiales para un verdadero desarrollo a través de sus diversas condiciones, que, a su vez, se le ha otorgado el concepto de dignidad humana.

El ejercicio de los derechos sociales cuando no se cumplen no existe un verdadero desarrollo de la personalidad y que estos a su vez, son deterioros de la persona humana; a lo que se puede añadir que, no contar con el derecho de la salud pondría en riesgo los demás derechos.

Parafraseando al profesor PÉREZLUÑO (1991) se engloba la consolidación de los derechos sociales, cuando el estado protege los derechos fundamentales, lo que ha contribuido a una reorientación de la imagen del titular de los derechos frente al Estado dentro del sistema de los derechos fundamentales, lo cual ha contribuido a redimensionar imagen del sujeto titular frente al Estado. Lo anterior responde a una imagen real, concreta y general del hombre al asumir en la totalidad de sus necesidades, intereses y derechos (Pérez Luño, 1991).

PECES-BARBA MARTÍNEZ (1999), ha sido estricto al mencionar, que los derechos sociales se considera como derechos presentes para fundar las clausulas necesarias, consolidada gracias al estudio de la generalización del disfrute de la libertad, sin pretender ser excluyentes, sino compatibles con los modelos democrático y liberal (Peces-Barba Martínez, Curso de Derechos Fundamentales Teoría General, 1999). Precisamente, estos derechos son gracias al modelo democratizado, al hacer una generalización relacionada a la

participación, y con la conciencia que se debe tener acerca de las limitaciones que no están presente dentro del modelo o sistema liberal para así hacer el disfrute de los derechos individuales que se adquieren.

Por medio de los derechos sociales se podría construir la libertad igualitaria, esto con la intención de la igualdad material, atribuyendo a la satisfacción de necesidades básicas, esto conlleva a que todos esos derechos provienen de muy distinto signo, donde no sólo requieren comportamientos activos, sino también pueden implicar deberes de abstención hacia particulares o el Estado.

De acuerdo a lo interpretado por ALVAREZ VITA (1994) cuando se refiere al Derecho de la salud como un derecho humano, de manera acertada afirma que si para el goce de todos los derechos clasificados como sociales se requiere hacerlos accesibles a todas las personas de manera con justicia e igualdad también estaría relaciona con lo que corresponde a la dignidad que es usual que en los amplios términos de igualdad, a todos los individuos.

En ese sentido lo define la Declaración Universal de Derechos Humanos, el único remedio posible es: “democratizar” todos los derechos sociales, es muy conocido que, bajo el concepto de derechos humanos, como sobre el mismo concepto de Derecho, no existe acuerdo., de igual manera como el derecho al sufragio, con muy pocas variantes, es hoy un derecho ejercido sin ningún tipo de obstáculo o discriminación en este sentido .En los cuales estos tienen un carácter anterior a la aparición del Estado y que se sitúan por encima del poder y gobierno (Alvarez Vita, 1994).

De acuerdo con PÉREZ LUÑO (1991) consta que los derechos sociales son de igual condición que los derechos fundamentales, cuyo primordial objetivo es que se relaciones una participación en amplios sectores como la vida política, económica, cultural y social de cada persona, es aspecto individual, así como todos aquellos de más derechos que integran esta relación.

En tal sentido para el autor, son caracteres esenciales, los cuales, están unidos a los derechos sociales, en cuanto, a lo que se menciona a continuación: En sentido objetivo: tienen como principal proteger, velar el comportamiento y las actitudes del hombre velando por la igualdad dentro de las clases sociales. El Estado equilibra las desigualdades sociales de acuerdo con sus funciones y establecidas. (Pérez Luño, 1991)

En sentido paralelo: las facultades de los individuos o de los grupos a beneficiarios de la vida social, se le puede traducir como en la prestación de servicios directos o indirectos, por parte de los poderes públicos. exactamente, en concordancia a lo mencionado PÉREZ LUÑO (1991) mantiene que en el Estado Social de Derecho los poderes públicos son quien asume la obligación de mantener de manera generalizada a la población las prestaciones y servicios públicos que requieran para sobrellevar sus necesidades vitales, por medio de estos principios fundamentales, establecidos como una construcción jurídica de organizaciones sociales, por lo cual se vela lo que ha calificado por otras doctrinas como de existencial (Daseinvorsorge).

A partir de ahí se le nombra, como lo afirma De La Cruz (2004), en ocasiones, se le nombra como asistencial o Estado de bienestar, es decir las actividades que se realizan, se encaminan, sobre auténticos, donde sus actividades se conciben como auténticos deberes jurídicos para los poderes públicos (De La Cruz, 2004).

De acuerdo a lo mencionado, CASCAJO CASTRO (1998), establece que todo estado social, indica que el principio del Estado Social caracteriza el propio funcionamiento de la constitución, que se ve `proporcionado, en sentido de libertad e igualdad; lo que implica que toda persona puede disponer de sus bienes y a la defensa de todos sus derechos, comprometiendo a los ordenamientos del Estado, a los mismos sujetos particulares de los cuales, estaría obligado a otro si no asume por su voluntad propia alguna obligación que de paso a una modificación de la sociedad, la cual, se tiene como finalidad, la imparcialidad. Así, el Estado social termina identificándose con las concepciones civiles (Cascajo Castro, 1998).

Sobre la base de los derechos sociales y sobre la idea de retribuir necesidades básicas establece la base fundamental del concepto legal de estos derechos dentro del marco del Estado social, se encuentran dos líneas de pensamientos opuestos, el cual, la proposición estriba en lo siguiente: la primera base de distinción que se hace, entre los derechos civiles, políticos y los derechos sociales, que establece en que. En cuanto los primeros, generaran únicamente obligaciones contrarias o de abstención.

Pero esta fundamentación, para (Abramovich & Christian, 2002): es independiente, complementaria de la fundamentación liberal de los derechos sociales, como los medios para la práctica efectiva de las libertades; mientras los segundos, implican el nacimiento de obligaciones efectivas que en la mayoría de casos deberán solucionarse con los bienes del erario público en el que también los derechos sociales tienen una preferencia sustantiva frente a las obligaciones correlativas de prestación (obligando al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas) (Abramovich & Christian, 2002).

Desde otro punto de vista, la segunda línea de pensamiento, según los mismos autores mantienen en cambio, respecto a la primera, que la diferencia que se plantea está fundamentada en una visión totalmente sesgada del aparato estatal, de tal manera parece atenuarse las diferencias aparentemente radicales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Unos y otros derechos que no distinguen la interrelación entre las obligaciones negativas y positivas del Estado.

Los derechos sociales pueden ser calificados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por la parte del Estado. Existen normas que estandarizan los derechos fundamentales sociales que no solo son un método para la realización de la libertad, cabe destacar que los derechos sociales las responsabilidades positivas revisten una gran importancia simbólica mayor dado que la prestación estatal representa el núcleo sino que tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas.



Loa mismos autores afirman, que la idea de satisfacer las necesidades básicas constituye el pilar fundamental del concepto jurídico de los derechos sociales dentro del marco del Estado social y para sobrellevar una existencia digna, el contenido esencial del derecho en caso como: el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuita. Los derechos fundamentales sociales revisten, en este sentido, el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes no tienen suponiendo la inexistencia de prestación estatal la denegación del derecho, tal como lo establece Contreras Peláez (Abramovich & Christian, 2002).

ESCOBAR ROCA (2012), afirma que la salud es un bien jurídico protegido que armoniza los demás derechos, atañe a las personas que componen un grupo social. En tal sentido el autor considera la salud como un derecho que da vida a todo el ordenamiento jurídico, lo que implica, que el contenido de la salud es un bien jurídico presente al que puede considerarse la finalidad del derecho, pero no su contenido. El contenido del derecho a la salud y la determinación del bien jurídico resultan de gran importancia pues cumple, por un lado, una función garantizadora al indicar el valor que se protege y las razones que existen para ello (Escobar Roca, 2012).

Bajo estos términos, nos encontramos ante un derecho que tiene un alcance finalista, el cual no podría exigirse la salud tal cual, cuando la mayoría de las veces es imposible por a condición de la misma, se hace referente a que se realicen acciones en su favor (obligación de medios).

Esto es un derecho que se hace frente al Estado, en el cual mediante la protección que hace esta convenientemente la salud, mediante la organización y de acuerdo con los medios necesarios que se presentan para tener el acceso hacia ellos. En el ámbito de la salud, en temas de las intervenciones estatales (como en cualquier otro derecho social) se debe avanzar más en el aspecto de igualdad, la cual si no se le considera dentro de este ámbito e impide a muchos un tratamiento médico adecuado, justo del que todos tenemos derecho a goce.

Las obligaciones de cada individuos basado en el principio de igualdad entre los mismos, debe entenderse como un tratamiento en funciono acorde a las capacidades o necesidades, que se concretiza en el derecho a la protección de la salud al garantizar el Estado la superación de las necesidades de cada persona mediante el mantenimiento y funcionamiento de los servicios necesarios para la atención de la salud.

Como lo menciona el derecho constitucional a la protección de la salud “es aquel derecho que se ostenta frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades sujeto (Lema Añón, 2010).”

Respecto al derecho a la salud del cual partimos por LEMA AÑÓN (2010) considera que es primordial el reconocimiento de todas las necesidades básicas que tienen un papel importante dentro de la sociedad. Bajo la premisa de Leman, y de determinadas necesidades categóricas, es decir, aquellas que no están dispuestas de los deseos o preferencias de los agentes, están o

estarían justificadas en una concepción liberal en la medida en que sean prerequisites de la autonomía.

Lo que se defiende es que la creación de tal autonomía, mediante la satisfacción de las necesidades básicas, tendría precedencia sobre las meras preferencias a la hora de la distribución de recursos o capacidades. La vinculación entre la satisfacción de determinadas necesidades básicas y la creación de autonomía que expone LEMA, ha sido desarrollada, con distintas directrices al tratar de realizar una fundamentación al derecho a la protección de la salud (Lema Añón, 2010).

## **1.2. LA SALUD COMO DERECHO HUMANO**

Cuando se habla del derecho a la salud se exige un exhausto procedimiento de procesos que obstaculicen de manera trascendental cualquier idea relacionado a ella como reconocimiento del propio derecho humano.

Debemos dejar a un lado todos estos debates desde diferentes perspectivas, para centrarnos en su propia naturaleza, en los aspectos legislativos actuales. Así, el derecho a la salud aquí no se propone, se deduce del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si se acepta el derecho como el punto de inicio, no dejan de haber discrepancias, los que realmente se debieran presentar serían los acontecidos por este punto. Cuando se usa la libertad como ejemplo, se podría decir que libertad es el todo, pero van de la mano con los derechos humanos que aceptamos como válidos cuando se interponen ciertas libertades.

El verdadero fin del derecho a la salud es el de mantener a salvo las tensiones, con finalidad que no se va a lograr cumplir con todos, significaría que el estado realice lo posible para lograr la satisfacción del mismo al 100% de las veces deberían ser abandonados; ni pedir lo imposible, ni negar lo indispensable. El derecho a la salud va más allá del gozar con una buena salud, se trata de hacer más accesibles, aceptable este servicio bajo una calidad en sus diversas áreas como administrativa, financiera entre otras que permitan el mayor nivel de alcance en materia de salud.

Este derecho a la salud contiene como todo otro derecho social de libertades, obligaciones y medidas de protección. Las libertades como los son el control mismo de su propio cuerpo, de la libertad de la información a la que tiene al que relacionada con su salud, a su vez, relacionada con la salud sexual, tratamientos para las diversas enfermedades, el hacer omisión o no de todo lo que con lleva a una salud digna, entre otras libertades. Todo lo antes mencionado debe tener una protección, para que con esto pueda relacionarse a su vez a su vez con el libre acceso a este derecho social.

Por ningún motivo se debería hacer el supuesto de que los conceptos salud y caridad están relacionados, ya que es un derecho, engloba mucho más que conceptos o atribuciones, se diversifica en varios sentidos logrando que este servicio o bien sea generalizado.

NORMAN DANIELS citando a Lema Añón (2010), desarrolló la propuesta que promueve que el derecho a la salud y el derecho a la igualdad de oportunidades generalizada. Con base en lo anterior la asistencia sanitaria es un bien primario derivado del principio anteriormente mencionado (Lema Añón, 2010).

Debido a que no se puede satisfacer las necesidades de salubridad para toda la población, se considera la presencia del conceptos relacionados a la moralidad exigible, que cabe destacar es una función por obligación del Estado el procurar que todos los individuos gocen de los servicios a los que debe tener acceso por derecho innato (Escobar Roca, 2012). Dentro lo cual se puede mencionar, que hay aspectos básicos que deben de satisfacerse o permitirse y en el cual el Estado ya no tiene la obligación de proporcionar mejores aspectos o condiciones en el que se le denomina como funcionamiento normal.

Existen diversos factores predisponentes que se deben de considerar, ya que también propician una desigualdad de las oportunidades, tales como: la riqueza, educación y renta (Escobar Roca, 2012).

Dentro del parámetro de “funcionamiento normal” de las personas se les otorgar un carácter objetivo a las necesidades básicas que son independientes de la población. Precisamente, Daniels propone varias necesidades objetivas (tales como: lo que son los servicios médicos, no médicos, personales, que debe concretarse en los casos particulares a fin de que se cree una verdadera igualdad de oportunidades (Lema Añón, 2010).

Según el autor, el Estado debe de satisfacer las necesidades de manera equitativa para garantizar la igualdad de oportunidades, dentro de lo que se ofrece en aspectos económicos y nivel tecnológico disponibles para así poder hacer una realización de diversos proyectos individuales en las distintas etapas de los individuos (Lema Añón, 2010).

En nuestro país el derecho a la salud es y será aludido como un derecho humano, se mencionarán las acciones a las que están obligadas los Estados miembros del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales establecidos en el punto 33, el cual les obliga a cumplir los siguientes rubros a los Estados Partes siendo éstas:

- La de cumplir
- La de respetar.
- La de proteger.

Se pasa a desarrollar las antes mencionadas obligaciones como la de brindar respeto: Los Estados no deben de limitar de manera directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud a la que todos debemos tener acceso. Por eso en base a ello, que el punto 34, señala que los Estados no tiene la capacidad para restringir el acceso por igual de los individuos, a los servicios de salud. Es decir, los Estados deben de promover la igualdad o no medidas discriminatorias como política propia del Estado.

Por último, los Estados deben de limitarse de ocultar de manera intencional los procesos o procedimientos relacionados con la salud; así como de impedir o establecer obstáculos que dificulten el acceso de la población en los asuntos relacionados a estos asuntos. La obligación de proteger: Es necesario

que todos los Estados relacionen las medidas necesarias y así evitar que otros, no respeten estas garantías.

En ese sentido, el punto 35, con la obligación propia de proteger estos servicios, el estado interviene al momento de adoptar medidas legales para velar por un acceso equitativo a la atención del derecho a la salud y los servicios que se le relacionen y sean proporcionados por terceros; el hacer una regulación de la comercialización de medicamentos y equipos médicos por terceros; el de asegurar que todos los profesionales de la salud tengan los conocimientos y los recursos necesarios para su labor, así como el de adoptar medidas para brindar protección a aquellos individuos que pudieran ser violentados, en particular aquellos grupos vulnerables. Igualmente, estas funciones son relacionadas a los Estados el deber de salvaguardar porque otros no restrinjan el alcance a los servicios generados para la asistencia de la salud a la población en general.

La obligación de cumplir: los Estados deben de implementar acciones o reglamentaciones de diversas índoles para hacer cumplir el presente derecho a la salud. Es por ello que, en el punto 36 se señala que la obligación de cumplir por parte de los Estados es necesario que reconozcan al derecho a la salud en la introducción de sus sistemas políticos u ordenamientos jurídicos, mediante la propia regulación o la misma aplicación de leyes, esto para que adopten de una manera eficaz una política pública nacional de salud.

Lo cual también implica el deber de los Estados de idear un sistema de seguro en sus distintas variantes a la que todos tengan acceso, en el que se fomenten las investigaciones, la educación y el ejercicio de esta en materia de salud, así como campañas de concientización, de prevención relacionado con las agresiones en lugar de residencia, por el abuso de sustancias dañinas.

Específicamente:

El punto 37 de la OGN°14 establece en relación con tales medidas lo siguiente:

Respecto a hacer cumplir: los Estados deben de adoptar medidas que ayuden de manera general y a garantizar el ejercicio del derecho a la salud.

Por otra parte los Estados también tienen la obligación de facilitar a los grupos o sectores que no están en las mismas condiciones, por diversas razones a ellos, de ejercer por sí mismos ese derecho o con la facilidad de los recursos que se tienen u otorgan.

- Respecto a la obligación promover: los Estados deben de hacer promoción de sus acciones para así proteger y adecuar la salud de los gobernados. Algunas acciones que destacan son las siguientes: incentivar aquellos factores que favorezcan a resultados positivos en el sector salud, como poder investigar y el proporcionar información, velar para que se cumplan los requerimientos establecidos, que el personal del sector salud sea formado de manera que reconozca las necesidades de todo el grupo de población, así como apoyar a las personas en tener la cultura de



adopción si así lo requieran, con conocimiento, eligiendo así la mejor opción referente a este ámbito.

En el tema del derecho a la salud, los Estados genéricamente se obligan:

- Actuar de manera oportuna y eficaz.
- Progresividad y prohibición de regresividad.
- Garantizar niveles esenciales de los derechos.
- 

Cuando un número importante de individuos no tiene a su disposición o alcance los alimentos básicos, servicios de salud dignos, vestimenta y vivienda básicos o de la educación primaria y secundaria, en ese momento se podría decir que el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones.

Si se interpretara para que no establezca una obligación, carecería de la esencia por la que fue creada”.

Con referencia a ello, y a lo que el Comité DESC sostiene en el punto 43 de la OGN°14 respecto al derecho que se ha estado mencionando, opinamos que la Declaración de Alma Ata debe de considerarse dentro del conjunto de elementos como en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, ofreciendo vincular las obligaciones que emanan de este derecho.

Obligaciones marcadas por el comité:

- a. Se garantiza el libre acceso a todos los centros, bienes y recursos sin distinción discriminatoria, en especial a esa parte de la población que es perteneciente a un grupo vulnerable.

- b. Se debe afianzar la accesibilidad a la alimentación básica mínima que sea de manera estable y digna a todos los grupos sociales.
- c. Garantizar una vivienda digna con salubridad adecuada, así como a una adecuada regulación de suministro de agua potable.
- d. Acceso a los medicamentos primordiales, según las definiciones periódicas que se establezcan dentro del Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- e. Salvaguardar la distribución de bienes y servicios.
- f. Guiar, adoptar y aplicar los mecanismos de la manera más eficaz y factible para mejorar la salud y el bienestar de las personas mecanismos de acción o planes nacionales de salud pública mediante la integración de recomendaciones y acciones en múltiples entornos para mejorar la salud para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud en general.

La estrategia y el estos mecanismos de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados, sobre bases de transparencia y de acciones; enfocados en la prevención donde todos los sectores valoran la salud de las personas además, ambos deben prever métodos, como son los de referencia para una buena salud mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, el cual deberá ser facilitado hacia la población en general.

Cuando se hace referencia a la carga de prueba de delitos por mala praxis médica, está inmerso en que es un Derecho a la salud, perteneciente a su vez, como un derecho humano.

Al respecto nuestro Estado en la Constitución hizo valer, los derechos fundamentales, no sólo legislativos y políticos, sino también los derechos culturales, sociales y económicos pues para una existencia digna es necesario todos estos elementos, exigencia del mismo, tal como lo señalan el “Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre la materia y el Protocolo de San Salvador, ratificados por nuestro país en 1968 y en 1996”. En el artículo 12 del mencionado Pacto y la Constitución mexicana se reconocen el derecho fundamental que todos los individuos deben gozar sus derechos, en ese caso a niveles de salud física y mental.

Estos están desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, en los ámbitos tanto nacional como internacional, que obligan que el Estado garantice las obligaciones y las proteja por este sentido lo que ha sido señalado para fines políticas públicas sobre ciertas cualidades que se establecen (Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Es importante tener en cuenta que los derechos humanos pertenecen a todos los individuos en el orden jurídico, tienen diferentes tratamientos, tanto doctrinalmente como legislativamente, sin distinción de ningún tipo. Además cabe resaltar, que los derechos humanos están interrelacionados, son interdependientes uno del otro e indivisibles; es objeto la regulación de las instituciones más frecuentes es decir, no se pueden respetar unos sí y otros no, aleatoriamente, porque unos influyen en el disfrute de otros.

Es de suma importancia resaltar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no está vinculada con Estados, dado es emitido como una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas así que se puede limitar, porque esas apelaciones no establece medidas que puedan ponerse en práctica mediante un ejercicio.

En segundo lugar “ante la presión de diferentes Estados, hay una disposición según en la cual todos los derechos deben ser establecidos en el sistema interno del país, lo que se suponía que fuera una limitación para el goce de los derechos internacionales, se desarrollaron los instrumentos de protección y garantía de los derechos: uno lo regula, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y otro regula los derechos sociales, económicos y culturales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)”.

Estos pactos obligan a los Estados integrantes a velar por estos derechos fundamentales, porque todos los derechos humanos se relacionan y. La diferencia entre los pactos, es cuando se hace una distinción entre sus obligaciones, esto como consecuencia de la diversa naturaleza de estos derechos. Las obligaciones resultantes del PIDCP son de carácter inmediato, es decir, que en el momento preciso que se ratifica ese congreso el Estado debe respetar estos derechos.

Por otro lado, las que se desprenden del PIDESC son de carácter gradual, es decir, los Estados mediante la disposición de sus recursos pueden hacer que se ejerzan de manera paulatina. “Otros tratados, como por ejemplo el Tratado sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial, la Convención de los Derechos del Niño o el Tratado para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, lo complementan”.

Ahora bien, es necesario destacar que la salud como derecho humano, va más allá de la falta de interés por la que se ven obligados al no tener acceso a la atención médica; esto es un derecho inherente que tiene un trasfondo específico de la vida y por eso es que se le da la mayor importancia posible a este derecho en particular.

La Organización mundial de la salud ha establecido como nota de salud es el estado completo de bienestar integral. A esta definición de salud se le ha añadido a su campo otras en diversas dimensiones, como lo son cuando se caracterizan por ser continuo o dinámico por un tiempo prolongado, que llega a una idealización de que el derecho a la salud es multidimensional por estas características.

En todo caso se partirá de la concepción del derecho a la salud basado en las lecturas que maneja el Estado social, como un derecho integral e integrador y consciente que el derecho a la salud implique una garantía que permita al ser humano desarrollarse de forma digna y al máximo sus potencialidades, de manera individual y general.

La Organización Mundial de la Salud ha establecido como definición de salud el:

“estado de completo bienestar físico, mental y social”. De acuerdo a ello es necesario tener presente que “esta se ha incorporado otras dimensiones, como la capacidad de funcionar o la salud como un fenómeno continuo y dinámico a lo largo del tiempo, hasta llegar a instaurarse la idea de que la salud es un fenómeno multidimensional.

Es por ello que podemos constatar que el concepto de salud evoluciona a través del tiempo en un enfoque médico-biológico, hasta llegar a ser conceptualizado integral y globalmente incorporando aspectos socio –económicos.

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 declara que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Como ya se ha planteado anteriormente en el artículo 25, existen múltiples rubros para poder lograr un bienestar. En el derecho a la salud, al igual que los demás derechos humanos, es independiente del resto, es por ello, que mientras se sigan violentando los derechos fundamentales no es posible obtener un bienestar integral, traducido a una vida saludable para los titulares del derecho.

El tratado que desarrolla el derecho a la salud es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 12 establece que los

Estados partes en el pacto reconocen el derecho de todo individuo a disfrutar de lo posible de un bienestar integral, en el segundo párrafo menciona las acciones que pueden implementarse para poder obtenerlo.

Acorde con el artículo 4° de la Constitución Política de México, es derecho de todo gobernado en el Estado Mexicano de gozar de la protección a la salud. Infortunadamente no todos pueden ejercer eficazmente este derecho. Nuestro sistema de salud nos ofrece beneficios muy diferentes dependiendo de la población de que se trate. En nuestro Estado los grupos de beneficiarios son los siguientes: los trabajadores asalariados, los jubilados y sus familias; los auto empleados, trabajadores del sector informal, desempleados y personas que se encuentran fuera del mercado de trabajo, y sus familias, y la población con capacidad de pago. Al respecto el profesor Mayer Sierra afirma que:

:

En el año de 1983 cuando al concepto de previsión social en salud del art. 123 se adicionó el concepto “Protección de la salud” en el art.4 constitucional. Este cambio fue parte de las reformas al iniciar el sexenio de Miguel de la Madrid Hurtado. El párrafo adicionado al artículo 4 estipula: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud...”

El mismo autor sostiene que en la Ley General de Salud de 1984 donde se explican con cuidado las modalidades del acceso a la protección que tienen los individuos, aunque, al igual que todos los derechos sociales en México, nunca se excluye la capacidad, de quien lo puede pagar, de obtener un mejor servicio en el mercado. Pero todo toma fuerza en las reformas de mayo de 2003 que se define mejor cómo promover la salud de una manera equitativa para todos buscando de esta forma un mayor y mejor acceso, con el llamado Seguro Popular. El objetivo

de la reforma que incorporó el derecho a la protección de la salud en la Constitución era, como se asienta en el dictamen de las comisiones que estudiaron la propuesta del Ejecutivo, “dar a todos los mexicanos la garantía de recibir atención médica acorde a sus necesidades y no acorde a sus recursos”.

Continúa el autor y nos dice que definir derechos no los garantiza. El simple hecho de asignar por ley recursos tampoco los genera; no resuelve por sí mismo el problema, como a veces se piensa. (Mayer-Serra, 2006)

Así pues, una vez analizado la evolución del derecho a la salud, su estructura así como sus fundamentos y regulaciones hasta nuestros tiempos, tenemos conocimiento que es un derecho, donde el estado asume el deber de proteger, a través de las instituciones destinadas a facilitar este tipo de servicio, con personal cada vez más capacitado, pero con esto la exigencia del servicio aumenta, desde esta perspectiva estamos obligados a analizar los alcances que pueden llegar a englobar la responsabilidad médica.

Todo lo señalado anteriormente obliga al Estado a garantizar el derecho a la salud en beneficio de la sociedad. Por otra parte, son los prestadores de éste servicio, me refiero a los médicos, quienes tienen el deber de ejercer su profesión de acuerdo a derecho, es decir no incurrir en mala praxis. Caer en mala praxis lesiona el derecho a la salud tutelado por el ordenamiento jurídico.



### **1.3. ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA SALUD**

Este Derecho tiene cualidades de ser una faceta defensiva. Esta faceta, según Escobar Roca, ofrece la posibilidad de: “responder jurídicamente a los ataques contra la salud individual y colectiva (salud pública), y la omisión de los poderes públicos en su protección”. El mismo doctor, atiende que otro aspecto del derecho a la salud es que, por esta misma naturaleza de ser un derecho, y no considerado como un deber ni como un derecho-deber, la libertad de someterse o no a un determinado tratamiento médico forma parte del contenido del derecho a la salud (Escobar Roca, 2012). Todo esto es correlacional a tal punto que puede considerarse como un derecho igual de valioso como la libertad la cual siempre deberá ser una decisión libre, y debe recaer únicamente en su titular.

Fundamental es el derecho a la salud a tal grado de ser de los pilares rectores que todo Estado debe considerar como garantía inviolable, pues en última instancia mira siempre hacia el interés de personas concretas. Por lo anterior, las dos variantes salud y salud pública no hacen referencia a términos distintos sino a uno solo, esto conceptualizado en dos puntos principales:

a). La defensa del derecho a la salud de forma individual.

b). El derecho a la salud de forma colectiva mediante la salud pública.

A continuación, vamos a desarrollar desde un enfoque más práctico ambas posturas: el primer punto al que recurrimos es la protección de la salud individual: esta tutela es un conjunto de acciones que protege la salud, conservar la vida, favorecer la autonomía y eliminar o paliar la enfermedad, el dolor y el

sufrimiento de personas todo esto siempre dentro del caso específico. Lo anterior es de orden subjetivo y llega a fundamentar al individuo a pedir que el Estado responda a este como un deber que cumplirá.

Podemos entender entonces como salud pública o colectiva, como un conjunto de acciones, principalmente preventivas, que se enfocan a proteger la salud, y bajo una última circunstancia debe concentrarse a salud individual, pero con independencia de la situación concreta de personas concretas.

Este tipo de protección, es la totalidad de la finalidad que refiere como derecho a la salud debido a que este mismo es dirigido a todas las dependencias del orden público sin importar su fuero, que viene a concretar las principales obligaciones derivadas del derecho fundamental a la salud. La razón está en que los derechos fundamentales son de gran importancia y reglados de forma constitucional plasmados en esta o bien en: legislación, administración y jurisdicción, que reciben de ella su orientación e impulso. Con estas diversas formas de ser plasmadas se trabaja para poder tener un derecho a la salud.

Sobre este tema tenemos el conflicto que en algunas ocasiones ha originado ese derecho a la salud, un ejemplo de esto, es en los casos en los que la persona ya no puede valerse por sí misma y requiere de asistencia de mecanismos, el cual implica una dependencia de estos el sujeto prefiere morir y no sufrir dolor alguno, a este proceso se le conoce como eutanasia. En otro ejemplo tenemos la necesidad de realizar transfusiones de sangre a personas que por alguna enfermedad lo requieren sin embargo, en atención a diversas creencias religiosas se privan de estos tratamientos.

En los supuestos anteriores se encuentran conflictos entre la norma legal y la norma moral, en el primero de los casos y entre la norma legal y la norma religiosa en el segundo de los casos.

Lo más viable, en ambos casos, a mi parecer debe ser a favor de la norma legal, ya que en ambos casos se atenta contra la inviolabilidad humana que se encuentra por encima de las normas morales y religiosas, no obstante que éstas últimas tengan a su vez una protección constitucional.

Lo antes señalado no debe entenderse como tal que se rompa con la estructura del derecho a la salud aquí comentada, sino más bien, la justifica y la fortalece ya que permitirse este tipo de prácticas desemboca directamente en un atentado a la salud pública, que en caso de conflicto, debe prevalecer sobre la salud individual, pues bajo ningún supuesto pudiera argumentarse que cualquier justificación entendiéndose como esta moral o religiosa puede sobrepasar el ámbito del derecho, pues cada uno de estas reglas se rige dentro de su propio ámbito y esquema, y como estado se debe estar pendiente de que no trasciendan de uno hacia el otro ámbito, pues se insiste, la vida humana debe prevalecer sobre cualquier norma jurídica, situación que debe respetarse en cada uno de los cuerpos normativos que la respecto se emitan.

#### **1.4. EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO**

Desde tiempos ancestrales el servicio de salud se ha dado de diferentes formas atravesando como lo fueron: como lo fueron los centros donde atendían centros de enfermería, atención a todos los huérfanos, así también existían reclusorios para atender a las personas enfermas de lepra, entre otros.

En años anteriores específicamente, durante el periodo de la colonia, se apoyaba con temas humanitarios, lo que permitió que se fundaran hospitales y algunas casas que se hacían llamar beneficencia. El primer centro de salud del que se tiene registros en la Nueva España es el hospital de Jesús, el cual es producto de la obra de los misioneros de aquel tiempo.

Transportándonos a nuestro país, ya en la época de México independiente, se tiene registro que en 1836 y 1843, la constitución hace referencia al entorno al servicio de salud pública, pero este sufría de su carencia de reconocimiento como autónomo.

Como consecuencia de la Reformas en todo México, se lograron entre otras cosas, la terminación de todo fuero que tenga que ver con lo religioso y con ello el desconocimiento de sus órdenes. A partir de estos momentos al Estado se le otorga la autonomía de ser quien proporcione la salud pública. Lo que a su vez obliga a nuestro país a crear las figuras tangibles para poder suministrar este servicio, como en su momento lo fueron: el Consejo Superior de la Salubridad como en su momento lo fueron, algunas instituciones que operaban en el distrito federal y las cuales tenían participación en todo el territorio nacional.

En 1891, se expidió el primer Código Sanitario del México independiente, legislación que con el tiempo ha sufrido un inmenso mar de cambios en su contenido y hasta en su denominación hasta llegar a nuestra actual Ley General de Salud, pues por la naturaleza del tema es obligación tener actualizada conforme a los lineamientos que la sociedad demande para la protección de sus intereses como tal.

En la Constitución de 1857, se efectuó reformas trascendentales en cuanto a al ámbito de la salubridad se refiere, que hasta el año 1908 por primera vez se le delega al Congreso de la Unión las primeras acciones sobre temas de regulación sanitaria en el país.

La revolución mexicana sin duda fue un movimiento que ha creado un antes y un después, con una relevancia a nivel estatal. A partir de ese momento, el Estado se vio obligado en cubrir las necesidades que le dieron origen.

Debemos mencionar que este acto se consideraba de inicio como una caridad o bien como un acto guiado por lastima; tiempo después, que según SANCHEZ (2000) en su conferencia “POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS”, afirma que:

Con base en el movimiento de Reforma, el Estado mexicano se asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto meramente individualista; finalmente, la revolución de 1910 y las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron esta concepción otorgando al derecho a la salud su carácter social, al señalar al Congreso de la Unión facultades en la materia. (SÁNCHEZ, 2000)

Aunado a lo descrito, es necesario también acortar que el derecho a la salud, entro a la discusión incluido el gran debate por establecer si es una rama autónoma; es decir que no pertenece ni en ámbito civil ni laboral, etc. Y mucho menos al derecho constitucional. Sin embargo la mayoría de la doctrina, según esta investigación, se ha guiado por la idea que el Derecho a la Salud es un derecho de corte Constitucional.

La responsabilidad en el ámbito de la salud de forma pública hoy día sigue siendo controversial en nuestro país y en el resto del mundo. Y desde un punto personal así es como debe de ser. Debido a la creciente situación que se ha presentado en las quejas del servicio médico que proporciona nuestro país nos hace reflexionar sobre si esta situación debe darse a competencia a otros sectores o bien pensar las causas que crean algún conflicto en el tratamiento de un paciente.

Como antecedente histórico, se debe señalar que, la revolución de 1910 es considerada como la piedra angular para poder dar pie al desarrollo de los derechos sociales, o bien conocidos como derechos prestacionales, los cuales implican, todo aquel acto positivo que un Estado realiza a la sociedad para el beneficio de este.

De ahí que en gran parte del mundo se haya inspirado por la constitución de 1910, como una de las constituciones de corte garantistas y proteccionista de la persona humana.

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.” (Villegas, 2000)

La asociación que se tiene del derecho a la salud frente la constitución y la forma de relacionarlos deja varias situaciones conforme esta incorporación. También se ha aprobado a favor y en contra como en todo fenómeno jurídico. Diversos autores mencionan que al señalar esto se hace en un sentido en el que solo se establecen acciones para los poderes en sí, ya consolidados. En la Constitución y estas diversas normas solo aluden a ciertas guías que el gobierno toma a consideración, pero que bajo ninguna circunstancia se hace referencia a algún carácter de apego a estas normas.

Respecto a lo anterior, estos se conducirían a mencionar que bajo ningún supuesto ninguna persona puede tener el acceso de manera expedita a tribunales independientes, esto para el respeto de ciertas formalidades en dado caso de pretensión o defensa. Incluso, varios piensan que una forma de poder sancionar al Estado por su déficit de poder es a través de la escases de dar a la población un buen sistema de salud es el restringir de ciertas condiciones al partido político en turno así mismo como la obtención de votos de los ciudadanos.

Hay pensadores que expresan una herramienta para poder lograr cambio, las prestaciones no están presentes en si en la Constitución, por lo cual se debe garantizar su cumplimiento al carecer de un sustento jurídico que podría convertirse en problemas mayores para la sociedad, por lo cual, debe establecerse otros mecanismos para cumplirlas.

No es posible realizar una afirmación acerca que la Constitución Federal se obligue de manera directa o indirectamente al Estado para realizar con el cumplimiento del derecho antes mencionado, cuando el legislador da connotación a ciertos principios en este ámbito o materia, o como se menciona constitucionalmente, “define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud”, de esta manera el gobernado exige, siempre y cuando se encuentre formulado lealmente y en cumplimiento con nuestra Constitución, y en dado caso que este no se conozca por diversas razones , podrá siempre acudir a un amparo reclamando las inconsistencias en la protección de sus derechos fundamentales.

De esta manera poder llegar a concluir que el legislador no debe de escudarse en supuestos, sino que al realizarse diversas regulaciones respetando la Constitución, en la que se ve reflejado todos los derechos individualizados de cualquier persona, en la que por medio de estas pudieran utilizarlo como un verdadero recurso para las situaciones que se presentaran y que violenten sus garantías individuales en el sector de la salud como los diversos mencionados en la ley.

En el año 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realizó una reforma en la cual cabe resaltar dos modificaciones, la primera, en la que se realiza un ligero cambio al capítulo “De los Derechos Humanos y sus Garantías” porque daba a la interpretación que solo se modificó una con otras y la segunda, es que se adecuo en el artículo 1º, en el que se hace referencia a los derechos humanos inmersos en lo que son la propia Constitución y Tratados



Internacionales, también se modificaron dos cláusulas de interpretación, la conforme y la pro persona, debido a esto se realiza un ampliación se amplía.

Las cláusulas de interpretación, según la Suprema Corte de Justicia en el expediente Varios 912/2010 deberán atender el aspecto de constitucionalidad, dentro de la cual fueron difundidos de acuerdo a lo ya preestablecido.

Por consiguiente, la tesis jurisprudencial P./J.20/ 2014, citado por SALAS (2013) menciona que:

“los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”, así como que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. (Salas, 2013)

Por otra parte, en todos los cambios que se le ha hecho a la Constitución y reglas o mecanismos ya establecidos a través de métodos judiciales que marcan un parte aguas para mencionar las obligaciones de los Estados con las garantías individuales y derechos humanos, que debe de ser jurídicamente mexicanos para referirnos al contenido y alcances como obligaciones de los estados respecto a los derechos humanos.

La gran importancia de lo anterior es que al ser reformada la Carta Magna se le da la aceptación y el mismo valor a los derechos humanos es decir se incorporan de manera equitativa a nuestros derechos fundamentales.

## **1.5. MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO**

La intervención que genera un médico es sin duda de gran relevancia para el contexto jurídico. La restauración protección, y promoción de la salud, así como todo el engranaje que forma la impartición de la salud de forma pública, sin duda constituye una obligación de todo Gobierno. Sin embargo, el especialista en este ámbito está sumamente preparado, por medio de técnicas, cursos, estadías en diversos países, avances tecnológicos, pero a la vez existe una brecha en la cual se puede notar una elevada cifra por denuncias por la responsabilidad de estos.

En todos los países, a pesar de los pronunciamientos constitucionales sobre este ámbito, en muchos de los países aún se encuentra en incertidumbre la actividad administrativa de carácter asistencial. Por eso, cuando se quiere mencionar la garantía del derecho de salud en nuestro país, desde se deben exponer algunas cosas primordialmente, los cuales nos ayuden a entender un poco mejor a los “derechos sociales”, esto debido a que el derecho a la salud esta aludido a otros derechos.

Hablar sobre los derechos sociales se vuelve complicado por la naturaleza del mismo, los mecanismos previstos para categorizar a los derechos sociales son amplios que siempre habrá factores que resalten en cada uno de estos derechos. Los matices de la doctrina jurídica mexicana les dio un se ha centrado en un idealismo lógico que nunca pudo ser bien ejemplificado. Aunado a esto, hoy en día, los juristas llegan a la conclusión que se deben realizar una identificados de todos los derechos sociales con los prestacionales. Los derechos prestacionales, son los que requieren acciones que se transforman en un servicio que cualquier sujeto pudiera solicitar.

Así es como se ve el resurgimiento del derecho antes mencionado, considerándolo antiguamente en aspectos jurídicos, a el derecho privado y público, la principal característica es la de los intereses generales por encima de los intereses particulares, que mediante leyes con la finalidad de proteger a estos, para así establecer medidas de vida más justas y accesibles a toda la población, pero en lo particular a los grupos vulnerables.

Los derechos sociales históricamente tienen una larga historia, sin embargo las primeras nociones que se tienen sobre este concepto son a finales del siglo XIX, basados en regímenes liberales consolidados a partir de ideas sociopolíticas de la revolución francesa, cada vez se ve más prominente la desigualdad que ha sido ocasionada por ese sistema.

Al momento de interponerse el Estado en el desarrollo de los individuos, este afectaría los principales derechos por los que se ha estado trabajando, el derecho de la libertad y la igualdad entre los individuos, el cual ha sido cuestionado en un sentido jurídico. Tuvieron que pasar una gran cantidad de años para que la impartición de estos derechos dejase de ser de carácter individualista.

Existe un reconocimiento a los derechos entre los sujetos de obligación y el Estado, en el cual estos deben de desarrollar programas que hagan énfasis en la accesibilidad de este derecho y así como su aplicación. Hay varios conceptos acerca de la justicia distributiva, pero en lo que concierne a Aristóteles, es uno de los más aceptados actualmente. Según Aristóteles, el término de justicia va ligado con el de la igualdad, y así tener en claro cuando es este y cuando sería el momento apropiado para hablar de la desigualdad. (Gómez Robledo, 1989).

En México, la revolución de 1910 sin duda alguna fue el motor principal que provoca la implementación de estos derechos. Todo esto surgió al redor de 1917 impuesta en la Constitución en este año, estos derechos sociales fueron primordiales establecer una limitación en aspecto privado y en términos sociales, si es cómo surge un protección hacia los trabajadores y sus derechos, que a su vez se empezó a surgir el interés por la protección hacia la mujer en estado de gestación, los accidentes en el trabajo, entre otros. (Diputados, 2016)

El incluir el derecho a la salud dentro del texto constitucional ha dejado mucha controversia. Existen quienes han abogado en su favor y hay también quienes critican la inoperancia de dicho precepto; sin embargo, nosotros consideramos que dicha medida ha sido fundamental en la consolidación de un mejor sistema de salud, pues es la propia Constitución la que le impone al Estado la obligación de abocarse al cumplimiento de este derecho social.

Si bien ya se ha mencionado anteriormente, que en México, siempre ha existido el derecho a la Salud, pero fue hasta 1983". Todo lo anterior se puede concluir con la integración del derecho a la salud como un derecho constitucional, en la medida que el poder ejecutivo federan ante el poder legislativo en 1982, señalando que se iban a implementar unas políticas en su gobierno, que buscaran establecer al derecho a la salud, como un derecho constitucional inalienable el derecho a la salud y que este se iba a brindar especialmente en zonas rurales y zonas urbanas marginadas.

Esto generó, según DIAZ (2015), que en el ámbito legislativo hubo comentarios y consideraciones que preocupaban a los congresistas que se pueden apreciar en el Diario de Debates de la Cámara de Diputados, en el número

50 del 13 de diciembre de 1982, se hace mención ante la comparecencia del Secretario de Programación y Presupuesto de que la inclusión del “derecho a la salud” en la Constitución Política General “incrementaría la ya importante compra de medicinas por parte del poder público a los grandes monopolios extranjeros, que controlan el 90% de la industria químico-farmacéutica en nuestro país”, lo que podría denotar un interés de carácter económico y no de protección a la población. (Díaz, El derecho a la salud y gestión de accesibilidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos en México , 2015)

También por ésta razón, empezó a existir comentarios de los que decían que dudaban que este derecho, se había elevado a rango constitucional por la preocupación de la salud en México, si no que ya se habían pactado convenios en los que el gobierno había establecido con las grandes empresas farmacéuticas donde el gobierno saldría económicamente beneficiado.

De lo anterior podemos recapitular que el derecho a la salud si bien puede entenderse una obligación del Estado en proporcionarlo también es cierto que con este se puede ser factible la negociación de licitaciones e incluso acuerdos para generar endeudamientos y ganancias para los interesados.

El sistema de protección social, arroja como resultados que casi todos los derechos en México giran en entorno al derecho a la salud por eso es considerado como uno de los más importantes y por eso es de suma importancia su correcta legislación y regulación en nuestro país

El Poder Judicial no ha sido ajeno y ha emitido criterios relevantes sobre el tema, por lo que mencionaremos algunos de ellos:

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 1996, una persona que se encontraba infectada del virus de inmunodeficiencia adquirida solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra actos de diversas autoridades del Sector Salud, reclamando, esencialmente, la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos para 1996, mismo que formula año con año el Instituto Mexicano del Seguro social conjuntamente con otras autoridades sanitarias, en virtud de no se le iban a poder suministrar ciertos medicamentos que consideraba esenciales para su tratamiento, pues no habían sido incluidos en el catálogo de medicamentos de 1996.

De la demanda en cuestión toco conocer al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien con fecha de veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y siete determinó sobreseer en el juicio y negar el amparo al quejoso.

La sentencia fue recurrida por el quejoso y le correspondió al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación su resolución. El 25 de octubre de 1999, por unanimidad de votos de los Ministros Integrantes del Máximo Tribunal, se resolvió modificar la sentencia de primera instancia por considerar incorrecta la interpretación que del artículo 4º. Constitucional realizó el Juez de Distrito.

En esta sentencia se adujo que contrariamente a lo determinado por el Juez del conocimiento, el derecho a la protección de la salud sí se traduce en el derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención médica por parte del Sector Salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que como garantía individual consagra el artículo 4º de la Carta Magna.

Lo anterior pone de manifiesto lo expresado en líneas anteriores, en el sentido de que una vez creadas las leyes que desarrollan o reglamentan el derecho a la protección de la salud, surge para el gobernado la facultad (derecho subjetivo) de poder exigir frente al Estado su cumplimiento.

SEGUNDO.- Otra sentencia de gran relevancia pronunciada por el Máximo Tribunal en México, fue aquella en la que se declaró la inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 24 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.

## **1.6. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN MÉXICO**

La CONAMED, en el año de 1996 en México la evaluación de la salud sigue siendo mejor por la calidad médica, la cual tuvo una gran intervención médica el cual dio un giro inesperado al entorno del marco sector salud.

Servicio de salud, en el tema de calidad ha sido destacado por la Organización Mundial de la Salud. (OMS). El cual dio a conocer un gran resultado positivo en la. Calidad sanitaria. El cual conoce cada una de las necesidades de la Salud de toda la población.

En la actualidad la definición más concreta y correcta es, la capacidad para que un servicio consiga el punto deseado donde se dé el acceso fácil de un costo accesible para toda la población, el cual se hace para lograr una recuperación total de la salud.

La calidad de atención médica desde hace tiempo se ha dado a conocer por normas que protege a los pacientes. Uno de los primeros códigos fue el de HAMMURABI. Propuesta en el año 1800 A.C. La cuál contiene trece puntos dados a conocer para la profesión Médica. En el año de 1993 como propuesta de la formación del tratado trilateral, fue dado a conocer la necesidad de homologar la cantidad de presentación del servicio médico.

Esta misma ha sido una por la cuáles se estableció el certificado de las unidades médicas. La cuál detonó y dio gran giro al impacto social y fue así como se dio a conocer; La Sociedad Médica de la Calidad de la Atención de la Salud. (SOMECASA.) .



La creación del sistema actual de salud en México data de principios del siglo XX, aunque se han llevado a cabo cambios sustanciales en su estructura desde aquél entonces.

El derecho a la salud, como un derecho inherente a todos persona, siempre ha existido, a menos, los primeros vestigios, afirman se dieron desde el siglo XVII, en el que ya habían organizaciones de asistencia social así como públicos que otorgaban tal servicio.

Dichos organismos se encargaron de la salud pública, brindando atención a los múltiples padecimientos de los gobernados y aliviando sus requerimientos de asistencia, para lo cual se contó, según BARNARD AMOZORRUTIA (1994),

“Con la Dirección de la Beneficencia Pública en 1861. El Consejo Superior de Salubridad expedía y registraba títulos y sólo los profesores ejercían en los ramos de la ciencia médica. También se encargó de elaborar la legislación y fue el 15 de julio de 1891 cuando se expidió el Primer Código Sanitario. Más adelante se crearon nuevas entidades de naturaleza pública, tales como”:

- El Real Tribunal del Protomedicato de 1628, instituido por el Consejo de Indias, dependiente del Consejo de Castilla.
- La Facultad Médica del Distrito Federal establecida en 1831.
- El Consejo Superior de Salubridad 1841 (Barnard Amozorrutia, 1994).

De lo anterior, se demuestra que en México, como país garante de los derechos fundamentales de toda persona, a partir del siglo XVII, empieza el nacimiento de diversas instituciones públicas que proporcionaban servicios de la salud, hubo instituciones que se dedicaron a la salubridad pública en donde aliviaba a la población sus necesidades y que además se crea por primera vez la dirección de

beneficencia pública, con la que se arriba al primer código de sanidad en México, y este abrió las puertas a que se crearan más organismos o instituciones que brindaban la salud pública.

Por otro lado y siguiendo a la misma autora, con el pase de los años se fueron creando otras instituciones, que fueron reforzando a la salud como un servicio brindado por el Estado; así se crearon las siguientes instituciones:

### **1.7. DEFINICIÓN DE SALUD**

Salud proviene del latín *salusûtis*, teniendo como significado, “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.” Así mismo también se entiende por Salud Pública; las mínimas condiciones de salud que los gobernantes deben garantizar y proteger. Lo anterior basado en la Real Academia Española.

Existe una gran diversidad sobre definiciones de salud lo que hace que la controversia crezca, más aún cuando se entiende dicho bien tutelado por la ley como primordial en nuestro sistema. Además, existen tendencias doctrinales que la ven como un todo y otras que la ven como un fragmento de la vida cotidiana del individuo.

Lo anterior, hace mucho más complejo el desarrollo doctrinal del concepto de derecho a la salud, en cuanto a su precisión en la definición.

Es una necesidad jurídica que se adopte una definición de salud para así identificar con exactitud el bien jurídico que se pretende proteger. Tal definición incluirá los siguientes rubros:

- a) Se identificó que la salud sea por encima de muchos derechos.
- b) Y que además jurídicamente tenga función, lo que implica toda una recreación jurídica de la voluntad del legislador; y .Qué sea jurídicamente funcional, es decir, que no sea sólo una noción vaga del deseo sino que permita una concreción jurídica: y
- c) Que el derecho a la salud cumpla con la expectativa de los requerimientos sociales y los demás Qué dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud.

Se debe contar un amplio concepto de salud que incluya límites y alcances de la misma.

El sector Salud, posee una complejidad de relaciones que según sus funciones buscan todas las finalidades de proteger la salud en las comunidades lo que las lleva a constituir una rama del Derecho basta y amplia. Para algunos tratadistas hay imposibilidad jurídica en la antes mencionada definición ya no contempla límites, como en la siguiente premisa “una manera de vivir libre, gozosa y solidaria”.

Una corriente contempla a la salud “como un todo” incluyendo necesidades básicas como si fuera un macro derecho que contiene a todos los otros, lo cual es reforzado con la idea de que no puede hablarse de salud sin contemplar la

seguridad social. Lo que nos lleva a la premisa de: derecho a la salud igual a Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Otra tendencia de la definición es la salud es verla “como un fragmento”:  
Esta corriente del derecho observa solo una de las variables, con lo que se corre el riesgo de que reduzca el amplio contenido de la definición que debe adoptarse. También permite diseñar acciones para programas sociales de enfermedades que aquejan a la sociedad, con sus limitantes.

El concepto de salud tiene parte científica, no solo es jurídico, también posee elementos culturales e históricos. Por lo que según lo que dogmáticamente es correcto se debe partir de un ordenamiento concreto con su propia lógica. Para tal fin, debe partir, según ESCOBAR ROCA (2012), de la declaración de la Organización Mundial de la Salud cuya norma constitutiva de 1946 definió a la salud como el “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades y dolencias” (Escobar Roca, 2012).

Partiendo de ésta definición, cabe mencionar que, la salud tiene relación, negativa con las enfermedades y sus implicaciones, y una relación positiva con lo que conlleva a una buena calidad de vida. Según lo anterior tener salud implica vivir una vida digna.

Sin embargo, considero que la salud, como definición estrictamente jurídica debe ser fragmentada, ya que de lo contrario dejaríamos sin efecto muchas figuras jurídicas relacionadas con ella y que son protegidas por las normas penales, incluso por aquellas normas no penales.

En efecto, resulta estrictamente necesario distinguir entre la salud como un todo inherente a un núcleo social, dentro del cual obviamente se encuentran los individuos en lo particular, y la salud referente a una persona en lo particular en lo que atañe exclusivamente a su salud corporal, abarcando desde luego tanto su aspecto físico como el psicológico.

Pretender analizar los bienes jurídicos inherentes a la salud de las personas y protegidos en el derecho penal de una manera total, sin acotarla a lo fragmentado no tendría sentido, por ello se protege su integridad física, sexual y mental, por ello tenemos delitos de lesiones que protegen la identidad física para que la misma no sea lesionada, violación que protege la salud sexual y amenazas, corrupción etc. Que protegen la salud psicológica.

Estimar lo contrario traería como consecuencia una protección a los derechos de la salud deficiente, por ello debemos desincorporar el aspecto social de esta definición.

Aclarado y demostrado lo anterior, podemos definir a la salud, se insiste, desde un punto de vista de la tendencia que ve a la salud como una figura fragmentada y para los fines de la presente investigación, como cualquier alteración que sufra el individuo en su integridad personal o mental.

Lo anterior no significa que dicha alteración tenga que ser provocada, que es la forma de alteración que nos interesa en este trabajo, ya que la misma puede ser ocasionada de manera voluntaria por el propio individuo, como por ejemplo cuando trata de suicidarse, también puede dicha alteración puede ser

ocasionada por un tercero, pero sin consecuencia jurídica alguna para quien la infiere, como se da en el caso en el que de manera profesional el agredido practica el box, lucha libre, o deportes similares, deportes en los que cualquier lesión que sufra la persona es con su consentimiento.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO A LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

#### 2.1. APROXIMACIONES GENERALES A LA IDEA DE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La participación y los procesos resultantes de ello en la sociedad, así como la convivencia impiden comprobablemente que pueda sostenerse la pura concepción individual del bien jurídico, además de no poder explicar convincentemente, los supuestos que se requieren de forma sustantiva de todos procesos de comunicación del individuo, con respecto a su entorno y todo el sistema jurídico. En este contexto, afirma QUERALT JIMENEZ (1996),

“uno de los aspectos de mayor importancia en la discusión actual sobre el bien jurídico reside en la problemática entre los denominados bienes físicos clásicos y los bienes jurídicos de nuevo cuño. En los bienes jurídicos clásicos como la vida, el patrimonio, la libertad etc. existe un mayor consenso, no generan mayor discusión. Sin embargo, como ya se ha dicho, existen bienes jurídicos que obedecen a criterios absolutamente distintos de los individuales y reflejan aspectos centrales del funcionamiento estatal” (Queralt Jimenez, 1996,)

El derecho penal protege funciones, esto no es igual a proteger necesidades abstractas, permite desglosar cualquier carácter individual a la estructura o configuración del tipo penal. Por ello, el tema de los bienes difusos, o bienes colectivos que expresan la funcionalidad del medio ambiente, la salud pública, orden económico, entre otros, se da gracias al contenido que poseen y el alcance

que tienen, estos acopian otros intereses, haciendo que la asimilación sea precedida por una fuerte "tensión" en el Derecho penal.

Así como lo enseña el profesor Portilla Contreras, podemos discutir rigurosamente si se trata de bienes jurídicos o sólo funciones y empleando el análisis de Hassemer (1989) plantea que dichos intereses ya no son bienes jurídicos tradicionalmente hablando, más bien, son fines organizacionales de topo económico, social y político, por ello la rama del derecho penal no representa víctimas, representa funciones. El peligro de asumir, según el autor, el esquema de tutela de funciones recae cuando se transforma la injusticia penal en un delito de mera violación legislativa que, realmente, no se transforma, inclusive si es que el concepto de función se cambia por el substancialmente equivalente de "bien social", propuesto por acreditada doctrina (Hasemer, 1989)

Cuál debe ser el criterio adecuado a elegir un bien jurídico penal colectivo. Categóricamente se utilizan filtros que tienen que ver con cuestiones individuales, lo que conlleva el merecimiento de laguna pena y la necesidad que tiene el estado de penar, aplicables en bienes jurídicos individuales como, dañosidad social, merecimiento de pena y necesidad de pena aplicables a los bienes jurídicos individuales, los cuales no forzosamente tienen que aplicarse a los bienes jurídicos colectivos, por lo que regresamos a la concepción de proteger objetivos y funciones.



Se considera al derecho a la salud como parte de los bienes jurídicos protegidos por el Estado, ya que, como acertadamente pondera el profesor HASSEMER (1989), la diversificación del mundo globalizado hace que el Estado utilice mecanismos de protección; como ejemplo de lo que antecede en párrafos anteriores podemos sostener que, en el plano de consumo y producción de los bienes así como servicios, a los que ningún Estado que se hace llamar democrático puede huir, los bienes jurídicos mayormente afectados en un principio por la introducción al mercado de un producto con algún grado de peligrosidad, serán la salud pública y la seguridad colectiva, es por ello que el derecho a la salud, no tiene observancia de un derecho constitucional individual, más bien, actúa como derecho colectivo perteneciente a los Derechos Humanos de segunda generación.

Por otra parte se puede escoger bienes jurídicos sociales sosteniendo cómo necesidad imperante la de establecer valores colectivos en los que de manera individual las personas puedan desarrollarse y sin los cuales su subsistencia pone en riesgo al consumidor, protección del patrimonio cultural, la salud y la defensa del medio ambiente, entre otras. Según SALDARRIAGA (1996), considera que “El peligro de admitir los valores colectivos consiste en dar pie a la aparición de legislaciones de emergencia donde se declare enemigos internos a sectores de la población” (Prado Saldarriaga, 1996).

Sintetizando, los bienes jurídicos son imprescindibles y esenciales para la común prevalencia, engloban aspectos individuales, colectivos e institucionales que son reunidos en los procesos de relación de la persona al interior de la comunidad, su sistema social y funcionamiento de este. Es el Derecho penal a quien se atribuye la representación y oferta una "concreción material" que no es abstracta ni ideal de los bienes jurídicos. Esta opción no permite proteger privilegios económicos, políticos, y sociales, entre otros, dado que no se consideran esenciales para las personas, ellos procesos de participación, cohesión social y el funcionamiento mismo de este sistema.

## **2.2. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Conceptualmente hablando el bien jurídico cumple con funciones dogmáticas que son señaladas por la norma penal. Dándole sentido y dirección a los mismos (mandatos y prohibiciones). Al quebrantar una norma se puede explicar cómo el peligro en que se pone el bien jurídico o la afección a este. El dato de bien jurídico no es abstracto, se encuentra bien definido así el Derecho penal no lleva acabo la protección de "valor vida" en cuanto tal valor, más bien, concretamente la vida de los gobernados. Claro que estas vidas reales no forman bienes jurídicos en cuanto mero dato biológico, son formadas por el significado funcional que tiene para la sociedad y los titulares que lo poseen.

De igual forma sucede con el derecho a la salud en su entorno teleológico, ya que como se hace mención en líneas anteriores, no cabe duda que se trata de un derecho social y colectivo contemporáneo o de nueva creación, sin embargo,

para efectos prácticos materiales esto no cambia que también se constituya por figuras y aspectos individuales que deben ser desvinculados de la colectividad y que de igual forma lo caracterizan, ya que al estimar lo contrario haría inútiles muchas figuras ajenas a las personas en lo particular tal y como lo desarrollaremos en los renglones subsecuentes .

La norma penal que engloba aquellos puntos que son utilizados por los legisladores otorgan sentido al bien jurídico determinando lo injusto lo cual da sentido al bien mismo, que no es un dato como cualquier otro, lo que lo une al principio de legalidad de manera crucial. Se hace la observación conceptual del bien jurídico y se interpreta -en palabras de Santiago Mir (1994) “descubrirá el ámbito de protección o el fundamento del injusto. Por ejemplo, en el delito de lesiones, debe determinarse si se afecta la salud o la integridad física de la persona. La intervención quirúrgica con fines de protección o mejoramiento de la salud, no agrede a la salud ni a la integridad física, todo lo contrario. Entonces, falta de antijuricidad material de conducta” (Mir Puig, Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del IUS PUNIENDI en El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, 1994)

Concordamos con JUAN BUSTOS (1994), quien señala que “en la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla

desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate” (Bustos Ramirez, 1994)

De acuerdo a lo que anteriormente hemos puntualizado, la interpretación y sistematización son funciones que no se contraponen al bien jurídico en sentido fundamentado; lo que hacen es resaltar material y dogmáticamente el alto rendimiento categórico. Según lo anterior, el bien jurídico protegido en la norma penal que versa sobre los delitos en contra de la salud, se debe interpretar de forma teológica como derecho protegido, garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico núcleo del tipo, sentido fundamentador y objeto de protección para que desde esa óptica estemos frente a un plano de protección jurídica.

Por su parte Feuerbach manifiesta que “la tesis de la lesión de un derecho subjetivo tal como la doctrina de Kant” y debe ser interpretada "en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la Ilustración" como objeto de la protección penal. Cuando libremente los individuos deciden constituir la sociedad civil, la libertad queda garantizada por todos, siendo así la función del Estado es la de crear los medios adecuados que impidan lesiones jurídicas. Principalmente la finalidad del Derecho es la conservación de los mismos, sus conminaciones protegerán los derechos de los súbditos como los del bien jurídico "seguridad".

MAZUELOS COELLO (1995), afirma que es Birnbaum quién hace la distinción entre lesión de un bien y lesión en un derecho subjetivo. No se puede disminuir ni sustraer al derecho, ya que solo es posible con los objetos, lo que

significa que se trata de un bien que es de nuestra propiedad, jurídicamente hablando. Por lo que para Birnbaum, la protección penal “se establece más allá de las personas y las cosas”, se da de esta forma ya que no es asumida por la doctrina de los derechos subjetivos de Feuerbach que son limitantes del objeto al que se le brinda seguridad, a diferencia de ello como punto de partida encontramos la premisa de los "bienes comunes".

Si se quiere considerar como lesión al delito, nos hace referencia a un bien, sino a un derecho. Birnbaum rebasa el subjetivismo con que se interpreta el contrato social que en su mayoría es señalado como potestad del gobernado o del Estado, estando absolutamente todo jurídico, no se imponían límites. Del Estado nace el contrato fundamentado en el derecho, cuando el Estado imponía su voluntad esta se convertía en Derecho, no existía opciones para limitarlo. La teoría de Birnbaum, citada por COELLO (1995), afirma que se identifica por qué asigna límites al poder del Estado, estableciendo que “los bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos” (Mazuelos Coello, 1995)

Bajo este contexto, subrayamos el hecho de que la presente investigación está dirigida a analizar a la salud como un derecho individual y no colectivo, por las razones anteriormente expuestas y las que más adelante complementaran la pertinencia al abordar el tema desde esta perspectiva, sin que desconozcamos qué de igual forma, se trata de un derecho colectivo que puede a su vez, abordarse desde esa perspectiva para determinadas investigaciones.

### **2.3. EL BIEN JURÍDICO FRENTE A LA JUASTIFICACION JURIDICA**

La participación del derecho penal se justifica como protección de bienes jurídicos. Bajo la misma idea, los bienes jurídicos dictan necesidades elementales del individuo así como lo hace la participación, entre otros procesos sociales.

El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, puede impedir arbitrariedades, siendo un obstáculo para las mismas, distorsionar o confundir la estructuración penal; la relación gobernado-Estado, vinculada a las funciones de garantía, esenciales al bien jurídico penal. Bajo el mecanismo de garantía no es viable denunciar aquellos que amenacen o avasallen al gobernado en su relación con el Estado. Al interpretar la norma penal, sus funciones conducirán invariablemente al bien jurídico, en cuya sede se establecen criterios que aclaran o corrigen los alcances de la protección con el propósito de no distorsionar el contenido de los bienes jurídicos concretamente.

En realidad para la justificación y existencia del derecho penal se necesita de legitimidad social, por tanto, hace uso de los bienes jurídicos protegidos, tal es el caso de la salud como bien jurídico protegido. Así el Estado tiene la atribución de intervenir en la persecución de los delitos que atenten contra la salud por medio del iuspuniendi, es legítima únicamente cuando es utilizada para la protección de estos intereses tutelados en el ordenamiento jurídico.

La definición de los elementos fundamentadores es de gran importancia dentro del bien jurídico penal. Generalmente como regla no a todo se le considera "bien jurídico penal" y contraria entre solo una pequeña parte podrá calificarse como tal, debido a el *iusnecessitatis*, que está ligado con el principio de reserva de la ley penal. El *iusnecessitatis* expresará la "condición necesaria". "Por lo que si no se obtiene, SEGÚN Puig (1976), una respuesta favorable en cuanto a la "condición necesaria" dentro del marco jurídico-penal, como son la vida, salud, libertad, seguridad, honor, privacidad, etc. no se justificará la prohibición o el mandato" (Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal, 1976)

Lo anterior no quiere decir que no es correcto proteger a la salud como derecho, pues se manifiesta en párrafos anteriores, para este tema en particular, es necesario abordar el bien jurídico y no el derecho protegido, es decir, la salud individual de la persona.

#### **2.4. EL BIEN JURÍDICO FRENTE A EL DERECHO PENAL**

Como afirmamos en las líneas que anteceden, justificamos la razón de ser del Derecho Penal fundamentado legítimamente en la tutela de bienes jurídicos: interviniendo a través del *iuspuniendi*, sólo será legitimada cuando imperiosamente sea utilizada para proteger dichos intereses. Teniendo como resultado que, el legislador solo podrá adecuar conductas al tipo, a aquellas que infrinjan daños o arriesguen un bien jurídico penal. Este concepto de delito es justamente al que la doctrina moderna acude (concepto material) plasmando así la garantía "*nulle crimen sine injuria*" (Doval Pais, 1996)

Por tanto, a través “*nulle crimen sine injuria*”, también se convierte en una limitación para el legislador y para el poder persecutor del Estado y es que no se pueden perseguir penalmente aquellos aquellas acciones que no se subsumen en la lesión de bienes jurídicos, así como también el legislador no puede legislar en el caso que no se protege un intereses social. Lo que se conoce doctrinalmente como función garantista, la cual es una expresión de control y está justificada penal y democráticamente por el Estado.

En ese orden de ideas afirmamos que los elementos subjetivos y objetivos se valoran de acuerdo al precepto penal que entrañan, ya que así serán conducidos al bien jurídico que protegen.

Entre las cuales sobresale la que lo coloca como límite al poder punitivo del Estado y fuente de legitimación. En efecto, según PUIG (1994):



“entre las restricciones que hoy suelen imponerse al *iuspuniendi*, ocupa un lugar preponderante el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que viene a delimitar el ámbito de lo legítimamente punible al exigir que el Derecho Penal castigue únicamente ataques a estos intereses” vedada su intervención en la defensa de valores éticos, morales o religiosos (Mir Piug, 1994).

Concordamos con el punto de vista de MALAREE (2006) quien nos habla de la función como garantía o límite. Según nuestro autor:

“legitimación material de la norma penal, que como expresión formalizada de control, necesita ser justificada racionalmente en el Estado democrático. Luego, ello quiere decir que el bien jurídico en cuanto expresión que sintetiza el objeto jurídico protegido por la norma penal, aparece indisolublemente vinculado al Estado, en la medida que es éste el que tiene el monopolio de la coerción penal” (Hormázabal Malarée, 2006).

Salvo lo ahora dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido de que si bien es cierto que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, también lo es que de igual forma establece que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial, lo que complementa el Código Nacional de Procedimientos Penales que en sus artículos 426 y 428 establecen en lo medular que para el ejercicio de la acción penal toma necesariamente, ésta le corresponde según el sistema acusatorio al Ministerio Público. El mismo código establece que en los delitos que se persiguen por querrela, es decir, aquellos que atentan contra la honra de una persona, en estos casos necesariamente le corresponden a la víctima, lo que implica estar frente al ejercicio de la acción penal privada.

Es importante señalar, que la función metodológica que cumple este bien jurídico o dogmática, pues “como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de la interpretación y la base de formación del sistema de la Parte Especial” de los códigos punitivos, en consecuencia, como lo afirma Puig (2003), esta institución desempeña un rol de carácter teleológico, en tanto “el proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma”.

Busto Ramírez (1997), afirma, en cuanto al bien jurídico protegido que este determina la funcionalidad de la pena, dimensionando los aspectos valorativos, es decir, lo subjetivo y lo objetivo de la ley penal. En este sentido el profesor español, ha sido categórico al afirmar que: “De esta función del bien jurídico, emana el criterio sistemático de agrupar los delitos en la Parte Especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque” (Busto Ramírez, 1997)

Lo anterior además nos aclara mucho el panorama para poder ubicar de manera debida, la parte del derecho penal en la que se va a ubicar nuestra investigación, es decir, si estamos en presencia de un problema de carácter adjetivo o bien de carácter sustantivo, para que a su vez podamos ubicarlo en la subclasificación debida que le corresponda.

Las razones filosóficas del bien jurídico hacen suponer que ésta institución se apoya sobre la idea de valor intrínseco de la norma expresada en la ley penal. Establecido en otras el bien jurídico tiene relación directa con el valor de la vida humana protegida por el derecho, de la cual se desprenden todos los derechos entre ellos el derecho a la salud y todas aquellas figuras que le deriven al atenderse a la salud como concepto y como derecho.

Además, aquellos papeles que la doctrina asigna por tradición, me refiero a los bienes jurídicos protegidos, parece importante agregar la función crítica no debemos sólo reconocer lo que protege a la norma, debemos tomar en cuenta la conceptualización del bien jurídico en un Estado social y democrático de Derecho. En tal sentido, el profesor Busto Ramírez al referirse a este tema, afirma: “No sólo se trata de identificar lo que protege una norma penal, sino que el concepto de bien jurídico (en tanto síntesis normativa de una relación social concreta y dialéctica” (Busto Ramírez, 1997).

Por otro lado, el bien jurídico protegido por el estado, en este caso la salud, debe permitir o ser instrumento para realizar diagnósticos críticos en cuanto a la responsabilidad de los médicos cuando actúan dentro de los parámetros de la negligencia o un indebido cuidado en el actuar. De ahí que, cobra importancia la protección de los bienes jurídicos con la necesidad de establecer la vigencia de los derechos fundamentales. En tal sentido el profesor Busto Ramírez & Horanzábal Malarée (1999), han coincidido al afirmar que el “carácter dinámico del bien jurídico es la fuente del permanente proceso de incriminación y des incriminación a que está expuesto el Derecho Penal”.

Estimo que el bien jurídico tiene una doble función material, ello con independencia de su conceptualización, ya que por una parte señala el derecho o bien que el derecho penal considera relevante y es necesaria su protección, y por la otra, limita la intervención estatal en las relaciones personales de los particulares de conflicto.

Hasta aquí, la faceta menos controversial de esta institución. Sin embargo, luego del diagnóstico realizado acerca de su importancia, es lógico preguntarse ¿qué es el bien jurídico? (Hormázabal Malarée, 2006) Las respuestas a esta interrogante no son unívocas, sino que, por el contrario, tan complejas y vastas como la teoría del delito misma. La ingente literatura desarrollada en torno al bien jurídico no sólo se explica por su importancia, sino que también, por el carácter ético-valorativo que entraña esta institución.

Es a causa de la incapacidad de abordar un tema tan amplio como este, pero a su vez tan importante y determinante para llegar a la conclusión del objeto de esta investigación, que plantearemos las teorías respecto a la conformación y contenido del bien jurídico, con el fin de estar en condiciones de contestar la pregunta planteada. Las tesis elegidas son las planteadas por los autores Bustos

Ramírez y Hormazábal Malarée (2006), las cuales –según la clasificación realizada por Hassemer– pertenecen a las denominadas: “teorías trascendentales del bien jurídico”, distinguido por buscar el principio de esta institución, más allá de la norma, el Derecho o la intención del legislador (Hormazábal Malarée, 2006).

Elegimos estas tesis –y no otras–, pues además de la claridad conceptual y lo relativo de sus postulados a la hora de indagar la legitimidad de los intereses macrosociales, logran crear una teoría dinámica que descubre el concepto de bien jurídico a la realidad social, buscando los presupuestos que dan contenido al objeto protegido en cada norma jurídica en la actividad de un sistema social determinado, y por tanto, en el conflicto de intereses y necesidades opuestas que se desarrollan en su seno. (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999)

Tal como mostramos antes, la ciencia penal moderna ha sido unánime en el consenso que, dentro de la justicia procesal penal, debe estar orientada a la protección jurídica de los bienes tutelados por el Estado; lo que implica o justifica la idea de tipificar ciertas conductas, entre ellas la responsabilidad médica siempre y cuando se lesionen o se pongan en peligro el bien jurídico protegido por el Estado y como consecuencia de esto la posesión garante del Estado. En tal sentido la existencia de los bienes jurídicos viene a ser una manifestación expresa de garantía frente a cualquier ciudadano por parte del Estado.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el especialista en derecho penal, el profesor Hormazábal Malarée (2006), cuando afirma que los bienes jurídicos se relacionan directamente a la protección jurídica del Estado frente a cualquier individuo. Con más precisión se cita textualmente lo establecido por el profesor español:

*“la historia del concepto de bien jurídico y su relación con las teorías legitimadoras del poder han puesto de manifiesto la indisoluble vinculación de la teoría del Estado con la teoría penal. Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto jurídico concreto protegido por cada prohibición o mandato para con ello dar fundamento racional al sistema penal. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos implícitamente conlleva el reconocimiento de un axioma básico para la construcción y desarrollo de una sociedad democrática: la posición antinómica y desigual del ciudadano frente al poder”* (Hormazábal Malarée, 2006)

Por tanto, contar con derecho penal irracional, caeríamos en la partición de un derecho penal del enemigo. Es un sometimiento común de la población democrática contar con un derecho penal moderado que sigue solo el perjuicio de los bienes jurídicos en forma de control social, llamado a garantizar el nivel fundamental de la convivencia social.

Sin embargo, más allá de la precepción planteada del bien jurídico que mantiene la dogmática, si se examina de una forma crítica la función que evidentemente ha cumplido esta institución en la historia de Derecho Penal, se llega a la conclusión de que en la práctica ha constituido una garantía meramente formal, que más que servir de instrumento crítico en el análisis de la legitimidad de la norma, parece ser una cláusula de estilo para cerrar todo debate que cuestione la validez del sistema jurídico. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS ha señalado que:

*“sin negar la trascendencia histórica que ha tenido el concepto de bien jurídico protegido en la transformación de la antijuricidad formal, propia del estricto positivismo jurídico, en una antijuricidad material, lo cierto es que en las últimas décadas se ha abusado tanto de sus potencialidades que se le puede considerar en buena medida como un fetiche, cuya sola mención tiene capacidad para justificar casi cualquier cosa. La realidad, sin embargo, es que la discusión sobre la existencia o no de un bien jurídico protegido y cuál sea este tiene en muchas ocasiones un contenido puramente nominalista”.*

Hemos tenido a la vista, y de manera regular, muchos casos en los cuales la sociedad, o más bien, el poder político buscando ganar aceptación, ha castigado comportamientos que no son trascendentes, o más bien, pueden ser solucionadas a través de normas no penales, como ejemplo podemos citar el de considera a la culpa grave como delito de prisión preventiva oficiosa, y agravar sus penas, específicamente el causar la muerte de una o más personas por accidentes automovilísticos en los que el activo del delito conduce en estado de embriaguez, esto a causa de múltiples accidentes con ciclistas que circulan por las carreteras del estado.

En estos casos se privilegió en juzgar al conductor con penas más rigurosas, incluso que aquellas dispuestas para los delitos dolosos, que encontrar otro tipo de normas no penales, tales como el prohibir que los ciclistas transiten por las carreteras.

Al referirse a la importancia que tiene el bien jurídico protegido, el profesor Bustos Ramírez (1994) de forma precisa en su libro de Derechos Procesal Penal, ha mencionado que:

*“Al respecto, es preciso señalar que la valoración acerca de la desmaterialización que ha tenido el concepto de bien jurídico no puede llevarnos a concluir de una forma equivocada que se trata de una institución prescindible en la teoría del delito y de la pena, pues, a pesar del excesivo formalismo con que ha sido concebido por parte de la doctrina, constituye una figura “fundamental en el campo del Derecho, pues informa, permite conocer el fundamento mismo de lo que cae bajo el ordenamiento jurídico.*

*Prescindir de él es poner el ordenamiento jurídico en las nubes, fuera del alcance del pueblo, dejar entregado el ordenamiento jurídico a la arbitrariedad, pues no se podrían conocer sus razones, y también dejar entregado al legislador a la arbitrariedad, pues no sabría cómo fundar las leyes”*

*Es en virtud de lo anterior para que el bien jurídico pueda cumplir las funciones que de él se predicán y erigirse como limitación y fuente de legitimidad de la norma penal, debe construirse un concepto material y dinámico del mismo, que “superando los aspectos puramente formales, exprese lo que real y concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado período histórico” (Bustos Ramirez, 1994).*



En tal sentido, según las palabras del citado profesor español, tendría sentido la vigencia del bien jurídico protegido siempre y cuando cumpla una función garantizadora, que justifique la razón porqué las conductas se hacen merecedoras de una sanción establecidas en la ley penal.

## **2.5. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL**

Se afirmado que el derecho a la salud no solamente tiene un carácter individual, sino que también es colectivo, lo que implica que el Estado debe realizar políticas públicas que garanticen desde una colectividad el derecho a la salud, a través de instituciones tanto públicas como privadas. En ese sentido, se ha pronunciado PÉREZ ÁLVAREZ (1991), cuando de forma acertada afirma que: “el individuo en la relación que mantiene con la salud pública es absorbido y difuminado en la colectividad, siendo sólo a la ofensa a la colectividad la relevante” (Pérez Álvarez, 1991).

En tal sentido, ante una desprotección del derecho a la salud de manera colectiva se estarían lesionando la esfera misma de la sociedad y podría atraer consecuencias que deriven en muchas demandas sociales a efectos de cubrir con este derecho, el profesor Monge F. (1997) establece que el derecho a la salud desde un enfoque colectivo debe configurar el bienestar de la sociedad a través de los mecanismos que el propio Estado debe crear. (Monge F., 1997.)

Se mencionó en párrafos anteriores que el derecho a la salud se ha convertido en un derecho de corte colectivo, lo que hace que el bien jurídico también sea colectivo debido al avance social y a la globalización que rodea a las nuevas sociedades más aún las occidentales.

## **2.6. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

La salud como bien jurídico protegido en materia penal como consecuencia de la mala praxis, genera según el ordenamiento jurídico todo tipo de responsabilidad profesional sobre el médico, es decir, el agente titular de la acción sería quién realice el acto médico.

Por tanto, artículo 228 del Código Penal Federal establece lo siguiente:

*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:*

- 1. 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;*
- 2. 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.*

Según el código Federal incurre en delitos contra la salud los profesionales médicos siempre y cuando estos actúen en negligencia ante el actuar médico. La responsabilidad penal que puede derivarse de una negligencia médica no privará de la posibilidad que esta también se haga valer por el derecho civil, es decir, por

las indemnizaciones que puedan causarse, lo que implica que la ejecución de un hecho que se describe en la ley penal, como delito, deja en obligación al sujeto activo en reparar los daños que ocasiona, en este caso como bien lo afirma me refiero a los médicos.

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista, solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta. Por tanto el médico responderá de la sanción penal y su entidad aseguradora si tuviera concertada una póliza de responsabilidad civil afrontará el pago de la indemnización por las lesiones ocasionadas.

Se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código Penal como constitutiva de un delito o de una falta, a lo cual el artículo 228 del Código Penal Federal.

Sin embargo y siendo la ratio de la investigación que se presenta a la comunidad jurídica, es necesario dejar sentado que sí bien es cierto el Código Penal Federal establece con presión la responsabilidad de los profesionales; sin embargo, en la praxis demostrar que un médico actuó de forma incorrecta, es casi imposible debido a que las instituciones que se encargan de brindar estos servicios toman a su cargo los expedientes médicos.

### **2.6.1. Elementos de responsabilidad penal médica**

Como cualquier otro delito, para estar frente a la mala praxis médica se quieren algunos supuestos jurídicos, los cuales paso a determinar:

1. Tipicidad: Por este requisito la Ley penal está obligada de manera inequívoca a establecer los hechos que subsumen en un tipo penal.
2. Antijuridicidad: Frente a lo descrito en cuanto a la tipicidad, para que una conducta se le atribuya una responsabilidad penal, se requiere intrínsecamente lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, sin que medie alguna causa justa para su actuar.
3. Culpabilidad: Las conductas que se describen tanto típicas como antijurídicas deben tener un aspecto jurídico más, me refiero a la culpabilidad o al modus que llevó a realizar el comportamiento que transgredió la ley penal.

Para poder ejercer un castigo al o los responsables de estas conductas, se debe primero demostrar que la acción fue con un sentido culposo. Al hablar sobre el concepto de culpabilidad, se debe tener en claro, que esto es una representación cognitiva. Algunos toman el término como una referencia psicológica, otros tanto lo visualizan como un elemento subjetivamente hablando, otros simplemente imputabilidad, sin embargo a pesar de los diversos términos que se refirieron anteriormente, todo esto recae en que si el individuo de manera consciente y en pleno uso eficiente de su raciocinio, realizó una conducta antisocial, deberá responder por estos actos, porque sin lugar a dudas a pesar de que se cometió el hecho, se pudo haber evitado el suceso. (Baratta, 1984)

Este suceso es producido primordialmente por la voluntad del individuo, ya quien es el que ejecutara la acción sea de manera directa o indirecta. Si se quiso el resultado derivado de esa voluntad, se le dará por título de dolo; si la voluntad fue por descuido o negligencia, se le dará el título de culpa, si se realizó la acción, pero se produjo otro más severo, se le dará título de preterintencional.

Al pertenecer a una comunidad, se debe entender que así como hay derechos y obligaciones, existen riesgos de manera permanente que a final de todos, se deberá asumir de manera voluntaria o no. Derivado de estos riesgos, la misma sociedad pone una pauta clara entre los riesgos que pueden ser aceptables y los que no. (Hormázabal Malarée, 2006)

Debido a la interacción que se debe tener en la sociedad y respecto a los riesgos que conlleva, se pone en riesgo los bienes jurídicos de los individuos. Pero a pesar de esto, el propio Estado delimita esto, marcando objetivamente los riesgos permitidos, y a su vez el Derecho Penal al ser una rama social, no puede restringir lo que una sociedad acepta.

Ahora: ¿Cómo se sabrá cuando será un riesgo aceptable o no? Hay ciertos factores que propician a que no se acepte el riesgo, tal sería el como como el que no se pudiera evitar por ninguna instancia, su utilidad en la sociedad y la necesidad que se genera. Respecto a la utilidad social, cada individuo tiene derechos que deben ser cuidados por la misma, pero tiene como limitante la necesidad de la misma sociedad.

Demostrar la responsabilidad del médico durante el desarrollo del proceso penal se vuelve el tema complicado, primero por la complejidad del asunto médico, al ser una área de la ciencia autónoma y segundo, por lo ya explicado con anterioridad, es decir que es la institución la que se queda con la expedientes clínicos. Por tanto un punto crucial de ésta investigación es demostrar que puede existir una excepción al principio de presunción de inocencia y por ende la carga de la prueba revertirla al agente activo del delito, es decir al médico.

El término de utilidad, ya antes mencionado se llega a medir cuando se contraponen los derechos de los individuos y los beneficios que pudieran surgir de algún riesgo recibido. Un claro ejemplo, podría figurarse en un sentido medico al que un individuo acepta realizarse una intervención quirúrgica, se está aceptando un riesgo así de misma forma si el mismo individuo hiciera caso omiso al tomar la decisión de no intervenir quirúrgicamente, aceptando en igual medida los riesgos que con lleven en este caso desde la muerte hasta complicaciones suscitadas en el acto. Como en toda situación al no tener todos los alcances previstos, en este caso se puede dar el sentido de urgencia el cual pudiera resultar en complicaciones más dañinas (Muñoz Conde, 1989,)

Al tratar de evitar el riesgo, debe de tenerse en cuenta que si esta no asumiera riesgos la misma sociedad se quedaría estancada en el tiempo. Un ejemplo sería, el hacer grandes vialidades, lo que conlleva por diversas causas problemas al verse impuestos a factores como el clima, la propia infraestructura, el que no existe una cultura vial, que al producirse accidentes día con día y al evitar

riesgos mediante opciones que el Estado sugiere e implementa el riesgo seguirá existiendo.

En el caso de los hospitales, por norma realiza adquisiciones de equipo sofisticado, se realiza la contratación de profesionales aptos para su cargo, se siguen protocolos ya establecidos en salubridad pero sin embargo, con todo esto podría existir infecciones a pesar de la limpieza que se genera diariamente, esto es ejemplo de situaciones que podría repetirse con suma facilidad.

Por lo que una vez analizado este capítulo resalta la idea que la salud es un bien jurídico protegido por el Estado a través del derecho penal, que intrínsecamente protege otros bienes jurídicos involucrados en dicho espacio, como el caso del derecho a la vida, por lo que un mal ejercicio de la profesión por parte del personal profesional médico, será regulado por la ley, para que la responsabilidad médica se subsuma en un tipo penal debe cumplir con los elementos esenciales.

## **CAPÍTULO III**

### **PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

#### **3. 1. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Una de las principales dificultades que se debe vencer en la investigación presente, está referido al principio de presunción de inocencia, la cual puede considerarse que este mismo puede resultar afectado.

Al considerar la inocencia del inculcado se toma en cuenta como un principio rector dentro del proceso penal, siendo una regla necesaria por la misma autoridad judicial (teniendo en cuenta que el Ministerio Público debe respetar en ambas etapas de la investigación), que es aquella autoridad encargada de la persecución del delito, incluida además las policías que por disposición constitucional están bajo el mando de aquel, en otras palabras, dicho principio se refiere a que la persona imputada por supuestamente haber cometido una infracción de carácter penal debe, desde el inicio del procedimiento penal, ser considerada como inocente, condición que no debe perder hasta en tanto la autoridad judicial, una vez transcurrido el proceso penal, establezca que es culpable cuando se emite la sentencia.

La máxima garantía del acusado es la presunción de inocencia y a su vez uno de los principales pilares del proceso penal acusatorio, permitiendo que toda persona pueda preservar un estado de inocencia mientras no se logre una resolución judicial firme en su contra que permite a toda persona conservar un estado de inocencia mientras no se demuestre lo contrario a través de una resolución judicial firme (sentencia). Por lo tanto, toda persona es inocente



mientras judicialmente no se declara su culpabilidad, siendo esta una de las mas importantes en materia procesal penal.

La presunción de inocencia significa, primero que nadie tiene que construir su inocencia dentro de un procedimiento penal; segundo, que solo una sentencia emitida por el juez de juicio declarará esa culpabilidad jurídicamente construida, lo que implica la adquisición de un grado de certeza, tercero, que desde la etapa de investigación, ya sea inicial o complementaria, nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial y cuarto; que no puede haber ficciones de culpabilidad; la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

El acusado goza, según un estudio realizado por escritores penalistas, se entiende que tiene a su favor las garantías constitucional de su inocencia, situación que habrá de destruirse con la aportación de los datos, de prueba, medios de prueba y de las pruebas que sostengan todas y cada una de las acusaciones, en otras palabras, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ser así, en todos los casos sería verdaderamente difícil, casi imposible, aparte de que constituiría un atentado contra la concepción racional del proceso, dicho principio de inocencia nos garantiza todo lo contrario, ya que en base a éste son los acusadores que solicitan la condena los que deben demostrar la responsabilidad del acusado y bajo este esquema, a falta de prueba, conduce a la absolución del acusado, pues se insiste, éste no está obligado a probar (Penalistas, 2017).

Ahora bien, la existencia de pruebas que destruyen la presunción de inocencia del acusado, asimismo de incriminar, debe ser suficiente, legal y lícita, pues puede darse el caso que la prueba de cargo, si no inculpa, puede favorecerlo, quedando además prohibidos los indicios, a lo que habrá de agregarse que debe ser obtenida con obediencia a los derechos fundamentales y con escrupuloso respeto a la norma, ya que solo cumpliendo con estas condiciones sirve para comprobar el hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

Dicho principio se encuentra sustentado en la dignidad de toda persona humana, y a como se encuentra estructurado es poco probable que pueda vulnerarse durante un proceso, máxime que se encuentra ampliamente protegido por la constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, sin embargo, se ha considerado que si puede existir una excepción muy delimitada al mismo en la ley, a efecto que no ocurran lesiones a la dignidad humana, lo cual ha sido ampliamente cuestionado.

Un estudio realizado por TAJERA, entiende que la razón del derecho de toda persona a la presunción de inocencia, se convierte en la seguridad de todo procesado y a la vez la necesidad de garantizar por medio de los órganos judiciales que existan pruebas que contravengan la situación jurídica de presunción de inocencia (Tajera, 2012).

La figura jurídica de la inocencia, popular por todos como la “*presunción de inocencia*”, siendo este un elemento esencial que compone la garantía procesal. Es una condición del derecho de la persona frente al “*ius puniendi*” del Estado, la cual ha venido siendo presentada por autores sobre el estudio de dicho “*principio de inocencia*” y de sus consecuencias en los distintas esferas de la justicia penal, siendo aquel principio el fundamento más pronto y que junto a él constituyen una de las primordiales pautas de un modelo de enjuiciamiento criminal moderno.

Ahora bien, en relación al “*principio de presunción de inocencia*” implica que no se podrá sancionar al inculgado en tanto no existan los elementos suficientes para acreditar su participación en el hecho delictivo que se le imputa y en caso de duda por parte del juzgador se le aplicará el principio *indubio pro reo*; dictándose la sentencia respectiva dejando en libertad por no acreditarse su responsabilidad.

El *in dubio pro reo*, a más de ser una valoración de la prueba, puede ser un principio general de interpretación de la ley penal, sustantiva u adjetiva, (Sentis Melendo, 1971) con lo cual estoy completamente de acuerdo, y dicho principio se encuentra contemplado en el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales mismo que establece que valorará el Tribunal de enjuiciamiento sobre la prueba de modo libre y con una base lógica, la cual tendrá que hacer referencia sobre la motivación que se aplique, sobre las pruebas presentadas, aun así, aquellas pruebas que se hubieran excluido, señalando la debida razón que se tuviera para hacerlo. Así mismo, la motivación logrará que lo enunciado posea la

razón adecuada y utilizada para lograr dichas conclusiones plasmadas en la resolución jurisdiccional. Únicamente se llegará a condenar al imputado si la culpabilidad de este es convincente más allá de cualquier duda razonable. Sin embargo, al darse esa figura de la duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento tendrá que absolver al individuo que se le imputa un delito.

### **3.2. LOS TIPOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Las distintas discusiones que respecto al principio de inocencia han surgido a lo largo de su historia, ha ocasionado que se le hayan asignado diversas acepciones.

Las mismas están basadas o pretenden sustentarse en la ubicación sistemática en que dicha figura consideran los autores debe ser ubicada, por ello, pasaremos a continuación a exponer las más relevantes siendo estas las psicológica, normativa y finalmente la procesal.

#### **3.2.1. La Presunción De Inocencia Psicológica**

BOECK habría planteado una relativización de la presunción de inocencia dando como resultado el acrecentamiento del nivel que se presume como sospecha efectiva, de tal manera que la presunción de inocencia se fuera desapareciendo de acuerdo como vaya apareciendo más pruebas que le incriminen, así mismo, se reduce en relación al imputado in fraganti, al reincidente, o mejor dicho a quien se le hubiera tenido que ordenar que se le envíe a juicio oral y público por existir suficientes elementos de convicción (Boeck Pulecio, 2010).

Ello constituye un concepto psicológico sobre la presunción de inocencia, se había encontrado una repercusión de suma importancia en la doctrina

latinoamericana, principalmente la colombiana, quien ha estimado que el requerimiento sobre la posibilidad de una responsabilidad penal sobre el imputado como requerimiento sobre la prisión preventiva, siendo ella resultado de la presunción de inocencia.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha encontrado exenta de tener que tomar en cuenta un pensamiento psicológico de la presunción de inocencia.

Sin embargo, el pensamiento psicológico sobre la presunción de inocencia, expuesta por FERRI, citado por BORJA (2011) quien considera que al fin de cuentas no está separada de la negativa en basen a la presunción de inocencia. Esta situación jurídica expuesta por GAROFALO, según el autor, es quien se refiere a la existencia de una pre-condena cuando un juez, sin estar en el tiempo del proceso hace uso de los argumentos para establecer la responsabilidad de un imputado. (Borja Jimenez, 2011).

Por ello, RODRIGUEZ (2009), al hacer un análisis a este tipo de presunción, de forma acertada hace un rechazo a esta institución, estableciendo que: “conforme a la cual la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado sería suficiente para el dictado de la prisión preventiva, por haberse producido una disminución o eliminación de la presunción de inocencia”. (Rodriguez, 2009)

No puede concebirse, bajo ninguna circunstancia, que algún gobernado pueda ser condenado por su mera apariencias, es decir, por su aspecto, así como

tampoco puede ser condenado por las circunstancias así lo pudieran suponer sin ninguna justificación plena.

En ese sentido no hay por mi parte ninguna objeción ni crítica, pues estoy plenamente convencida que ello no puede ser tolerado en ninguna de las teorías penales contemporáneas, ni mucho menos, en los cuerpos legales de los estado de derecho, ya que constituye un elemento puramente subjetivo.

Lo anterior se hace extensivo a las etapas del procedimiento penal, ni tampoco pueden tomarse de referencia para la aplicación de alguna medida cautelar.

Por ello, esta figura debe ser completamente excluida y erradicada de todos los cuerpos normativos y viene a mi memoria el famoso dicho que reza textualmente que las “apariencias engañan”, pues considero que es un buen ejemplo de lo que puede llegar a considerarse por este tipo de presunción de inocencia.

Por otro lado, sobre el concepto psicológico sobre la prisión preventiva conlleva a su vez en algunas oportunidades que se tome en cuenta que proceso el hecho cuando el imputado es capturado de manera *in flagranti*, lo que precisamente era parte de las exigencias de FERRI y GAROFALO.

El concepto psicológico sobre la presunción de inocencia concibe en distintos países que se logre considerar de manera suficiente para aplicar el mandato de la prisión preventiva que en juicio logre existir la probabilidad de un

existente reproche penal por parte del imputado, sin la necesidad de una causa existente de prisión preventiva, que con posterioridad se tenga que discutir si es viable la excarcelación del imputado, lo que entonces se puede apreciar como una excepción al dictado de la prisión preventiva.

Asimismo, el pensamiento psicológico podría trasladarse a una interpretación sobre la presunción de inocencia que no presidiría posterior al dictado de una sentencia condenatoria no firme, es decir, cuando el recurso de apelación se encuentre en trámite y el proceso de amparo directo en su caso.

### **3.2.2. La Presunción De Inocencia Normativa**

Es de suma importancia tener presente la diferencia entre la concepción psicológica y la normativa teniendo esta gran relevancia, ya que, como dice Veit, necesariamente a quien se le imputa de manera razonable la prueba que incrimina es aquel que requiere del amparo de la presunción de inocencia, de tal modo que su trato deber ser como inocente, mientras tanto desde el punto de vista general contra aquel que no posee mayores pruebas que lo incriminen no requerirá de dicha protección.

Frente al pensamiento psicológico, JANIS (1993) se defiende un pensamiento normativo sobre la presunción de inocencia, la cual durante todo el proceso se la que se mantiene constante hasta que logre existir una sentencia condenatoria firme (Janis, 1993).

Sobre lo anterior, es necesario manifestar, que esta posición, va acorde a la protección de los derechos humanos, atreves de estándares internacionales. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Canese, en el que se llegó a afirmar que la presunción de inocencia no desampara al imputado durante todo el proceso penal hasta que por medio de una sentencia que sea condenatoria se llegue a determinar su culpabilidad de manera firme. Acorde a esta concepción no se logra explicar la posible responsabilidad penal del imputado desde la figura de la presunción de inocencia.

Si la idea fuera dejarlo de hacer se dejaría caer la concepción de la ya mencionada psicológicamente. Sin embargo se debe tener en cuenta que el requisito solicitado es dado bajo una consecuencia por el principio conocido como proporcionalidad, el cual podemos observarlo claramente y como interactúa con los principios mencionados como el de presunción de la inocencia y el de proporcionalidad.

De igual manera nos menciona nuevamente el principio llamado proporcionalidad el cual nos menciona lo dicho por FRISTER; por qué aun así exista un peligro en la obstaculización puede este no sólo ser por parte del imputado, sino también por medio de los peritos y testigos, únicamente se podrá ordenar en contra del acusado la prisión conocida como preventiva. Ya que, no debe ser proporcional tener que dar orden con rigidez en ese nivel de poder en la prisión preventiva acusando a un testigo

También tenemos la participación en el caso conocido de Chaparro Alvarez, en el cual la corte parte desde el quebrantamiento al requerimiento de la



posibilidad de que exista la responsabilidad penal por parte del imputado, como una obligación para lograr dictar la prisión preventiva, logrando que esta sea arbitraria, no asistiendo para ello tener que confirmar que se transgredió la duda de que fuese inocente.

En esa elección se logró señalar el requerimiento de una posibilidad que responsabilice penalmente a la persona acusada porque no necesariamente es suficiente para disponer de prisión conocida como preventiva, más bien se necesita que pueda existir además una posibilidad de una fuga o de alguna obstrucción en el proceso.

Se ha tomado el tema de la prisión preventiva, como ejemplo, debido a que es la intuición más relacionada con la presunción de inocencia en el sistema procesal, ya sea nacional o internacional. Aclarando que no es el sustento jurídico de la investigación analizar la prisión preventiva.

### **3.2.3 La Presunción De Inocencia Procesal**

En todo proceso, la prueba goza de una significativa importancia, ya que sirve para crear la convicción del juzgador ante el nacimiento de acontecimientos discutidos por las partes o su negación, sin embargo, es irrelevante en el ámbito penal, pues aún a carencia de pruebas, la decisión del juez plantea la cuestión en cuyo caso es su obligación absolver al imputado, de hecho, en el anterior sistema penal, el Juzgador podía realizarlas de oficio, ya que era deber del juez durante el

proceso penal ser un buscador de la verdad, ideología que por fortuna, ha sido abandonada por el actual sistema procesal penal.

En el nuevo sistema penal, su actividad se desarrolla en las partes ante el tribunal, para poder ofrecer y desahogar las pruebas del hecho, para obtener el convencimiento del juez. Mediante el Juicio oral se puede demostrar el compromiso de una persona ante los hechos delictivos cometidos, en virtud el juez dictara una resolución quitando o condenado al acusado que supuestamente cometió delito, respetando el derecho que se tiene de dudar que es inocente.

Según Wilfredo Ayala, el principio ya antes mencionado, me refiero al principio de presunción de inocencia, está referido, como un derecho del acusado, o como una garantía en el proceso en acuerdos constitucionales e internacionales.

La declaración universal de Derecho Humanos, nos menciona en el Artículo 11, nos dice que en cualquier persona acusada de un crimen, tiene derecho a la presunción de inocencia siempre y cuando no se muestre lo contrario, acorde a hacer justicia en el juicio públicamente, donde sean seguras las garantías del abogado defensor.

El artículo 8 nos menciona, que La Convención Interamericana parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el conocido Pacto de San José, en

el cual manifiesta que toda persona acusada de una falta, tiene el derecho a la duda de que es inocente, mientras no se diga lo contrario.

En términos similares, recae en su Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas.

Esta génesis, radica en torno a la prueba como factor indispensable sobre el que acontece todo procedimiento, pues debido a esto, surge el inicio del proceso, su desarrollo para encontrar la verdad y también la realización de su fin.

Este caso del posible autor de un hecho o de una conducta incorrecta se indica de acuerdo al inicio de la prueba y la valoración para poder justificar su opinión, si no fuese así, este hecho carecería de verdad y fundamentos en general para proseguir con el objetivo. Entonces si la participación de la persona encargada de decidir si el caso de la persona imputada no coincide con los indicios presentados, esto rechaza el proceso de juicio.

Previo a terminar la conclusión de la supuesta inocencia, esta enlazada a la facultad probatoria que emite el ius punendi del Estado; esto nos dice que las presentaciones de las pruebas le corresponden al ministerio público.

Al retomar los temas sobre la mala praxis de un médico, es un tema central de esta investigación, para analizar cómo se va a comprobar la culpabilidad del Profesional en medicina, el fiscal debe de estar a cargo de la investigación, que se presenta en el proceso penal.

En un sistema donde predominan las corrientes Neo Constitucionalistas, como lo especifica el artículo 1 constitucional, es inevitable estar enfrente de

reglas rígidas, esto se realiza para dar un sustento científico a la posición del médico, en materia de derecho probatorio, se necesita pasar por un dogma de fuentes probatorias estadísticas a los dogmas de fuentes probatorias dinámicas.

### **3.3. MARCO LEGAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO**

Se puede analizar los fundamentos legales de la presunción de inocencia, con lo vinculado a las pruebas que en cuanto al proceso penal se refiere, son presentadas por el Ministerio público para manifestar la culpabilidad del acusado.

Pues bien, si bien es cierto que los implicados dentro del proceso penal, excluyendo la etapa de investigación, la cual es conducida en la totalidad por el Ministerio Público, los implicados contarán con igualdad procesal para mantener la acusación o bien la defensa.

Entonces si la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, entonces pareciera que tenemos un conflicto procesal ya que no existe igualdad entre las partes del proceso, sino únicamente igualdad procesal para sostener o no la acusación, pero en este caso, como le el encargado es el Agente del Ministerio Público el allegarse de todos los datos probatorios (durante la parte de investigación) y medios de prueba (durante la fase intermedia) y convertirlos en prueba (durante la etapa de juicio) a efecto de demostrar la culpabilidad del acusado en el hecho delictivo, es así como se dará por aceptado para los efectos de esta investigación, sin necesidad de abundar en el tema por no constituir el eje central de esta investigación.

Una causa de análisis es el hecho desde que posición pueda ser considerable que un denunciante, o el defensor, asigne un medio de prueba donde se puedan exponer los resultados desfavorables para su propósito, lo que representan temas de análisis a profundidad por individual, ya que se pretende demostrar la culpabilidad del inculpado, este deberá encontrarse en absolucón, pues quien tiene una carga importante en el proceso penal es el denunciante, pues el imputado cuenta con el derecho de presumir su inocencia hasta que se demuestre lo contrario, pues él también tiene la capacidad de presentar pruebas a diferencia del denunciante, quien debe ofrecer tanto pruebas en contra, como a favor del procesado, el imputado tiene derecho a no inculparse, lo que justifica que está exento de aportar las pruebas que lo inculpan.

En la declaración *Universal de los Derechos Humanos* en el art. 11.1 manifiesta, que cualquier persona que está señalada como actor de un delito, es digna de poder presumir su inocencia, en cuanto no se pruebe lo contrario, conforme a la ley en los juicios públicos, asegurando las garantías básicas para la defensa.

El *Convenio Europeo de Derechos Humanos* al establecer en su artículo 6.2 que cualquier persona señalada por cometer una infracción se presumirá inocente hasta que sea declarado lo contrario legalmente.

El Pacto Internacional de *Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 14.2, al igual que la vigente *Constitución Española* proclama en su artículo 24.2 que

todos tienen derecho a presumirse inocente y que los acusadores, con sus debidas pruebas a proponer, perseguirán la convicción del Tribunal en orden a la condena del acusado, mientras que la defensa buscará la declaración de su inocencia.

Artículo 20, apartado B, fracción I de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece que uno de los derechos de toda persona señalada como culpable es que se presuma su inocencia en cuanto no se declare lo contrario, es decir su responsabilidad por medio de sentencia emitida por el juez de la causa;

Artículo 13 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* determina el Principio de presunción de inocencia, el cual textualmente establece que:

*“Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.”*

Por su parte, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha establecido:

*que la presunción de inocencia será un derecho que se podrá describir como "poliédrico", en lo referido a que cuenta con varias manifestaciones que se relacionan con garantías dirigidas a regular ciertos aspectos del proceso penal. Una de esos aspectos se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se hayan aportado*

*pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no complazca el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar (Décima, 2014)*

Los órganos Colegiados consideran la presunción de inocencia, con múltiples relaciones de garantías para regular las bases del proceso penal.

Existen ciertos elementos que deben de tener los medios de prueba, para hacerlos válidos y así no echar por la borda el concepto de una presunción de inocencia, la cual toda persona cuenta con ella. A esta prueba también se le puede conocer como "regla probatoria".

Recalca la *Primera Sala* que el concepto de presunción de inocencia, tiene diversos puntos que están relacionadas las garantías con algunos aspectos en los procedimientos penales. A una de estas vertientes, se le puede conocer como "regla de trato procesal" del imputado, esto es mientras que la prorroga este en curso se deberá tratar al individuo mientras se encuentre dentro de un procedimiento penal. Como se ha mencionado con anterioridad, la presunción de inocencia la tiene cualquier individuo, puesto que debe ser tratado como inocente esto mientras no haya una culpabilidad probada ya por una sentencia. Esto hace que los jueces impidan la ejecución de algunas medidas que tengan que ver con el

imputado y el culpable, es decir, que no se lleva a cabo una resolución si tienen elementos que ver con la anticipación de la pena.

De lo antes hablado, podemos concluir que el *principio de presunción de inocencia* es, por regla general, aplicable en el procedimiento penal y constituye uno de los primordiales derechos del imputado de acuerdo a nuestra Ley Suprema, dentro del cual la persona sometida a proceso penal será inocente hasta que no se compruebe su responsabilidad en el hecho delictivo y sea declarado culpable mediante la sentencia definitiva, recordaremos que la carga de la prueba será para él agente del Ministerio Público, en consecuencia, el representante social deberá velar por no violentar los derechos que el ordenamiento supremo del país le otorga al presunto responsable del hecho delictivo y del cual su alcance trascienda la órbita del debido proceso, a que su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la *dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre*, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. (Anguiano, 2012)

Para concluir con la teoría concebida fue necesario tomar en cuenta el proceso penal, ya que lectura del precepto constitucional adquiere como propósito establecer la presunción de inocencia como parte del *Derecho Constitucional* de los acusados dentro del proceso penal actual; es necesario señalar las acciones procesales a la ejecución de una norma o ley penal, donde dan características sobre los delitos graves y así poderlos sancionar por objetivos de la sanción en los términos señalados en dicho Código.



Por otro lado, la presunción de inocencia implica que no se podrá sancionar al inculpado en tanto no existan los elementos suficientes para acreditar su participación en el hecho delictivo que se le imputa y en caso de duda por parte del juzgador se aplicará el principio *indubio pro reo*; dictándose la sentencia respectiva dejando en libertad por no acreditarse su responsabilidad y lejos de ser parte de un principio del Derecho, representa una garantía procesal irrompible, que le brinda seguridad jurídica, siendo esta la que le permite ser considerada inocente durante todo el proceso.

#### **3.4. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

Frente a los intereses que persigue el principio presunción de inocencia el cual funciona únicamente a favor de todo procesado durante el curso del proceso penal, también se debe tomar en cuenta el contrapeso que puede ser los derechos que le favorecen a toda víctima u ofendido de un hecho delictivo

No debemos pasar inadvertido que tanto la Constitución, como el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, protegen de una manera amplia el derecho a la presunción de inocencia de todo procesado a través de una serie de principios y mecanismos; sin embargo, siguiendo al profesor BOECK PULECIO (2010), los principios deben tomarse en cuenta al instante de realizar una aplicación de las teorías probatorias dinámicas, teorías que van de acuerdo a las nuevas exigencias del Estado Constitucional de derecho; siempre y cuando no trasgredan derechos constitucionales (Boeck Pulecio, 2010) la exigencia del respaldo argumentativo del análisis judicial es un logro del garantismo propio de un Estado constitucional y democrático de derecho, logro que ha sido mostrado por ciertos países de manera

insuficiente, en cambio en México, la *Constitución Federal de 1917*, plenamente vigente, lo contempla como *garantía fundamental de legalidad* desde inicios del siglo XX.

Dicho garantismo opera también a favor de la víctima, de tal manera que él representante de la víctima se nombra como: asesor legal, este coadyuvara al fiscal o corregirá cualquier anomalía que considere pertinente y se complementa con los principios de proximidad y facilidad probatoria

Por su parte el *artículo 20 apartado C* de nuestra *Constitución Federal*, establece los derechos de la víctima u ofendido en el proceso penal, lo que a continuación se señalan:

Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no

podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Fijando lo anteriormente respecto al tema de esta tesis se encuentra que el propósito de esta investigación es considerar el cómo no lesionar el derecho al principio de presunción de inocencia de los médicos que incurran en mala praxis, ya que es el primer obstáculo que hay que solventar, sino más bien resguardar ese derecho tan fundamental, pero a su vez, salvaguardar el derecho de la víctima u ofendido, a quien se le imposibilita probar lo contrario y por consecuencia se encuentra en una situación desprotegida.

Así, en atención a los referidos principios de proximidad y facilidad probatoria debe exigirse a médicos y/o a las instituciones de salud probar que su conducta fue ágil y atenta en cada una de las etapas que involucra el procedimiento médico, siendo el expediente clínico una prueba vital y relevante en el procedimiento penal para poder acreditar o no la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud ya que es una especie de expediente del médico en la forma de obrar y que fue lo que se vino presentando al paciente.

La prueba pericial ofrecida será para demostrar la negligencia en que pudo incurrir el médico tratante del sujeto pasivo, se constituye en un elemento probatorio indispensable para tener o no por acreditados los hechos negligentes que se atribuyen al sujeto activo (persona física o institución pública o privada tratantes) demandado, 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 diluciden al juzgador para que éste al realizar la valoración respectiva realice una conclusión meramente objetiva y justa.

La necesidad de llevar a cabo la prueba pericial y por consiguiente el dictamen, será a cargo de un profesional en medicina especializado en el órgano humano, enfermedad o padecimiento que involucró el hecho que lesiono, pues la lógica arroja que es la persona con mayores conocimientos, aptitudes y pericia para dar una opinión y así auxiliar al juez en dicho análisis.

El análisis del perito para emitir su dictamen deberá estar razonado y apoyado 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, etiología, otras enfermedades padecidas y sus probables secuelas y relación con la que se dictamina, etcétera, ya que sólo de esa forma se puede realizar un estudio profundo, acucioso, lógico, casuístico, razonable y objetivo.

El principio de proximidad y facilidad es vital en la obtención del expediente clínico concerniente a la complejidad que figura para la víctima demostrar la culpa del profesional médico e institución derivada de las lesiones o daños ocasionados.

Luego entonces, como se mencionó anteriormente si bien es cierto el inculpado se encuentra con todo su derecho a no mostrar las pruebas que le perjudiquen, y una vez analizado este capítulo, un primer paso para justificar su no violación es el hecho de que le corresponde, en su caso, al personal de salud quien tenga que acreditar que la actuación de su médico no fue la causa del daño producido, esto es, que sea el hospital, clínica o el centro de salud prestador del servicio médico quien tenga que probar que el daño no se ocasionó por el procedimiento practicado por su médico.

No es impedimento a lo mencionado anteriormente ya que el procedimiento para las personas jurídicas de igual forma serán sujetas las instituciones públicas hospitalarias, son responsables penalmente también.

Entendemos que la responsabilidad penal de un médico por mala praxis siempre lo va a acompañar la presunción de inocencia, siendo que el interés de esta investigación es afirmar que puede probarse dicha responsabilidad o invertirse la carga de la prueba sin afectar o contravenir el derecho a la presunción de inocencia, es decir, que si bien es cierto que la carga de la prueba recae sobre el paciente, lo cierto es que puede evitarse de manera normativa que la responsabilidad de un médico puede acreditarse aún y cuando el médico tiene todo los mecanismos necesarios para evadir tal responsabilidad de los delitos, como en diferentes casos concretos, que pueda llegar a cometer dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, mencionado algunos de los tipos penales en los que pueden incurrir los médicos por actuar negligentemente siendo el de responsabilidad profesional contemplados en los artículos 229 y 230 Código Penal Federal; el de lesiones atento a lo dispuesto por los artículos 288 a 301 del mismo ordenamiento y el delito de homicidio estipulado en los respectivos artículos 302 a 309.

En conclusión la presunción de inocencia tiene ciertos alcances tanto para la víctima u ofendido como para el presunto responsable, dado que hay ciertas circunstancias que se deben señalar meticulosamente como fue expuesto totalmente la tesis analizada, la cual hay diferentes puntos de vista, situaciones y aun problemas que se deben de discutir y analizar para tener una balanza equivalente y una impartición de justicia imparcial. Además señalando a las instituciones tanto privadas como públicas de una forma participe vital, en cuanto a él sí o no de la responsabilidad penal.

**CAPÍTULO IV**  
**FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL**  
**MEXICANO**

**4.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO CULPABILIDAD**

La noción sobre lo que se entiende culpabilidad ha estado en constante cambio ya que esta surgió desde la época primitiva del ser humano que trajo consigo el efecto o cosa derivada de la acción; esta concepción se fue constituyendo y tomada en cuenta en el siglo XIX, con esto se le atribuyó el principio de responsabilidad (asumir). Esta tiene sus raíces italianas en el periodo comprendido de los años 1500 y 1800.

Fue HASSEMER & MUÑOZ CONDE (1989), fue el primero que acuñó la acción libre basada en la responsabilidad como imputado, llegando con Feuerbach que le dio un significado como el "fundamento subjetivo de la punibilidad" Hasta llegar a los discípulos de Hegel que lo aceptan; se nos plantea la idea sobre el derecho penal recae en la culpa de un hecho ilícito a un sujeto, sin tomarla como clasificación (Hassemer & Muñoz Conde, 1989)

El punto desde el que parten para dar significado o una definición concreta a la de culpabilidad (clasificación), en el sistema jurídico penal fue inducido por el positivismo normativista con percepciones del penalista y filósofo del derecho Adolf Merkel, nombrándola como imputabilidad y concibiéndola en su deterioro como planteado del injusto. Dicho aprendiz del jurista RUDOLF JHREING citado

por SÁNCHEZ (2000) quien uso la expresión antes mencionada y la planteaba como imputabilidad y también como injusto. (Sánchez Cordero, 2000).

La misma autora en una reseña a lo expresado, plantea sus propios ideales con un enfoque completamente diferente en este caso del derecho civil, partiendo del injusto, luego entonces la dogmática posterior percibiendo la distinción en el delito como una parte meramente objetiva, es decir a través del injusto y la otra, mediante la subjetividad, traducido en términos jurídicos como la culpabilidad.

Por otra parte, el jurista alemán Binding se tiene como el primero que expuso acerca de planteamientos y usar dichos ideales sobre la culpabilidad. En él nos aborda y desentraña las características que denotan o dicho termino el cual son esenciales a la configuración de cualquier crimen o delito; dolo, imprudencia de estos dos se plantea que se compone la culpabilidad.

La idealización psicológica, de acuerdo al positivismo naturalista como se plantea en los postulados expuestos por el penalista Von Buri y el jurista von Liszt (Vásquez, 2004).

En el año de 1863 Von Buri, en base en estudios realizados en psicología logra establecer una estrecha relación entre causalidad y voluntad. (Antonio, 1989)

Este concepto ha estado en constante evolución tomando perfeccionismo con el paso del tiempo, en aras de hacer buscar un afán para mejorar dichos ideales para ser sean mejor valorados se busca darle un enfoque naturalmente psicológico, derivado de esto fue necesario añadir concepción peligrosa dentro de una noción material la cual se propone rechazar toda injerencia de las posturas



libre arbitristas, subsecuentemente el Derecho Penal dejaba de ser de acto para convertirse en uno de autor el tomando como eje el determinismo como única alternativa; lo anterior puede entenderse entonces como, concebir una percepción sujeta a una culpabilidad la cual se compadece con las exigencias defensitas de la época, en el marco del estado liberal intervencionista, por lo cual al autor, se le juzgaba por su "carácter antisocial" y no por el injusto cometido. (Velásquez, 1993)

Es entonces que hay una controversia entre la peligrosidad y la culpabilidad tratando de reemplazarla por el lugar que la culpabilidad dejaba hueco en la teoría del delito, disfrazando entonces la culpabilidad material en la peligrosidad.

No debe pensarse, sin embargo, las teorías psicologistas tuvieron aún más exponentes como Löffler, Basedow, Radbruch, Kohlrausch, entre otros; hasta llegar a concebir de manera clásica al delito (Zárate & De los Ángeles Ríos, 2005).

Posturas como las de Liszt en el año de 1913, sobre la valorización que se le debería dar a la culpabilidad desde enfoque a lo antisocial, calificando a la antes mencionada como un elemento desvirtuándola del actuar de la persona y se debería valorar en lo ámbito de la ética, en aras de que se volviera más dinámica su expresión se debe hacer mención sobre la existencia de postulados contradictorios sobre el centro de la culpabilidad, también aquellas las que mencionan que aquella es un síntoma, no sin dejar de mencionar aquellas doctrinas propias del Nacionalsocialismo. Von Liszt denota un concepto valorizado en el aspecto antisocial, dejando por demás lo ético, para brindar más dinamismo

a sus planteamientos, cabe destacar las teorías que postulan la contrariedad al deber como el núcleo de la culpabilidad.

Fue Liepmann psiquiatra alemán mediante un análisis detallado el primer exponente en mencionar acerca de la culpabilidad como un reproche meramente social, mediante un modo de actuar o conducirse a la sociedad. también Max Ernst Mayer aleccionado con los ideales de Immanuel Kant, la cual estaba contraria al idealismo absoluto, surge la idea un nuevo concepto que quien realice alguna determinada conducta en razón de su deber será tratado de manera culpable.

Con la corriente de Immanuel Kant que estaba en resurgimiento de nueva cuenta otros idealistas desarrollaron sus conceptos como fue en su tiempo MALDONADO (2004) da postura normativista, en la que expone que esta es “la determinación de voluntad contraria al deber”, esta es la esencia de la doctrina normativa de la culpabilidad" (Maldonado Sánchez, 2004).

La corriente impulsada Tesar y Kollmann, afirma que lo verdaderamente importante es determinar la culpabilidad del sujeto, no del hecho. Se debe valorar el comportamiento del individuo en el hecho delictuoso, teniendo como una vertiente de manera extremistas conductas psiquiátricas que se pudo presentar. Otra vertiente, puede ser al relacionarlo con conductas antisociales como parte de la voluntad del individuo, estas dos vertientes están basadas en la ideología de Von Liszt, teniendo este como pensamientos conocimientos actuales acerca del Estado de Derecho.

Por último debemos destacar la visualización de los penalistas del nacionalismo, los cuales eluden a Siegert, afirma que el concepto se debe construir a partir desde el punto de vista determinista del actuar humano rechazando el indeterminista, y este basado en el derecho plasmado en el espíritu del pueblo, de ahí mismo se debe entender la antijuridicidad tanto en sentido formal y material.

En base a estas ideologías de culpabilidad, se creó una malformación en el tema de las teorías del derecho penal, que se haya elaborado por doctrina penal alguna.

Junto a estas consideraciones se fue formando con otras que fueron surgiendo en años posteriores, con la teoría de Beling que fue de manera distinta a la demás pero sin dejar sus orígenes positivistas, ya que él se refirió a su teoría normativa de la culpabilidad (Boeck Pulecio, 2010). De ahí se avoca el principio de referencia de algunos de los idealistas al referirse a la culpabilidad como una recriminación hacia una persona haber actuado de acuerdo al cumplimiento de su deber y se complementa con su responsabilidad, siendo el dolo y culpa sus elementos subjetivos.

Sin embargo, el afianzamiento de la culpabilidad tiene como percepción un criterio de enjuiciamiento siendo este de naturaleza normativa, sustentada además en una base psicológica, tuvo lugar únicamente con R. Frank, ya que son tres los elementos por los cuales tal concepción está constituida, a saber: la imputabilidad; el dolo y la culpa; así como los factores que tienen influencia sobre el actor, mismas que se reúnen en otra noción aún mayor: la reprochabilidad. Por lo

anterior, establece que “un comportamiento prohibido sólo se le puede imputar a alguien, si se le puede formular un reproche por haberlo realizado”. (Janis, 1993)

De otra forma, A Hegler concibe la culpabilidad en dos sentidos: un carácter formal, entendido como reprochabilidad, y un carácter material, siendo equiparado al “dominio del hecho”, con aspectos teleológicos; empero, y a pesar de ello, fue J. Goldschmidt quien, planteando la necesidad como un problema de culpabilidad, aportó mucho a fundamentar la teoría normativa y a la creación la noción de las excluyentes de responsabilidad, ejerciendo una gran influencia en la dogmática penal ulterior.

Efectivamente, dicho autor, a decir de HERNANDEZ, comprendió que el elemento normativo de la culpabilidad se encontraba conformado por la “contrariedad al deber”, empezando por la diferenciación entre injusto y culpabilidad, asegurando que el primero de esos términos se constituye por una “norma de acción” (de carácter imperativo), y el segundo de ellos por una “norma de deber” (de carácter motivador); por lo tanto, la culpabilidad es entendida puramente como un juicio de reproche constituido por la exigibilidad, y por la no motivación del sujeto acorde con la representación del deber jurídico, convirtiendo tanto a la imputabilidad, al dolo y la culpa, así como a la motivación normal en meros presupuestos de aquella. (Hernández P. , 1997)

Siguiendo este línea de pensamiento, una tercera aportación de gran trascendencia para el fortalecimiento de la concepción mixta de la culpabilidad, lo constituyen los trabajos de Freudenthal, autor para el que la esencia de la culpabilidad reside en el rechazo manifestado por el autor del comportamiento, aun pese a que podría y/o debería haberlo hecho en otro sentido, agregando que el criterio restrictivo del reproche de culpabilidad se configura en la “exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho”, elemento que se desprende del principio según el cual “a lo imposible nadie está obligado”; de tal modo, este autor considera que a la culpabilidad la integra un elemento de naturaleza ética, junto a la cual contrapone otro de naturaleza psíquica, el cual está integrado por el dolo y la culpa.

Por lo tanto, se puede concluir que Freudenthal encuentra que la culpabilidad radica en el desprecio mostrado por el autor, esto es, que para él tiene un carácter ético.

Las concepciones anteriormente formuladas, dieron paso a abrir un amplio debate sobre la teoría mixta de la culpabilidad dentro de los criterios del neokantismo, la cual sería analizada y tratada por los autores más relevantes de dicha corriente, pero con distintas variaciones, en el transcurso de los años XX.

Los trabajos de E. Schmitz han sido útiles para transformar la concepción psicologista de Von Liszt que contenía en gran medida normatividad, ya que asume que anexo una ley de valoración a la funcionalidad del derecho, se ubica también la del derecho siendo una regla determinante, ante lo cual se puede hacer notar que se contraponea con el deber tomándolo como la percepción principal de

la culpabilidad, donde anteriores expositores lo han planteado y en los cuales éste mismo se ha apoyado.

Mientras que el trabajo más profundo lo realizó Mezger, conocido como el máximo artífice del concepto neoclásico del hecho punible, trabajo que fue sujeto a numerosas adecuaciones que no tienen incidencia en el núcleo del planteamiento; para éste “aquel cuya acción jurídicamente reprochable, es expresión de su personalidad”. Esto quiere decir que el “juicio de culpabilidad” se refiere a una “situación de hecho” en concreto, razón por la cual no es posible percatarse que éticamente no se trata de culpabilidad esto se da en el aspecto jurídico, sino jurídico ajeno a la controversia en cuanto al libre albedrío, es decir, cuando se puede ser libre de elegir, declarándose así, partidario de “un determinismo crítico”.

Lo anterior le posibilita evocar la “contrariedad al deber” como noción central de la culpabilidad, de la misma manera en que ya había sido propuesto por otros muchos autores en los cuales Mezger se apoya; reiterando, pues, que todo eso le permitió transformar la noción psicologista de Von Liszt en una de mayor contenido normativo, tal y como se desprende en la subsecuente definición: “culpabilidad es reprochabilidad de una acción antijurídica desde la perspectiva de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado” (Bustos Ramirez, 1994) Empero, indiscutiblemente, la formulación compleja más detallada del término culpabilidad es la que realizó Mezger, conocido como el máximo arquitecto del concepto neoclásico del hecho punible, término que fue sujeto a numerosas adecuaciones que no tienen incidencia en el núcleo del planteamiento;

en efecto, para éste, actúa culpablemente “aquel cuya acción jurídicamente interpretando por culpabilidad “el conjunto de aquellos presupuesto de la pena que fundamental, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.

Es decir, a criterio de HASSEMER Y MUÑOZ CONDE (1989), el juicio de culpabilidad se refiere a una situación de hecho en concreto, es un “juicio de referencia”, a lo que agrega: “en una palabra: culpabilidad es reprochabilidad”; razón por la cual no es posible percatarse de que no se trata de una culpabilidad en la línea ética, sino en el ámbito jurídico ajeno a la controversia en cuanto al libre albedrío, es decir, en cuanto a la libertad de querer, declarándose así, partidario de “un determinismo crítico” trascendiendo de una antigua disputa que, asevera, no cuenta con razones para perjudicar el concepto examinado (Hassemer & Muñoz Conde, 1989).

Siguiendo este orden de ideas, la culpabilidad, está conformada por la imputabilidad, el dolo y la culpa, entendidas éstas como sus especies o elementos, y en lo relativo a las causas de exclusión de la culpabilidad, destaca el estado de necesidad; de igual manera, en lo concerniente al contenido del juicio de culpabilidad en el caso concreto.

Tal y como se ha podido apreciar en los señalamientos de los autores citados anteriormente, es posible concluir que la concepción mezgeriana de la culpabilidad es, igualmente, resultado de una unión de elementos tanto psicológicos como normativos, tal y como se esperaría de quien parte de una teoría causal de la acción que se mantiene arraigada a una antigua fragmentación

positivista entre lo objetivo, en el injusto, y lo subjetivo, en la culpabilidad, matizada ahora con la introducción de la referencia al valor a lo largo del esquema del delito, de acuerdo con la contribución neokantiana; desde luego, el avance hacia una teoría pura de la culpabilidad demandaba que se instaurara un nuevo punto de inflexión en su estudio, cuestión que se detalla en una ulterior explicación. (Busto Ramírez, 1997)

Al superarse la visión psicologista de la culpabilidad e introducirse en la discusión la tesis normativista, era de suponerse que sería sencillo que el avance hacia una nueva concepción de carácter normativo se diera; es cierto que, muy tempranamente, ambos, Paul Merkel y su discípulo Otto Berg, probaron que el dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad, concebida ésta como juicio de reproche, sino que advirtieron que tanto los hechos dolosos como culposos concebidos como forma de acción se configuran en dicha categoría. Por tanto, el primero de aquellos, Paul Merkel, se cuestionaba favorecía o no, a su presente formulación, el claro conocimiento de que “dolo e imprudencia (culpa) no son especies de culpabilidad sino que, por el contrario, la culpabilidad es la característica genética tanto de los hechos dolosos como culposos” (Hernández Aparicio, 2012).

Finalmente, entre 1931 y 1939, periodo en el cual se encontraba el nazismo y tenía como base el espíritu del pueblo, los penalistas de dicha época pretendían reducir la culpabilidad a simple “infracción del sano sentimiento del pueblo”, planteando la culpabilidad como mero juicio de reproche pero con ciertas variaciones. Efectivamente, Von Weber en una pequeña elaboración sugiere una



estructura del sistema penal, en la cual expone que “Al que no ejerza acción jurídicamente, podría conducirse conforme a derecho. Para el individuo, que no ha seguido esta norma por no tener posibilidad, quedara libre de reproche alguno”; además los dos elementos esenciales de la acción punible son la antijuridicidad y la culpabilidad.

Luego entonces, con dicho planteamiento, es posible constituir una compleja teoría del tipo en la que tanto el dolo como la culpa no son más una cuestión de culpabilidad, sino que ahora es comprendida como mero juicio de reproche. El lugar de la contradicción objetivo-subjetivo lo ocupa la de deber-poder" (Vázquez Ortiz, 2010).

Haciendo una interpretación a lo establecido por Dohna, citado por VILLALOBOS (2000), al referirse a la culpabilidad, sin un componente ético, de modo que éste afirmaba que “la exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas, en virtud de que la infracción a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma”, a lo cual debe añadirse la atribución del dolo y la culpa a la acción, así como la diferenciación entre objeto de la valoración (el injusto) y la valoración del objeto (la culpabilidad) (Villalobos, 2000).

En conclusión, el estudio y análisis de la evolución del concepto de culpabilidad ha sido de tal trascendencia, por su complejidad y sus diferentes corrientes, que juristas, doctrinarios, incluso los Estados en distintas épocas del devenir de la historia, le han dado un uso y significado específico. Esto nos constriñe a seguir estudiando de forma total y continúa la evolución de la culpabilidad, a razón de tener una visión amplia de la teoría del delito.

Así mismo, Hans Welzel (1987), después de crear nuevos estudios de la culpabilidad y la injusticia iniciando con el estudio filosófico diferente a los demás, aceptando a la culpabilidad como un reproche de un juicio personal de una persona, mediante la acción realizada, pudiéndose evitar conforme a la norma, frente a esto se toma como segunda opción un criterio distinto que da lugar a un contenido material al "juicio de reproche". De esta forma, se asigna una acción final de dolo y la culpa, como una conducta humana de los estudios previos al delito el cual nace una nueva teoría; a la injusticia personal que se le adopta a la culpabilidad el cual se le entiende como la estructura de la imputabilidad, el análisis de comprensión del acusado y la exigencia de los actos frente al derecho (Hernández M. d., 2002). Esta doctrina fue aceptada por grupos como Maurach y ArminKaufman. Con ellos termina el desarrollo del concepto de culpabilidad para llegar a la actualidad, en donde se determinan otros caminos por la interrupción de diferentes doctrinas que, después de discutir a fondo el principio de culpabilidad, buscan darle a la categoría culpabilidad un contenido distinto.

Las teorías actuales, sufrieron una constante evolución por el concepto de evolución, los estudios contemporáneos, tiene como principal objetivo tener un estudio preciso, para poder brindar una estructura fundamental en la creación del positivismo sociológico en el término del XIX, en relación de cómo se debe clasificar en cuestiones formales y diversas categorías de delitos, Von Liszt, citado por el profesor argentino EUGENIO ZAFFARONI (2007), al formular su cuestionable teoría de la culpabilidad por el carácter y cuya utilización por la doctrina posterior, en muy variados y diversos sentidos, no ha estado siempre exenta de abusos (Zaffaroni, 2007).

Por resultado, la concepción oficial de la culpabilidad tiene como contenido aquellos presupuestos, que dan pauta a los ordenamientos jurídicos, las cuales se necesitan especificar para poder dictaminar la imputación subjetiva; para determinar el contenido de la imputación y las razones por la cual se está imponiendo.

No solamente se debe poner en disputa la situación actual para dictaminar la culpabilidad cuando a un se reprocha la investigación previa de los hechos de lo que sucedió para lo cual se debe sobreponer la reprochabilidad; en base al hecho, cuestiona la dogmática actual de diferentes formas como las que se citaron (Zertuche Muñoz, 1983).

Para poder entender a la culpabilidad se debe actuar de diferente forma en el cual el contenido de esta investigación se encuentra en el “poder en lugar de ello”, en el cual se manifiesta como a la culpabilidad como el primer fundamento

del reproche personal de quien lo planeo, el cual no podrá evadir sus acciones jurídicas.

Esta se pone en contraposición a lo dicho y que esta no se considera admisible científicamente, lo cual en situaciones específicas, es casi imposible demostrar la verdadera pretensión de los hechos ocurridos del profesional, el cual se cuestiona si la culpa fue por hecho o por carácter.

En otra teoría, estudia otros criterios en los cuales deben investigarse en cuestión del “ánimo Jurídicamente desaprobado” o de la culpabilidad ya que en cuestión de reprochabilidad, las acciones en cuestión del ánimo jurídicamente denegado por quien lo realiza, es el resultado del comportamiento de quien realizo las acciones, a esto se le puede dar el derecho a apelar que no se está planteando debidamente, a esto tendrá como resultado un problema no resuelto, ya que no se estudia debidamente en el ánimo jurídico de quien lo realizo quien no se exenta del derecho penal.

Se han postulado diversos indicadores con el fin de encontrar la responsabilidad del actor por su propio carácter, se declara culpable después de demostrar cuales fueron las causas que llevaron a cometer la infracción, lo cual los que predicen esta teoría “en el transcurso de la vida se responde por las acciones que uno realizo, en razón a lo que se realizó y cuál fue el resultado de las acciones cometidas”.

Para poder entender el contenido de la culpa, se debe de conocer la concepción de la actuación de quien lo realizo como el inicio de la investigación

para poder llegar al fondo del problema; con el cual se llega a una controversia para designar la culpabilidad por una acción respecto de la cual no es culpable y nada puede hacer.

Una última alternativa, es la teoría funcionalista para poder suprimir la culpabilidad por acciones preventivas, con el fin de la última instancia el “no respeto al derecho” el resultado esperado. Esta propuesta, como es obvio, termina instrumentalizando al hombre al desconocerle su dignidad de persona humana

Pues esta se volvió insuficiente para dar una explicación a los contenidos de la materia de estudio, desde el punto de vista del derecho penal. Se ha buscado nuevas técnicas para suprimir los conceptos tradicionalistas que califican la culpabilidad, ante la insatisfactoria capacidad de reaccionar normativamente, en el cual se dice que el autor "conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición para la llamada de la norma; cuando, aún, le eran accesibles posibilidades de decisión para realizar un comportamiento orientado hacia la norma" (Ferrajoli, 1995).

Este se comenta por el nacimiento empírico-normativa; para poder generar nuevas categorías, para dejar a un lado el tradicionalismo de las teorías de la culpabilidad, eliminando la función retributiva de la pena, con el fin de recompensar las acciones de carácter general y especial.

Realizando un análisis a profundidad, puede llegarse a pensar que esta posición no logra dar un contenido exacto de la culpabilidad limitando a reanudar

la concepción de la culpabilidad por lo ya mencionado como aspecto funcional, con lo cual se hacen las mismas preguntas formuladas, a dichas posiciones no se le pueden complementar una sola fórmula. Desde las anteriores contribuciones se originan otras el cual el punto de inicio es abolicionista, intentando expulsar al derecho penal de la categoría de estudio.

## **4.2. DIFERENCIACIÓN ENTRE DOLO, CULPA Y PRETERINTENCION.**

### **4.2.1. Dolo**

Para iniciar a hacer esta diferenciación se debe tener en cuenta que el dolo ha sido piedra angular de discusión y elemento clave y de gran impacto tomando como base el derecho romano, de tal forma que se considera como una de las aportaciones de mayor importancia al rubro jurídico de la época. En este orden de ideas, al estudiar el dolo, fácilmente se identifica en la doctrina causalista clásica, la cual se enfoca en el conocimiento y voluntad de los hechos, y la conciencia de su significación antijurídica ó expresado en otras palabras conocimiento del derecho.

Desde esta óptica hoy en día, se tiene un concepto más limitado pero mayor certero de lo que implica el dolo, debido a que la filosofía nos ha dejado entre ver y analizar la tradicional atribución de responsabilidad, y es desde ese punto de partida que se va extendiendo y adquiriendo otras formas que tienen como base de análisis el resultado a interpretar. (Mir Puig, 1994)

En este orden de ideas se podría adelantar que la delimitación del dolo ha devengado un problema obedeciendo a las diferentes teorías que se han

expresado en referencia, causando mayor contraste o punto de discusión cuando se habla de dolo eventual e imprudencia, conceptos que en líneas posteriores se analizara más a profundidad para conceptualizar y delimitar teorías acerca de estas dos formas.

A partir de estas interrogantes y puntos de conflicto se han considerados figuras de dolo eventual, pero a la par ha surgido la de la imprudencia, esto permite graduar las categorías de afección o de intención hacia un hecho. Sin embargo e el dolo se tiene la deliberada intención de lesionar, factor que no se tiene en la imprudencia, es ahí cuando se inicia la discusión por que la graduación de una y otra es abismal. (Fairen Guillen, 1992)

Lo cual se traduce en la concurrencia de la búsqueda de datos vinculados a el conocimiento y la voluntad mismos que nos permitan y den una perspectiva más clara de lo que es el dolo, es decir; conductas dolosas y conductas culposas, teniendo en cuenta que las primeras se encuentran encaminadas por la voluntad, teniendo muy claro que ese actuar lesiona un bien jurídico.

En ese orden de ideas, se castigara con diferente sanción una de otra, ya que en el dolo se tiene en cuenta lo que se quiere y se sabe premeditadamente, al contrario de la figura de la culpa, donde esos dos elementos son ausentes. En este primer tipo; dolo. El sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual prevé como posible, sin que repercuta endicha circunstancia en modificar su comportamiento, sino por el contrario sigue adelante y asume el riesgo.

La importancia de distinguir entre estas dos figuras, es de suma relevancia a fin de constituir la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente, a partir de la teoría del consentimiento, la cual expone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente acepta la realización del resultado, en tanto que si produce la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación. E aquí donde surge efecto la teoría de la voluntad, ya analizada paralelamente con el dolo, y que analizada con la culpa, existe una ausencia de la misma. (Herrera Pérez, 2013)

#### **4.2.2. El Dolo Como Decisión**

En la última razón de la penalidad del dolo, tiene un fuerte impacto en los problemas más actuales. En 1930 en ENGLISH, menciona el comportamiento de las personas, en la materia de los bienes jurídicos como juicio de la acción dolosa y culposa, estos pensamientos se profundizaron y se mejorara. Sin embargo las diferencias se determinaron a partir del Bolo que afirma que existe una notable concordancia. Esto se puede manifestar, citando los rasgos del dolo, para poder superar las antiguas alternativas, en el estudio del dolo, en el cual separamos los aspectos cognitivos y volitivos.

Aceptando las determinaciones del dolo en las que usamos expresiones como aprobación del bien jurídico, decisión contra el bien jurídico, sobre la participación del personal, o la no aceptación de los actos de la persona responsable de cometer alguna acción resguardada de la norma jurídica penal o las acciones consideradas como algo injusto.



En este capítulo se analiza, la visión más general de la culpa y las diferentes manifestaciones lingüísticas sobre la responsabilidad médica que se unen a la materia penal para cumplir con las características necesarias para la tipicidad, para tener relación en la conducta establecida por la norma y la conducta ejecutada por el médico acusado.

La antijuricidad debe tener correlación, con perjuicio o infracción de un derecho de otra persona, pero para poder imponer una pena se debe de hacer responsable de los actos cometidos por el profesionista, se necesita que se pruebe la negligencia médica, mediante la representación del hecho y que se pueda comprobar que se encuentra en las mejores facultades mentales, el cual se debe contestar por realización del delito, pues este se pudo evitar y aun así realizo el delito la negligencia médica.

El acto tendrá un resultado de la acción que cometió el profesional que lo realizo, si en caso que se buscara el resultado se le denominara como dolo y si las acciones se realizaron por algún descuido se le llamara culpa.

Actualmente se están analizando los delitos dolosos, en la acción de los médicos, se debe de mencionar de la atipicidad, pues no tiene coincidencia que un médico tenga un comportamiento doloso con quien lo consulto, pues si desempeño una acción contraria. Solo con la relación excepcional se especificará las acciones médicas, con las comisiones de un delito.

Francisco Carrara, analiza que “la negligencia médica da como resultado fundamentos jurídicos en conducta realizada por el dolo, sin el consentimiento de quien lo consulto y que la acción de la inculpabilidad del profesional sea dictado como inocente, por lo cual debe suprimirse la criminalidad, para poder liberar de la acción por la cual se inculpo, para dar por terminado el peligro para la salud humana.

El resultado de la intervención, son el producto de la insatisfacción de lo que se realizó, como lo son las lesiones físicas o en ocasiones la muerte. Se crea como un perjuicio el bien jurídico, por la intervención del paciente, pero esto no sucede cuando se contrapone con el tipo subjetivo, en las situaciones de los elementos cognoscitivos y que va evolucionando en el dolo.

Para brindar un panorama más amplio a lo referido, surge la necesidad de hacer referencia a la teoría del consentimiento o también conocida como teoría de la aprobación misma que viene a revolucionar cuando se ha perjudicado un bien como la salud, tomando el caso anteriormente descrito, ya que con base a esta teoría existe una autorización previa aprobada por consentimiento de llevar a cabo una acción, la disyuntiva viene donde después de haber otorgado la aprobación pudiese existir dolo en la ejecución de la práctica, pero el sujeto está aprobando previamente el resultado que se obtendrá, más lo probable no hace que sea seguro es ahí donde HEGLER concibe la culpabilidad con un carácter formal tanto como reprochabilidad y materialmente a manera equivalente a “dominio del hecho”.

Con características teleológicas (August, 1915); sin embargo, fue J.GOLDSCHMIDT (1943) quien comenzó con el supuesto de estado de necesidad de un problema de responsabilidad, apporto a la fundamentación de la teoría normativa y a la formación de la concepción de las excluyentes de culpabilidad, que mucha influencia ha ejercido en la dogmática penal posterior (GOLDSCHMIDT, 1943). Desde esta perspectiva la culpabilidad es concebida como puro juicio de reproche impulsado por el individuo acorde con la figura del deber jurídico.

En esta expresión de ideas, las enunciaciones anteriores, permitieron una basta discusión donde teorías sobre la culpabilidad fueron discutidas a lo largo de varios años en la época. Donde los aportes de E. Schmidt han servido para brindar un panorama más amplio y explícito sobre la culpa y el dolo, sin duda han servido como base y pilar para las nuevas teorías basadas en un concepto más amplio y normativo donde se analiza la norma con más precisión, donde se reprochan a un hombre sus actos, y en consecuencia es sujeto de castigo, pero para ello es necesario que exista una responsabilidad de su obrar, para definir si ese acto es punible y declarado penalmente responsable.

Desde esta perspectiva de análisis, varios expositores importantes tal es el caso de MEZGER (1955), referente en el hecho punible, quien sostiene que; “aquel cuya acción jurídicamente condenable, es expresión de su personalidad” (MEZGER, 1955). Esto es que el juicio de culpabilidad esta mencionado a una determinada situación, por lo tanto la imputabilidad es el requisito que antela la culpabilidad.

En este sentido las referencias más antiguas sobre el principio de la culpabilidad han concurrido en lo expresado por el profesor VON LISZT (1927) que expresa la siguiente definición; “culpabilidad es reprochabilidad de un hecho antijurídico desde la perspectiva de la deficiencia del desarrollo psíquico que ha originado” (LISZT, 1927)

Pero, sin lugar a dudas, la más limpia elaboración compleja de la culpabilidad es la llevada a cabo por MEZGER (1955), mismo que expresa la culpabilidad como; “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica” (MEZGER, 1955). Analizando estas posiciones, se puede expresar que la culpa es la posibilidad de prever un resultado no requerido, mismo que fue aceptado por el sujeto al momento de consentir el hecho.

Desde esta perspectiva la culpabilidad en sentido ético es completamente extraña a la controversia en torno a la voluntad de querer, o llamado de otra forma un acto preterintencionado, este concepto ha causado polémica ya que alcanza una punibilidad mayor al dolo.

Si bien, el concepto de culpa es muy amplio atendiendo al principio de preterintención es un concepto formado por el dolo y la culpa elementos de tipo penal, el conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo y por ende por la preterintención.

Ahora bien, hay que atender un concepto muy importante el de *querer*, ya que la voluntad es una manifestación objetiva de este concepto y encuadra con el

acto preterintencionado al respecto se ha pronunciado el profesor MEZGER (1955) definiendo la voluntad como; “las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad (MEZGER, 1955).

El profesor GOLDSCHMIDT (1943), se preguntaba si no hablaba en favor de su concepto el conocimiento nítido de que “dolo e imprudencia, no son clases de culpabilidad sino que, por el antagónico, la culpabilidad es la característica genérica tanto de los hechos dolosos como culposos (GOLDSCHMIDT, 1943).

Interpretando al profesor, VON WEBER (1982), en una pequeña elaboración sugiere una estructura del sistema penal ya que expone que; “quien acciona antijurídicamente, no obstante que pudo manejarse conforme a derecho. A quien no ha tenido en modo alguno la posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de todo reproche”; además de antijuricidad y culpabilidad son los dos elementos esenciales de la acción punible (WEBER, 1982). Luego entonces, con dicho planteamiento es posible sostener una teoría de clase compleja, es decir que el dolo y la culpa están fuera de la relación de la culpabilidad debido a que se considera como un fenómeno de reproche social. Con el transcurso de los años, pocos son los que discuten sobre una culpa consiente e inconsciente, en la actualidad de toma en cuenta el acto lesivo, como se sostenía en líneas previas.

Para entender y brindar una mejor explicación de la culpa, más amplia y más profunda se debe plantear una teoría donde el dolo y la culpa dejen de ser uno mismo y se tenga bien definida las características de cada uno, aunque teóricamente está muy bien definido, en la práctica hay mucho contraste y controversia. Luego entonces, con dicho planteamiento es posible sostener una teoría del tipo, con el fin de fundamentar la punibilidad de los delitos culposos.

Siguiendo esta ilación de ideas, para DOHNA (1958) la culpabilidad aunque sin el componente ético, afirmaba que:

la exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas, en virtud de que la falta a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser demandante un actuar de acuerdo a la norma, a lo cual se suma la adscripción del dolo y la culpa a la acción y la distinción (Dohna, 1958).

En conclusión, la transformación de la concepción de culpabilidad ha sido de tal trascendencia su estudio y análisis, por lo complejo y las diferentes corrientes, juristas, doctrinarios, incluso los estados que en distintas épocas del devenir de la historia le han dado un uso y significado específico.

Esto no lleva a analizar cómo han ido evolucionando estos conceptos y cada vez están más relacionados unos con los otros, pero también más objetivos al caso concreto, de ahí surge la necesidad de estudiar más afondo el concepto de culpabilidad, analizando las diferentes teorías y construyendo un criterio acorde a la razón del delito. Es por ello que en líneas posteriores analizaremos este concepto a profundidad, contrastando teorías y puntos de vista de diferentes pensadores

### 4.3. LA CULPA

Para dar inicio a este tema, se es necesario remontar a los orígenes del mismo, siendo en la antigua roma, donde nace por primera vez este concepto, envuelto principalmente en controversias de tinte civil, sin tener injerencia en otro tipo de conflictos de la época

Estamos frente a la culpa cuando existe un vacío, en el agente principal del delito, sobre la voluntad de hacer o no hacer un comportamiento que subsume en un tipo penal, lo que implica que no sea tomado en consideración, es decir, la voluntad de las personas para la comisión de hechos que están prescritos en la norma penal. Sobre este tema, numerosos estudios han entendido que la culpa se debe manejar desde las teorías objetivas, subjetivas, positivas y finalistas. Las que a continuación paso a describir para demostrar los lineamientos que establece la dogmática penal en cuanto a la culpa:

1. Las teorías objetivas: Debemos partir de la idea que este tipo de teorías, establecen a la culpa a situaciones concretas, al margen de la psicología, es decir, sobre la intención que tiene una persona de cometer un delito. En tal sentido se establece que se está en culpa en esta teoría, cuando el agente capaz no ha previsto las situaciones en concreto. Para tal caso enunciaré algunos supuestos:
  - a) La teoría de los medios antijurídicos: Para esta teoría la culpa de dos presupuestos dogmáticos, lo que implica que en cuanto al primero, la conducta del sujeto activo del delito y el resultado ilícito se establecen a un nexo causal, tomando en cuenta los medios que demuestran la

antijuridicidad. Lo que implica que con el solo resultado del hecho ilícito que sea contrario a derecho, estaríamos frente a un delito culposo, lo que desaparecería bajo todo supuesto los argumentos de caso fortuito.

b) Otro supuesto en el que recae la culpa en cuanto a la objetividad, es la teoría de la acción contraria a la policía y a toda disciplina. Esta teoría afirma que la culpa es una conducta voluntaria con alcances genéricos, contraria al orden o a la disciplina. En este sentido el profesor BUSTO RAMIREZ (1997) ha afirmado de forma categórica que estamos frente a la culpa según esta teoría cuando el sujeto activo del delito actúa involuntariamente y que a la vez produce un daño. Es importante mencionar que según este autor la culpa está dentro de los presupuestos de la negligencia impericia o imprudencia, lo anterior en virtud a que no se tienen los supuestos que establece la ley. (Busto Ramírez, 1997)

2. Teorías subjetivas, para esta teoría la culpa se fundamenta sobre la base de la violación o agresión de un deber de cuidado o del error que se pueda causar daño irreparable.

a) La previsibilidad; según esta característica el sujeto activo está en la posibilidad de evitar la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el estado. Lo que significa el autor de un delito puede configurarse la realización del hecho punible con su actuar.

b) La previsibilidad; esta característica es la que más se acerca a las lesiones de los bienes jurídicos por los médicos, es decir según IANARELLA el agente capaz no toma las precauciones necesarias para



poder evitar algún riesgo o una lesión que pueda causar sin intención y sin dolo. En tal sentido los médicos cuando no actúan previniendo hechos que pueden subsumirse en un tipo penal significaría que su actuar fue culposo.

c) La violación del deber de cuidado; según esta teoría la culpa esta basada en cuestiones que tienen que ver con la seguridad de las personas en las actividades peligrosas. Algunos autores al referirse en esta teoría han afirmado que existen algunos riesgos que la sociedad permite como por ejemplo cualquier tipo de cirugía es riesgosa, sin embargo, se toma el riesgo por la confianza que hay en alguien que ha estudiado la materia.

d) El error; según esta teoría la culpa es producto de una cualidad personalísima debido a que es producto de un error el cual no está previsto por el agente activo. Otros autores consideran que esta cualidad corresponde al desconocimiento de la antijuricidad o de la ley y se ve reflejada en culturas distintas por ejemplo donde existe el consumo de cannabis.

3. La teoría positivista; para esta teoría la culpa se relaciona directamente con la voluntad del autor del delito lo que significa que estamos en la culpa cuando se actúa sin voluntad, por tanto, sin dolo.
4. La culpa en el finalismo. Para esta teoría la culpa se fundamenta sobre una infracción del deber de cuidado. En tal sentido y para tener una mejor dispersión del tema se cita textualmente a PLASCENCIA (2004) al referirse a la culpa, afirma que:

“ En esta postura teórica la culpa experimenta cambios fundamentales, recordemos que en sus inicios se descartaba totalmente la posibilidad de la culpa, pero también se consideró que la culpa estaba fundada en la falta de observancia de un deber de cuidado, actualmente se acepta su presencia pero con un contenido basado en la infracción de la norma de cuidado, la previsibilidad del evento y el conocimiento o desconocimiento de la conducta descuidada”. (Plascencia, 2004)

En cuanto a la actuación de los médicos, es necesario distinguir la confrontación de la conducta médica actual con el patrón de conducta promedio, y la capacidad de previsión, que está en función del caso discutido. Esto permite concluir si el médico estuvo en capacidad de advertir lo previsible, para ese término medio. Si no lo hizo y se configuró el resultado dañoso, entonces podrá reprochársele y exigírsele responsabilidad a título de culpa. (lanarella, 2000)

#### **4.3.1. Imprudencia.**

Esta investigación, se fundamenta sobre la base que actúan en negligencia los médicos cuando no atienden de forma correcta un deber de cuidado. En tal sentido estamos en la necesidad de establecer un concepto acorde a lo que es negligencia por ello, recurrimos a los estudios de PORRAS (1986):

“Es una cualidad conductual positiva, pues la actuación del médico resulta imprudente cuando se excede en la acción que corresponde al servicio requerido y pone en riesgo a su paciente; ya sea por precipitación, al no emplear el tiempo requerido, no observar los pasos que exige la técnica adecuada, actuar con antelación injustificable, con temeridad en sus maniobras, con una metodología insuficientemente comprobada, excederse en la prescripción de dosis terapéuticas, desechar el concurso de otros profesionales más idóneos que él, reconocidos como

especialistas, o ensayar, en el paciente, productos medicinales o tratamientos no aceptados o reconocidos por la ciencia médica.” (Porras S. , 1986)

La impericia médica, esta relacionada con el conocimiento y las habilidades que tienen los médicos al momento de realizar su labor equivale a ineptitud, inepticia o ignorancia, es decir, a la falta de los conocimientos elementales y básicos propios de cualquier rama técnica, del saber o de una profesión u oficio, que puede ser de origen o bien, adquirida por causa de olvido, o la falta de ejercicio, de práctica o de formación o profesionalización del sujeto activo.

Resulta entonces evidente que la impericia se configura cuando el sujeto realiza una actividad. En tal sentido al referirse a este supuesto el profesor CASABONA (2013) entiende que:

“A pesar de no poseer los conocimientos técnicos o físicos suficientes para realizarla. Es en general, la actuación que se realiza, a pesar de la ineptitud técnica y física. El médico tiene el deber de informarse sobre los progresos científicos de la Medicina, es decir debe “recertificarse”, porque su profesión así lo demanda. (Casabona, 2013)

En tal sentido estamos frente a una infracción del deber de cuidado, por parte del médico cuando se actúa sin tener los conocimientos previos o las actualizaciones que demuestren el conocimiento.

- a) **Violación reglamentaria.** Significa que el medico no solamente tiene que tener el conocimiento de su actividad si no también el conocimiento en cuanto a la normatividad que redola el sistema medico a nivel Nacional.

Cualquier infracción a la ley sometería a cualquier médico a un proceso judicial.

Las cuestiones reglamentarias, también pueden ser expuestas por particulares, en temas estrictamente personales, lo que en derecho civil corresponde a la responsabilidad contractual. En tal sentido, los médicos no solo deben acatar lo que establece la ley, sino también a lo acordado en el contrato, siempre y cuando este no lesione los intereses jurídicos.

Además, estas normas también pueden ser establecidas por los particulares, con la finalidad de evitar daños en bienes jurídicos, debido al desarrollo de actividades, que implican riesgo, y que requieren precauciones especiales.

De lo anterior, según Porras (1993), para que se configure una negligencia médica, se requiere que, que entre cosas:

“No basta la simple inobservancia de las normas, sino que se requiere, además, de una relación de causalidad entre la inobservancia y el resultado dañoso, resultado que se pretende evitar con la norma transgredida. Sobre este tipo de culpa, se debe tener en cuenta la inobservancia de reglamentos, órdenes, estatutos, puede, asimismo, manifestarse mediante las otras formas, sobre todo la imprudencia, ya que las órdenes normativas se hicieron para guiar al médico por un camino correcto y su inobservancia, resulta ser un acto imprudente, ya que se aparta de los que está sugerido y ordenado como correcto”. (Porras J. S., 1993).

Entendemos que las cuestiones médicas, se alejan del derecho, debido a que es algo totalmente especializado, el incumplimiento de cualquier situación puede causar daños irreparables en la vida de las personas. Pero como lo he mencionado en reiteradas ocasiones, la especialidad del tema se vuelve más compleja, cuando, las pruebas que demuestran la responsabilidad o no de los médicos están en su poder. De ahí, la necesidad de configurar la carga de la prueba al médico, el paciente no esta obligado a demostrar que el medico actuó de negligencia, quien debe demostrar eso son los médicos o las instituciones de salud.

#### **4.4. FORMAS QUE SE PRESENTA LA CULPA.**

##### **4..4.1. PRETERINTENCION**

Al hablar de este tema debemos visualizarlo desde una panorámica de “más allá del propósito”, en tal sentido, sabremos que existe una conducta entre dos personas y una conducta le genera un daño mayor al esperado, por ejemplo: cuando A golpea el rostro de B y este al caer recibe un impacto en el cráneo que le proporciona la muerte, de lo anterior pensar si es la intención de A terminar con la vida de B.

Lo que hoy nos ocupa es la interpretación que debemos asumir de este acto, es una serie de cuestionamiento nacientes del mismo como lo es:

1. ¿Las personas mueren por un golpe en el rostro?
2. ¿Se puede reprochar la muerte?
3. ¿Realmente se quería matar a la persona?

Para entender el sentido de la preterintencional es necesario entender que de acuerdo al Código Penal del Estado de Nuevo León que a la letra dice:

ARTÍCULO 29.- Obra preterintencionalmente, cuando por la forma y medio de ejecución se acredite plenamente que el resultado excedió el propósito del activo; en este caso podrá disminuirse la pena hasta las dos terceras partes de la sanción a imponer por el delito cometido.

Así mismo en el artículo 315 de este mismo código se hace mención del homicidio preterintencional, para poder entender la naturaleza de este delito debemos entender el significado, en el caso Mexicano, el legislador ha determinado que una conducta ha sido preterintencional cuando el resultado siendo previsible excede la intención de la gente, es decir, el comportamiento extralimita el propósito que tiene la persona al momento de llevar a cabo una acción, en este orden de ideas, el homicidio preterintencional es aquel que el donde el sujeto que realiza la acción, termina con la vida de alguien, sin que sea esta la intención que lo llevo a realizar la conducta, la motivación que lleva al sujeto a cometer esta acción será entonces cualquier otra que no lleve al asesinato.

En cada caso en el cual se suscite un homicidio preterintencional debe comprobarse la previsibilidad, de lo contrario estaremos bajo una panorámica totalmente distinta y se entendería de un caso fortuito y en este caso la característica principal es que es imprevisible o inevitable.

Es importante destacar que nos encontraremos frente a un delito preterintencional cuando siempre que se muestre que el resultado obtenido excede las intenciones de la gente que lo cometió, es decir, la muerte es la consecuencia del daño causado pero no era el fin de la conducta.

#### **4.5. NEGLIGENCIA MÉDICA**

El termino negligencia médica podemos tomarlo como algo similar a la omisión o descuido de cualquier acto. También podría considerarse como la forma paciente de ser imprudente y por consiguiente se olvida de la prudencia, lo cual, si se hubiera previsto, no se hubiera ocasionado el daño.

El acto de negligencia, podemos definirlo como una falla que se tiene conscientemente de la facultad a proceder, a través de la acción u omisión, conforme a lo practicado medicamente aceptado o bien con el procedimiento ya descritos para una atención o manejo de la enfermedad que se presente. Si alguna persona tiene la conducta de negligencia, tiene por consecuencia un castigo legalmente conforme a la gravedad de la falta cometida y las consecuencias que haya originado a la víctima.

En base a la Información Estadística Institucional del año 2017, en el presente cuadro estadístico se puede apreciar la información sobre el total de tipo de servicio de asuntos recibidos con una cantidad de 15256 y asuntos concluidos con una cantidad de 15878, habiéndose recibido en orientación una cantidad de 9894 y de los cuales concluido con dicha orientación con un total de 9894.

por consiguiente, se recibió en el tipo de servicio de asesoría una cantidad de 2481 dando solución como concluido la misma cantidad de 2481, asimismo, teniendo en una posición tercera las quejas que fueron recibidas con una cantidad de 1416 y concluida con 1964, y por debajo de ello la gestión inmediata y dictamen.

Cuadro 1. Asuntos recibidos y concluidos por tipo de servicio ofrecido.

Tipo de servicio	Asuntos recibidos	Asuntos concluidos
Total	15256	15878
Orientación	9894	9894
Asesoría	2481	2481
Quejas	1416	1964
Gestión Inmediata	1312	1312
Dictamen	153	227

Fuente Cuadro 1: [www.gob.mx](http://www.gob.mx).

De tal manera, se observa que el servicio ofrecido en el ámbito de la salud existe quejas y que están por encima de una gestión inmediata la cual se comprende como una situación de emergencia en un servicio de salud.

Asimismo, en base a la Información Estadística Institucional del año 2017, en el presente cuadro estadístico se puede apreciar las gestiones inmediatas atendidas se tomó un total de 1312 personas y se dividió según el grupo por la edad y sexo del usuario, teniendo en cuenta en un total 656 hombres y un total de 656 mujeres partiendo del total de 1312 usuarios, donde podemos ver que entre los 65 a 79 años una alta cantidad de atenciones médicas inmediatas que asciende a los 253 entre hombres y mujeres (135 hombres y 118 mujeres).



asimismo, entre los 60 y 64 años es la segunda con más alta cantidad de atenciones médicas inmediatas que asciende a los 138 entre hombres y mujeres (70 hombres y 68 mujeres) y el tercero más alto entre los 50 y 54 años con una cantidad de atenciones que asciende a 136 (67 hombres y 69 mujeres), siendo estos las más propensas atenciones médicas de emergencia.

Por consiguiente, en base a la Información Estadística Institucional del año 2017, en el presente cuadro estadístico se puede apreciar las quejas concluidas según el grupo de edad y sexo con un total de 1964 usuarios, donde 831 son hombres y 1133 son mujeres, siendo el primero con más alta cantidad de quejas concluidas se encuentra con una totalidad de 268 en los 65 y 79 años entre hombres y mujeres (130 hombres y 138 mujeres), en segundo lugar se logra

**Cuadro 2. Gestiones Inmediatas atendidas según grupo de edad y sexo del usuario**

Grupo quinquenal de edad	Total		Hombres		Mujeres		No aporta	
	Absolutos	%	Absolutos	%	Absolutos	%	Absolutos	%
<b>Total</b>	1312	100%	656	50%	656	50%	0	0%
MENORES DE 1 AÑO	17	1.30%	9	0.69%	8	0.61%	0	0%
1 A 4 AÑOS	12	0.91%	7	0.53%	5	0.38%	0	0%
5 A 9 AÑOS	18	1.37%	13	0.99%	5	0.38%	0	0%
10 A 14 AÑOS	14	1.07%	9	0.69%	5	0.38%	0	0%
15 A 19 AÑOS	9	0.69%	4	0.30%	5	0.38%	0	0%
20 A 24 AÑOS	49	3.73%	22	1.68%	27	2.06%	0	0%
25 A 29 AÑOS	75	5.72%	35	2.67%	40	3.05%	0	0%
30 A 34 AÑOS	90	6.86%	48	3.66%	42	3.20%	0	0%
35 A 39 AÑOS	88	6.71%	36	2.74%	52	3.96%	0	0%
40 A 44 AÑOS	118	8.99%	57	4.34%	61	4.65%	0	0%
45 A 49 AÑOS	108	8.23%	54	4.12%	54	4.12%	0	0%
50 A 54 AÑOS	136	10.37%	67	5.11%	69	5.26%	0	0%
55 A 59 AÑOS	129	9.83%	61	4.65%	68	5.18%	0	0%
60 A 64 AÑOS	138	10.52%	70	5.34%	68	5.18%	0	0%
65 A 79 AÑOS	253	19.28%	135	10.29%	118	8.99%	0	0%
80 AÑOS Y MAS	58	4.42%	29	2.21%	29	2.21%	0	0%
NO ESPECIFICADO	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%

apreciar con una totalidad de 213 en los 50 y 54 años entre hombres y mujeres (83 hombres y 130 mujeres) y en tercer lugar se logra apreciar con una totalidad de 194 en los 45 y 49 años entre hombres y mujeres (89 hombres y 105 mujeres) donde se logra apreciar con un total de 1964 usuarios que la mayor cantidad de quejas se genera entre las edades 45 y 79 años en las edades de 65 a 79 años, con un total de 268 quejas que equivalen a las quejas concluidas por haber sido atendidas y solucionadas en su totalidad. Fuente Cuadro 3: [www.gob.mx](http://www.gob.mx)

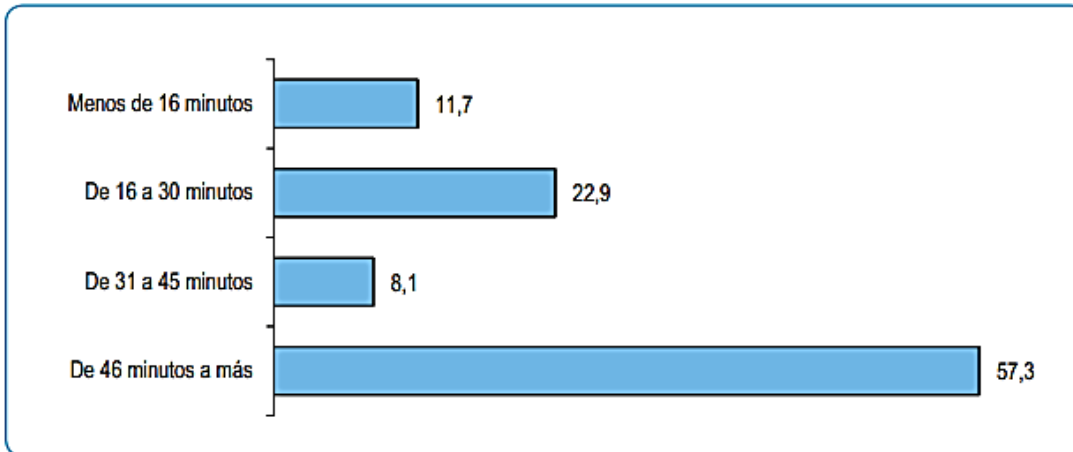
Asimismo, el INEI nos proporciona información sobre la atención al usuario que asiste al centro médico por consulta externa, siendo esta la representación de una respuesta inmediata por medio de los servicios de salud que se brinda en Perú. Teniendo en cuenta, que el tiempo de espera para las atenciones médicas se ha medido por medio de la oportunidad y la disponibilidad que el usuario necesite de dichos servicios médicos, en ello se aprecia un nivel de satisfacción por parte del usuario y también las expectativas que se tiene por parte de los servicios prestados de salud.

Cuadro 3. Quejas concluidas según grupo de edad y sexo del usuario

Grupo quinquenal de edad	Total		Hombres		Mujeres		No aporta	
	Absolutos	%	Absolutos	%	Absolutos	%	Absolutos	%
<b>Total</b>	1964	100%	831	42.31%	1133	57.69%	0	0%
MENORES DE 1 AÑO	37	1.88%	19	0.97%	18	0.92%	0	0%
1 A 4 AÑOS	35	1.78%	18	0.92%	17	0.87%	0	0%
5 A 9 AÑOS	29	1.48%	16	0.81%	13	0.66%	0	0%
10 A 14 AÑOS	26	1.32%	17	0.87%	9	0.46%	0	0%
15 A 19 AÑOS	34	1.73%	14	0.71%	20	1.02%	0	0%
20 A 24 AÑOS	66	3.36%	18	0.92%	48	2.44%	0	0%
25 A 29 AÑOS	111	5.65%	39	1.99%	72	3.67%	0	0%
30 A 34 AÑOS	171	8.71%	58	2.95%	113	5.75%	0	0%
35 A 39 AÑOS	166	8.45%	64	3.26%	102	5.19%	0	0%
40 A 44 AÑOS	174	8.86%	74	3.77%	100	5.09%	0	0%
45 A 49 AÑOS	194	9.88%	89	4.53%	105	5.35%	0	0%
50 A 54 AÑOS	213	10.85%	83	4.23%	130	6.62%	0	0%
55 A 59 AÑOS	187	9.52%	80	4.07%	107	5.45%	0	0%
60 A 64 AÑOS	191	9.73%	90	4.58%	101	5.14%	0	0%
65 A 79 AÑOS	268	13.65%	130	6.62%	138	7.03%	0	0%
80 AÑOS Y MAS	62	3.16%	22	1.12%	40	2.04%	0	0%
NO ESPECIFICADO	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%

Quando se logre conocer el promedio del tiempo para poder atender al usuario en un servicio médico, se llegará a identificar las oportunidades para poder mejorar el servicio en el sector salud. El 57,3% de consulta externa los usuarios tienen una espera de 46 minutos a más desde que llegaron al centro de salud para poder ser atendidos, y el 22,9% de 16 a 30 minutos y el 11,7% esperó menos de 16 minutos.

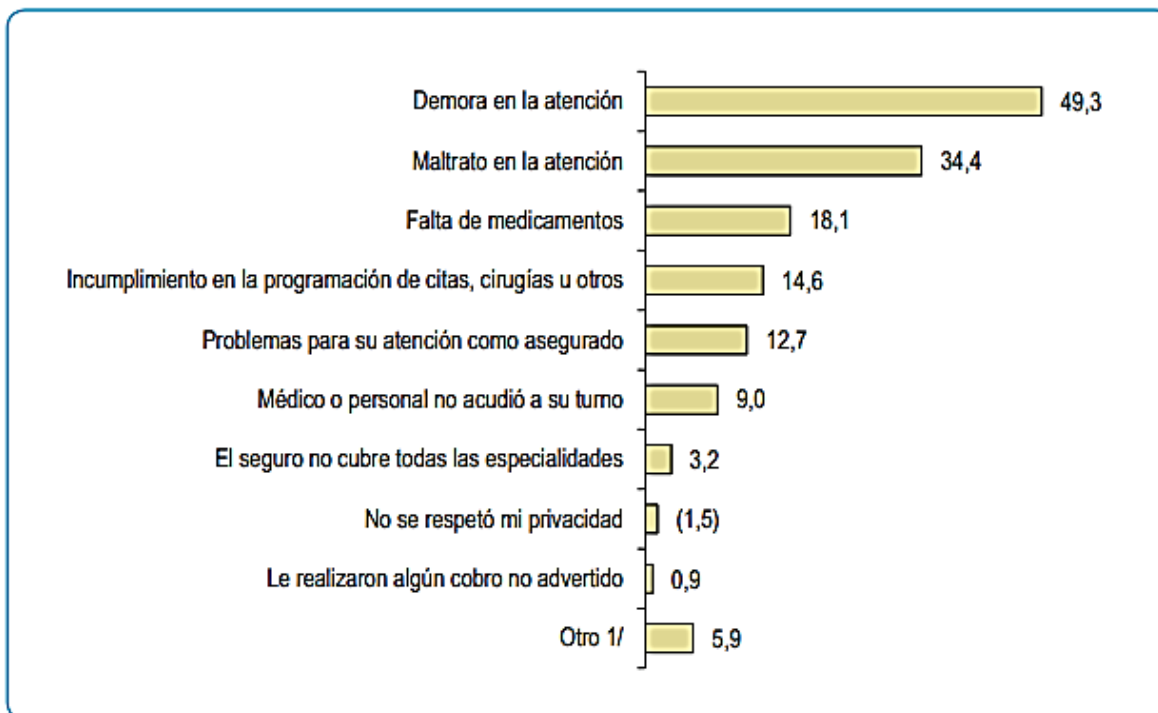
**GRÁFICO N° 1.16**  
**USUARIOS DE CONSULTA EXTERNA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD,**  
**SEGÚN TIEMPO DE ESPERA PARA LA ATENCIÓN, 2014**  
(Porcentaje)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Satisfacción de Usuarios del Aseguramiento Universal en Salud 2014.

No obstante, también se logra observar en países como Colombia, en el año 2014 sobre los principales problemas para la atención de salud identificados por el usuario, en base al 100% encontramos que el 49,3% de usuarios por consulta externa manifestaron que el principal problema era la demora para acceder a la atención médica, el 34,4% sobre la mala atención y el 18,1% por el escaso medicamento en el servicio brindado por la farmacia de salud. Fuente: INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Nacional de satisfacción de usuarios del aseguramiento universal en salud 2014).

**GRÁFICO N° 1.41**  
**USUARIOS DE CONSULTA EXTERNA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD,**  
**SEGÚN PROBLEMAS PARA LA ATENCIÓN DE SALUD, 2014**  
 (Porcentaje)



( ) Comprende a estimadores con coeficiente de variación mayor a 15% considerados como referenciales.

1/ Comprende pérdidas de documentos clínicos para la atención, negligencia médica.

**Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Satisfacción de Usuarios del Aseguramiento Universal en Salud 2014.**

## CAPÍTULO V

### LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SUS SANCIONES

#### 5.1. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Al hablar de proteger la salud nos referimos a un derecho el cual debe ser velado por las instituciones que el ordenamiento jurídico con el fin de dar una atención médica digna, además se debe tomar en cuenta a todos los sujetos responsables en donde de manera profesional y ética deben de brindar dicha atención, a su vez, la ética profesional e inclusive los códigos de ética propios de un médico son de importancia en este estudio.

Ya como costumbre se ha llevado a la clasificación de la responsabilidad en la figura jurídica para el género, a lo profesionalmente responsable del médico se lleva como una especie y a la especie como la responsabilidad profesional. (Carrillo Fabela, La Responsabilidad Profesional del Médico, 1998)

Ahora bien, a la frase utilizada como jurídico responsable, tiene origen en la lengua latina responderé, el cual significa: “la obligación de responder de alguna cosa o por alguna persona” (Real Academia Española, 2001). Es entonces responder por una práctica irregular en contra de cualquier persona que esté a cargo el médico y se genere una acción. Otras palabras, afirma Barba Orozco, que:

“Debemos comprender que el termino responsabilidad tiene como significado la obligación que tiene cada individuo para responder a los actos y hechos que haya suscitado, cuando estos mismos han ocasionado daños a un tercero o alguna cosa; “significa, de igual forma, reparar, satisfacer y compensar el evento negativo en el

curso de quehacer diario con motivo de actos, omisiones y errores, ya sean voluntarios o involuntarios” (Barbara Orozco, 2000)

Según el profesor ROLDAN (1981):

“Hacerse cargo de la responsabilidad ocasionada por la consecuencia, esto quiere decir, asumir la rendición de consecuencias de sus propios actos. La profesión es una capacidad cualificada, es decir, tiene las aptitudes adecuadas para realizar la actividad adecuada en un trabajo elegido previamente, la cual deja por escrito su participación ante la sociedad, también tiene utilidad a través de la consistencia y al mismo tiempo positivamente se valora en económicamente en el país.” (Roldan G, 1981)

Por otro lado, al hablar de la responsabilidad médica profesionalmente, como lo menciona GISBERT CALABUIG (2000):

“La obligación que tienen los médicos de remediar y solucionar las consecuencias de los actos, descuidos y errores graves, de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio profesional”. (Gisbert Calabuig, 2000)

Por nuestra parte se considera que el medico puede reparar lo reparable; sin embargo, si está dentro de lo que hemos estudiado como el dolo o culpa, por ejemplo, el médico debe responder de forma penal.

La doctrina ha establecido algunas categorías de responsabilidad médica, entre ellas: *Impericia*: Es el desconocimiento inexcusable. *Imprudencia*: Es la diligencia arriesgada y sin premeditación. *Negligencia*: Se considera como la no actuación o tardía sin justificación dentro de la negligencia del profesional médico,

o también la acción lentamente o perezosa, de impericia o la falta de profesionalismo

*Inobservancia de reglamentos hacia las normas:* se puede considerar como el incumplimiento de las reglas específicas de la institución donde labora y las reglas que en ella rigen, así como lo que se hace éticamente en la medicina y sus principios hacia los derechos que tiene el paciente.

Un médico debe contar con una responsabilidad profesional la cual la podemos encontrar descrita en diferentes figuras dentro del ordenamiento jurídico mexicano:

*“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Código Penal Federal, Código Civil Federal; Ley General de Salud; Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica; Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud; Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud; Ley General de Profesiones; Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos”.*

De lo contrario, ninguna ley o reglamento ha establecido con precisión la responsabilidad del médico cuando actúa culposamente y la forma en que dichos actos jugará la responsabilidad de la carga.



Podemos decir en términos amplios, el médico debe actuar responsablemente hablando de jurídica, cuando este presenta la actitud de negligencia.

El término negligencia médica podemos tomarlo como algo similar a la omisión o descuido de cualquier acto. También podría considerarse como la forma paciente de ser imprudente y por consiguiente se olvida de la prudencia, lo cual si se hubiera previsto, no se hubiera ocasionado el daño.

La impericia, podemos expresarla como menciona URRURIA (2010), como falta de aptitudes o de los conocimientos elementales básicos e indispensables los cuales deben otorgarse y retenerlos obligatoriamente en diferentes profesiones o artes según corresponda. Podemos mencionarlo de otra manera la cual es: “Existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquier de sus colegas o la mayoría de estos en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.” (Urrutia, 2010)

En este punto podemos comentar firmemente que la responsabilidad médica jurídica en un médico según, GISBERT CALABUIG (2000): “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión” (Gisbert Calabuig, 2000).

Como se había mencionado principalmente lo histórico en la responsabilidad médica, es importante mencionar que a partir del Código Hamurabi, el cual fue descrito en el siglo XVIII A.C. nos decía que:

“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o si ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano”. (Vázquez Ferreira, 2002)

Actualmente, al llevarse a cabo el ejercicio de la medicina se toma de diferentes normas que regularían la garantizarían de un excelente desempeño en su labor, así como la protección de los valores en la sociedad en la cual el médico debe de estar siempre presente. Por lo antes mencionado cuando en el ejercicio de una actividad profesional genere un daño en el bienestar de algún paciente, o como también podría mencionarse, incite a que una iatrogenia, en el dicho momento se tiene como responsabilidad responder civilmente, administrativa y penalmente según el daño ocasionado. Que para efectos de esta investigación nos interesa la responsabilidad penal, como una manifestación directa del actuar del galeno.

Finalmente debemos abordar el concepto de lesión, que es requisito para la responsabilidad médica, podemos decir que, según el Diccionario de la real academia española, define como: "modificación de la estructura de un tejido, bajo la influencia de una causa mórbida". (REAL, 2001)

## **5.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA**

En lo establecido por el código penal federal, al establecer la responsabilidad profesional, debemos entender por este concepto a la obligación que tienen de responder por sus actos aquellos que ejercen una profesión determinada, entendiéndose por ésta: “la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión”.

La responsabilidad penal y sus formas de comisión las encontramos en el artículo 13 del Código Penal Federal que al respecto establece las personas responsables de los delitos y refiere que son autores o partícipes del delito:

- I.-** Los que acuerden o preparen su realización.
- II.-** Los que los realicen por sí;
- III.-** Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.-** Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.-** Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.-** Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.-** Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII.-** Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Por su parte el artículo 39 del Código Penal del Estado de Nuevo León, establece al respecto que responderán por la comisión delictiva, quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Luego entonces, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado:

- I.-** Los autores intelectuales y los que tomen parte directa en la preparación o ejecución del mismo;
- II.-** Los que inducen o compelen a otros a cometerlos;

III.- Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultanea; y

IV.- Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que estos realicen la conducta delictuosa.

Conviene clarificar que la responsabilidad penal no es lo mismo que punibilidad, ya que la punibilidad es una consecuencia jurídica del delito y está la encontramos por ejemplo el Código Penal Federal que en sus artículos 228, 229 y 230 que a la letra dice:

**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:

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

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

**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.

**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:

I.- Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;

II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

III.- 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, 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.

Por su parte los artículos 227, 228, y 229 del Código Penal del Estado establecen:

**Artículo 227.-** Los médicos, cirujanos y demás profesionales similares y auxiliares, serán penalmente responsables en la práctica de la profesión, en los términos siguientes:

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

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus ayudantes, enfermeros, o practicantes, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos o cuando resulte un daño ocasionado con motivo de un diagnóstico evidentemente inapropiado al padecimiento, debiéndose comprender los gastos médicos y funerarios en su caso, que resulten en la comisión de este delito.

**Artículo 228.-** 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.

**Artículo 229.-** Se sancionará con prisión de dos a seis años y multa de diez a cincuenta cuotas a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, en los casos siguientes:

I.- Impedir la salida de un paciente, cuando este o sus familiares lo soliciten, pretextando adeudos de cualquier índole;

II.- Retener, sin necesidad, a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior; y

III.- retardar o negar, por cualquier motivo, la entrega inmediata 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, aduciendo adeudos o por cualquier otro motivo injustificado, retarden o nieguen la entrega de uno o varios cadáveres.

Lo anterior significa que la responsabilidad penal surge de la comisión de un delito que sancionan las leyes penales, y la misma se puede dar de diversas maneras y

no propiamente realizando la conducta por sí mismo, mientras que la punibilidad es una de esas sanciones.

A manera de comprender aún más el tema citaremos diversos criterios orientadores que en temas de responsabilidad médica ha emitido nuestro Poder Judicial Federal:

### **5.3. NEGLIGENCIA MÉDICA. SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL.**

En ciertos casos la negligencia médica puede dar lugar a la configuración de diversos delitos, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Es entonces, que por mencionar algunos casos en los que se podría ver afectados los médicos por realizarlos de manera negligente son: responsabilidad profesional, lesiones, y homicidio, siendo el objeto de todo esto el aplicarles una pena al personal que haya actuado de tal manera.

Es por eso que en el caso que el proceso penal de la víctima tenga derecho a que se le realice la reparación del daño por el médico penalmente responsable y no por la entidad pública para la que labora.

### **5.4. RESPONSABILIDAD MÉDICA. CIRCUNSTANCIA AGRAVADORA Y NO TIPO PENAL AUTÓNOMO.**

El análisis del contenido del artículo 228 del Código Penal Federal, concluye que no cuenta con los elementos de un tipo penal autónomo, en lugar de eso refiere la circunstancia personal del sujeto activo, como lo es la profesión, y es por esto que la procedencia de una penalidad accesoria en caso de que resulte responsable de

en la comisión del delito, más que un tipo delictivo autónomo, se está ante una circunstancia agravadora.

**NEGLIGENCIA MÉDICA COMETIDA POR PERSONAL QUE LABORA EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. LA VÍA ADMINISTRATIVA ES LA IDÓNEA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE AQUÉLLA.**

Hay distintas maneras de realizar el reclamo de los daños causados que son causa de la diligencia médica; de esto dependerá la aptitud que se tome sobre los rasgos del demandado y del tipo de responsabilidad sobre lo que se pretenda demandar. Es por esto que el procedimiento de responsabilidad administrativa de los servidores públicos tendrá como objeto hacer la sanción al médico de alguna entidad pública que haya faltado a los principios que trata de derecho disciplinario; en este caso no existe la posibilidad de ninguna indemnización por el daño que se haya causado por negligencia médica.

El proceso penal debe imponer las penas al personal médico que realice el delito. En cuanto a la vía civil, tendrá como objeto que el médico, o ya sea una sociedad privada que preste servicios médicos indemnicen a la víctima del daño. Pero en este caso la entidad pública no puede rembolsar el daño. Solo por vía administrativa y está es la única vía en la que puede demandarse de manera directa del Estado la reparación del daño por su actuar irregular.



## **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA VÍA IDÓNEA PARA DEMANDAR DEL ESTADO LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA ES LA ADMINISTRATIVA.**

En cuestión a la metodología más apta para tomar el derecho a exigir el resarcimiento de los daños que han sido causados por parte del Estado, el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expone un vasto margen del legislador para proyectar dicho procedimiento por medio del cual pueda hacerse eficaz el sistema de que trata sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. En la circunscripción federal, el legislador decidió que fuera por vía administrativa la reparación de los daños provocados por un afán administrativo irregular, a través del procedimiento que se encuentra en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Así, en tanto la actividad administrativa irregular del Estado conlleva la deficiencia de los servicios de salud, es la vía administrativa la idónea para demandar del Estado la reparación de dichos daños.

### **5.6. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL**

El contrato es un acto jurídico, en el cual nacen ciertas obligaciones, convirtiéndose así, en una restricción que el sujeto impone por voluntad, la persona que contrata se somete; a dar, hacer, no hacer algo que no se encuentre en este convenio, ya que no tendría como carga.

Fernández Sessarego (2005), afirma que:

*"se ha discutido ampliamente qué tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico, varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente, ellas incluyen la del mandato, la de prestación de servicios, la de locación de obra, la de locación de servicios, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar aceptando que el acto médico es una forma especial de contrato denominado, "De Asistencia Médica" (Fernández Sessarego, 2005).*

Es posible que la responsabilidad civil sea contractual, siempre que ésta surja del no cumplimiento de un contrato oficial, que tendrá valor por declaración legal, sin acto ilícito ni negligencia del responsable, o bien cuando medie dolo o culpa.

Sarmiento García (2003) afirma que:

"En materia de responsabilidad civil del médico una de las cuestiones más discutidas ha sido la naturaleza contractual o extracontractual de la relación médico paciente, la doctrina de la relación jurídica médico paciente se ha construido tradicionalmente sobre la base del contrato, inicialmente calificado como de arrendamiento de servicios, aunque modernamente se refiera entender que se trata de una figura contractual especial. Sin embargo, la relación puede nacer sobre bases ajenas al contrato, bastando que el paciente tenga un título jurídico, cualquiera que éste sea, para ser acreedor de la prestación de asistencia sanitaria (Sarmiento García, 2003).

Tal y como lo afirma TRIGO REPRESAS (2008):

"El progreso de las ciencias de salud y su rápido desenvolvimiento, con la aparición de nuevas técnicas cada vez más complejas y sofisticadas muestran la insuficiencia del tradicional modelo contractual de las relaciones profesional paciente y están determinando la aparición de un nuevo modelo de ejercicio de las profesiones sanitarias, ya común en las especialidades médicas, de manera que la prestación

de servicios por parte de un profesional a un paciente no se asienta en la figura típica de un contrato, sino que su tipología es múltiple” (Trigo Represas, 2008).

Debido a lo cual, el fundamento de la intervención del profesional médico no se logra descifrar en un contrato que él mismo ha concluido con el paciente, sino, en el acondicionamiento de su actividad a las normas rectoras de la ejecución de la profesión, obligaciones que se exigen con rigor excepcional en virtud del empeño profesional, y que se nutren aún cuando la intervención facultativa carece de finalidad curativa y se orienta fundamentalmente, al mejoramiento del aspecto físico, estético o funcional.

Realizando un minucioso análisis de la perspectiva que en tiempos remotos se tenía del médico, se puede afirmar que era nula la opinión de las personas. Ningún individuo tenía el valor para cuestionar, confrontar o a dudar de un diagnóstico, al igual que era imposible imaginar, qué alguien pudiera llevar a su galeno a los estrados judiciales, debido a que la confianza de los pacientes hacia su médico, era una verdad irrefutable, mientras que la profesión médica disfrutaba de un valor metafísico; sin embargo, hoy día, por causa a la transformación social y al desarrollo tecnológico, es casi imposible idealizar que un profesional en medicina no pueda tender a errar.

En el contenido de esta prestación, ya sea contractual o extracontractual, es universalmente admitido que la obligación que incumbe al profesional sanitario es una responsabilidad de medios y no de resultado; deber del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, sino, que está a

cargo únicamente de brindar al paciente o afectado los cuidados que sean necesarios, dependiendo del estado de la ciencia.

De igual modo, la constitución del derecho de amparo a la salud, debería exigir deberes particulares, ligado a los derechos de los pacientes, cuyo incumplimiento puede ser la contravención esencial de la prestación de servicios médicos. En otros términos, todos los que intervienen en la prestación de servicios, necesariamente deben convenir a los derechos y obligaciones que se deban en cuanto a los pacientes.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DEFICIENTE DEL SERVICIO DE SALUD PÚBLICO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE DEBIDA DILIGENCIA RECAE EN EL PERSONAL MÉDICO.**

Aunque se ha determinado que en el hecho de responsabilidad patrimonial del Estado, es esencial probar el actuar irregular por parte del mismo, al tiempo en que ésta responsabilidad procede de la prestación de un servicio de salud insuficiente, la prueba de la prontitud reincide en las instituciones médicas del Estado, en cuanto al tema de los derechos de desagravio de la víctima. En efecto, debido a la contrariedad que figura para la víctima, probar el obrar inconsistente de los centros de salud, se propicia a un traslado de la carga de la prueba para que sea la institución del Estado, la que justifique el proceder médico que se hizo acorde a los cuidados instituido en la regulación de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión médica. Lo anterior responde de acuerdo con los principios de facilidad y proximidad probatoria, con base a cuales debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez.

## **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 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 patronos 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 profesionalista 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.

### **5.7. LA RESPONSABILIDAD MORAL**

En la práctica de la medicina, existe una conciencia profesional, que se encuentra en todo hombre, facultado en el actuar del médico durante la intervención médica. Quien realiza la praxis, al incidir en la responsabilidad moral está comprometido a responder por sus propios actos, recibiendo la ética, pues desde este panorama se ponen en riesgo los principios y valores del profesionalista durante la intervención médica.

El médico cuando lleva a cabo una intervención médica crea la lealtad a su profesión. El médico ilustrado no auxilia con ansiedad, al desarrollo de un padecimiento, o a la acción terapéutica que él pone en práctica concreta y madura. Esta acción está comprometida a comprender la preocupación que experimenta el paciente y lo compromete a estar rodeado de los elementos que comprometen la seguridad del éxito. Mientras más preparado está un médico, más técnicas posee.

La responsabilidad moral, son la que se debe de incentivar al médico, ya que en ella no se dejara de señalar y nunca pasara desapercibida. Las acciones que realice el médico nunca pasaran desapercibida y esta no se puede olvidar, pues en ella se pone en riesgo una vida y da como resultado acciones que pueden perjudicar a personas ajenas al médico. Periódicamente se toma en cuenta la experiencia fallidas, y trae recuerdos de miedo y de inseguridad, por cometer un error irreparable.

A efecto de comprender aún más el tema citaremos diversos criterios orientadores que en temas de responsabilidad médica ha emitido nuestro Poder Judicial Federal:

**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 en el art. 1, 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.

Los estudios del último capítulo nos inducen al análisis referentes a la responsabilidad médica que está relacionada con la conducta descrita por la norma y conducta realizada por el médico, se contemplan penalmente distinguidos por la responsabilidad, culpabilidad y negligencia médica en el desarrollo de la praxis. Es necesario aceptar que la institución médica es la que demuestra que se actuó negligentemente, pues para los particulares es necesario presentar los resultados de la afectación



Los planteamiento son analizados para que el médico compruebe que se realizó con las instrucciones recibidas conforme a la población en la normativa de la materia citada, en cuestión de hechos de diligencia médica que existe constantemente en la profesión, pues los expertos en la área de salud tienen la constante obligación de ayudar y atender a las personas que se encuentren en peligro de muerte, así como cuidar la integridad física, la salud del paciente y la protección de la vida.

En algunas ocasiones la praxis de los médicos no se apega a las normas establecidas. El procedimiento inadecuado o incorrecta praxis, son capaces de provocar daños al paciente, ha esto se le conoce como negligencia médica y de esto se desprende la responsabilidad y la reparación del daño.

Podemos concluir que existen diferencias en el marco legal pero no se toma en cuenta las sanciones negativas del médico o centro de salud a otorgar la atención médica, el cual se tiene que adecuar al marco legal de la responsabilidad pecuniaria de un médico declarado responsable en los tipos de responsabilidad ya mencionados.

## PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

Para lograr la viabilidad de la investigación en el tiempo, es decir, para establecer mejor los alcances de la responsabilidad penal médica en el sistema jurídico mexicano, es necesario que se realicen algunas adecuaciones a la legislación tanto Federal como Estatal.

Por tanto, propongo dentro de estas adecuaciones, la adición del Artículo 228 del Código Penal Federal para quedar como sigue:

**Artículo 228.-** Se tendrán que responsabilizar de los crímenes que se realicen en la actuación de su ejercicio de los profesionistas, actores o técnicos.

**I.-** castigos determinadamente especificados para las infracciones que se realicen en la praxis ya sean dolosos o culposos, serán castigados de un mes a dos años en la praxis de la profesión o residencia.

**II.-** Están comprometidos a reparar los daños por las acciones que realizaron y las de sus pupilos, cuando ellos hayan actuado conforme a las instrucciones de su superior.

**III.-** Se presumirá que se actuó negligentemente cuando habiéndole sido requerido por cualquier persona se niega a proporcionar de manera

inmediata los elementos que acrediten que actuó con negligencia o evada y/o esconde cualquier dato o medio de prueba

**Artículo 229.-** por lo ya citado, se castigara y sancionara a los profesionales que brindaron atención a quien lo requiere y que este abandone los tratamientos sin alguna causa y sin previo aviso, se les notificara a la autoridad pertinente.

**Artículo 230.-** Se castigara con prisión de 3 meses a 2 años y en algunos casos multas de cien días y suspensiones, en cuestión de directores, encargados o administrativos se incurrirá en lo sig.

**I.-** Sera denegada la salida del paciente, cuando este no haya cubierto los adeudos con el hospital.

**II.-** No se permite la retención de un recién nacido sin que exista una infracción.

**III.-** No se retardara la entrega de un difunto, siempre y cuando no lo requiera la autoridad.

Por su parte los artículos 227, 228, y 229 del Código Penal del Estado establecen:

**227.-** Los médicos, cirujanos y demás profesionales similares y auxiliares, serán penalmente responsables en la práctica de la profesión, en los términos siguientes:

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

**II.-** Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus ayudantes, enfermeros, o practicantes, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos o cuando resulte un daño ocasionado con motivo de un diagnóstico evidentemente inapropiado al padecimiento, debiéndose comprender los gastos médicos y funerarios en su caso, que resulten en la comisión de este delito.

**III.-** Se presumirá que se actuó negligentemente cuando habiéndole sido requerido por cualquier persona se niega a proporcionar de manera inmediata los elementos que acrediten que actuó con negligencia o evada y/o esconde cualquier dato o medio de prueba.

**228.-** 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 o se niega a atender a una persona.

**229.-** Se sancionará con prisión de dos a seis años y multa de diez a cincuenta cuotas a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, en los casos siguientes:

**I.-** Impedir la salida de un paciente, cuando este o sus familiares lo soliciten, pretextando adeudos de cualquier índole;

**II.-** Retener, sin necesidad, a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior; y

**III.-** retardar o negar, por cualquier motivo, la entrega inmediata de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

**III.-** Cuando habiéndole sido requerido por cualquier persona se niegue a proporcionar de manera inmediata los elementos que acrediten que el doctor del centro de salud actuó con negligencia o evada y/o esconde cualquier dato o medio de prueba.

La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias, que, aduciendo adeudos o por cualquier otro motivo injustificado, retarden o nieguen la entrega de uno o varios cadáveres.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- De lo estudiado en páginas anteriores, se concluye entre otras cosas, que la realización del derecho a la salud, impone al estado la obligación de realizar a favor de cualquier titular una serie de prestaciones para satisfacer el individualismo del derecho a la salud. Por tanto se trata que el estado encamine políticas públicas que se orienten a proteger y garantizar este derecho, con la idea de proteger los derechos fundamentales y sociales de toda persona.

Por tanto, toda la gama de satisfacción se orienta a que las instituciones públicas o privadas, a través, del ejercicio al derecho de la salud, por parte de los médicos debe hacerse respetando los estándares mínimos de protección. Debemos ser conscientes que la protección al derecho de la salud debe ir de la mano con los avances tecnológicos en este campo; lo que implica que los médicos deben estar a la altura de las exigencias. Sin embargo, en los últimos años hemos sido testigos que se ha incrementado las denuncias por casos de negligencia médica.

SEGUNDA.- Ante la amenaza de la lesión al derecho de la salud, el estado, ha alzado como fin jurídico protegido a esta institución, lo que acarrea el derecho penal será quien, atreves de los jueces se determine o no la responsabilidad de un médico.

TERCERA. - Durante todo el desarrollo de la presente investigación se ha venido buscando lograr establecer una apropiada regulación, de tal manera, como consecuencia poder restituir de manera inversa la carga probatoria cuya acción de irregularidad por parte del médico sobre ellos mismos y no hacia el mismo paciente. Así mismo, todo esto representa que la institución médica es quien tiene que demostrar que en realidad no actuó de forma negligente, sin embargo, se tiene como significado que debe probarse la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad.

El médico debe demostrar que dicho procedimiento clínico realizado de acuerdo a los lineamientos que se han instaurado en la norma de la materia y cuyo deber que ante dichas diligencias su profesión médica le exige.

Todo profesional de la salud está en el deber de tener que asistir y a la vez atender a las personas que se encuentren en peligro de vida, sabiendo que el fin supremo de esta digna profesión es lograr salvaguardar la vida y salud de todo paciente, al igual que la integridad física.

Sin embargo, se logra observar que el proceder de los profesionales de la salud no sigue los lineamientos normativos que se establecen su función. El accionar no adecuado por parte de los médicos, pudiendo provocar un daño a un paciente, se le puede conocer como mala praxis médica. Así mismo, dicha mala práctica producto de accionar negativo, se enmarca en una modalidad negligente, de imprudencia e impericia, aquellas que devienen en distintos tipos de

responsabilidad que pueden atribuirles a los profesionales de la salud, pudiendo ser de tipo: administrativo, civil, penal de acuerdo con el tipo de daño causado.

Lo que nos impulsa a trabajar sobre el tema nace de distintas cosas, porque hoy en día aún sucede en algunos centros médicos como: Hospitales, centros de salud, quienes están encomendados en otorgar las fichas de consulta, diciendo: ¿Quién ha llegado primero?; pues aquellos que se encuentran golpeados, ensangrentados, accidentados y las mujeres gestantes que se aquejan, deben de esperar.

Que se logre una adecuación en la ley penal es de suma importancia, ya que los profesionales de la medicina y/o instituciones de la salud puedan tener acceso con la facilidad de poder actuar de forma diligente y así lograr demostrar medios de prueba. Por otro lado, poseen el conocimiento necesario para poder establecer que dicha información puede ser tomada como relevante en un proceso y también poder acceder a que dichos medios probatorios puedan ser factibles a las personas afectadas.

Sin embargo, las instituciones hospitalarias en primer lugar se les exigen la documentación del procedimiento médico realizado. Teniendo en cuenta que por medio de la norma de salud se logra establecer de forma obligatoria a los que prestan servicio médico ya sea de carácter: público, privado, social, integrar y preservar el expediente clínico. Así mismo, las instituciones están en la obligación de preservar el expediente médico del paciente. Por lo tanto, en muchas ocasiones las pruebas que son de relevancia médica se encuentran en posesión



de los médicos o de los centros hospitalarios, siendo así que dichos profesionales pueden tener el acceso con mayor facilidad.

Dicho de otra manera, se busca revertir la carga probatoria desde la perspectiva en materia penal, siendo de manera irregular el accionar del médico sobre ellos mismo y no hacia el paciente. Esto llegaría a significar que la entidad médica es quien debe demostrar que no se accionó de forma negligente, lo que no llegará a significar que sobre ella tendría que estar la carga de la prueba de esa manera demostrar la inexistencia de la responsabilidad.

Sobre este asunto, la responsabilidad penal médica sobre la excepción de la carga de la prueba, ya se viene aplicando en materia civil y administrativa, cuya finalidad es la reparación del daño, la responsabilidad de forma patrimonial del estado equitativamente, eximiendo de toda culpa quien recibió el actuar negligente del médico quien logre probar que dicho médico fue quien realizó los procedimientos de forma correcta y este logre probar su accionar.

Por lo tanto, si se logrará determinar una excepción en base al principio de inocencia en materia penal, lo que se busca en esta tesis es poder reconocer como se puede lograr garantizar los derechos procedimentales que al agraviado se le pueda respetar sus derechos de profesional médico y a quien se le imputa un mal accionar en su ejercicio profesional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V., & Christian, C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid : Trotta.
- Alvarez Vita, J. (1994). *El Derecho a la Salud como Derecho Humano*. Lima: Cuzco .
- Anguiano, S. S. (2012, AGOSTO 29). Récupéré sur <https://sjf.scjn.gob.mx/>
- Antonio, F. (1989). *Mail X Mail*. Récupéré sur <http://www.mailxmail.com>
- August, H. (1915). "*Die Merkmale des Verbrechens*" en *Zeitschrift Jiir die gesamte*. Berlin.
- Baratta, A. (1984). *ntegración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica en Cuadernos de Política Criminal*. Madrid.
- Barba Orozco, S. (2000). Responsabilidad Profesional Médica. *Revista Jurídica Ratio Juris*.
- Barnard Amozorrutia, A. (1994). *Guía General del archivo Histórico de la Secretaría de Salud*. México: Secretaria de Salud.
- Boeck Pulecio, D. (2010). *Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Ibáñez, .
- Borja Jimenez, E. (2011). *Curso de Política Criminal*. Valencia España: Tirant lo Blanch.
- Busto Ramírez, J. H. (1997). *Lecciones de Derecho penal, Volumen I*. México.
- Bustos Ramirez, J. (1994). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: PPU.
- Bustos Ramírez, J., & Horanzábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal, Volumen II*. Madrid: Trotta.
- Carrillo Fabela, L. M. (1998). *La Responsabilidad Profesional del Médico*. México : Porrúa.
- Carrillo Fabela, L. M. (2009). *La Responsabilidad Profesional del Médico*. México : Porrúa.
- Casabona, R. (2013). Aspectos éticos y legales en el área médica. *Revista médica la Paz*.
- Cascajo Castro, J. L. (1998). *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas.
- Chanamé Orbe, R. (2011). *La Constitución Comentada*. México : Adrus.

- Consejo Nacional de Poblacion. (1995). *La demanda de servicios de salud en México: una estimación econométrica*. México.
- Consejo Nacional de Poblacion. (2002). *Proyecciones de la Población de México 2000-2050*. México.
- Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). *Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación*. México.
- De La Cruz, A. (2004). *El Procedimiento Penal Mexicano*. México : Porrúa.
- Décima, É. (2014). *Tesis: 1a./J. 26/2014* . Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.
- Diaz, J. G. (2015). *El derecho a la salud y gestion de accesibilidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos en Mexico* . Mexico DF: Diario Oficial de la Nacion.
- Diaz, J. G. (2015). *El Derecho a la salud y la gestion de accesibilidad desde la perspectiva de los derechos humanos en Mexico*. Mexico DF.
- Diputados, C. d. (2016, Junio 16). *Camara de Diputados*. Consulté le Octubre 22, 2018, sur [http://www3.diputados.gob.mx/camara/001\\_diputados/012\\_comisioneslxii/01\\_ordinarias/055\\_salud/02\\_comision\\_de\\_salud](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/012_comisioneslxii/01_ordinarias/055_salud/02_comision_de_salud)
- Dohna, A. G. (1958). *La Estructura de la teoría del delito (traducción de la 4a. ed.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Doval Pais, A. (1996). *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*. Pamplona: Aranzadi.
- Escobar Roca, G. (2012). *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Madrid: Thomson .
- Fairen Guillen, V. (1992). *Problemas Actuales del Derecho Procesal*". México .
- Fernandez Sessarego, C. (2011). *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima.
- Fernández Sessarego, F. (2005). *La Constitución Política de Peru*. Perú: Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Garcia-Pablos, A. (1995.). *Derecho Penal Introducción*. Madrid: Universidad Complutense.
- Gisbert Calabuig, J. A. (2000). *Medicina Legal y Toxicología*. Barcelona.

- GOLDSCHMIDT, J. (1943). *La concepción normativa de la culpabilidad* . Buenos Aires : Depalma.
- Gómez Robledo, A. (1989). *Ética Nicomaquea. Política*. México: Porrúa.
- Hasemer, W. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Hernández Aparicio, F. (2012). *Las Garantías Constitucionales y los Derechos Humanos del Governado*. México .
- Hernández, M. d. (2002). *Derechos del Personal de Salud*. México.
- Hernández, P. (1997). *Las cuentas nacionales de salud*. México .
- Herrera Pérez, A. (2013). *Nuevo Sistema Constitucional de Derecho Penal*. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Hormazabal Malaree, H. (1997). *Lecciones de Derecho penal,*. Madrid: Trotta.
- Hormázabal Malarée, H. (2006). *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho*. Santiago: LexisNexis.
- Ianarella, A. C. (2000). *Canto a los 7 pecados capitales de los políticos*. Germinal.
- Janis, M. (1993). *Introducción al derecho internacional*. New York .
- Lema Añón, C. (2010). *El Derecho a la Salud: Concepto y Fundamento*. Madrid.: Trotta.
- Ley General de Salud. (1984). *Diario Oficial de la Federacion* . México .
- LISZT, F. v. (1927). *Tratado de Derecho Penal, 2 (3a. ed. en español, traducción de Luis*. Madrid : Reus.
- Madrid, M. d. (1983). *Reglamento de la ley federal de la salud*. Mexico DF: Diario Oficial de la Federacion.
- Magalhães Gomes Filho, A. (1995). *Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva*. Chile .
- Maldonado Sánchez, I. (2004). *Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal*. México.
- Mayer-Serra, C. E. (2006, 06 15). *SCIELO*. Consulté le AGOSTO 25, 2018, sur <https://www.scielosp.org/article/spm/2007.v49n2/144-155/es/>
- Mazuelos Coello, J. (1995). *Control Social y dogmática penal*. Lima.

- MEZGER, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal (traducción y notas de la 2a. edición alemana*. Madrid: Revista de Derecho.
- Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel S.A.
- Mir Puig, S. (1994). *Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del IUS PUNIENDI en El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: ARIEL S.A.
- Mir Puig, S. (1976). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona: BOSCH.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Buenos Aires: B de f.
- Monge F., A. y. (1997.). *Venta y manipulación ilegal de medicamentos. En: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Muñoz Conde, F. (1989,). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Peces-Barba Martínez, G. (1970). *El pensamiento social y político de Jacques Maritain*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*. Madrid.
- Penalistas, A. (2017, Julio 17). *Abogados Penalistas*. Récupéré sur <http://consultas-abogados.es/presuncion-inocencia-carga-prueba-proceso-penal/>
- Pérez Álvarez, F. (1991). *Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del Delito Alimentario Nocivo*. Barcelona: Praxis.
- Pérez Luño, A. E. (1991). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos S.A.
- Pizarro, S. S. (2013). *Fundamentación y estructura de los derechos sociales. Revista de Derecho, 71*.
- Plascencia, R. (2004). Mexico DF: Instituto de investigación jurídica.
- Porrás, J. S. (1993). *Responsabilidad médica en los esquemas asociativos*. COSTA RICA.
- Porrás, S. (1986). *La responsabilidad penal médica*. Costa Rica.
- Prado Saldarriaga, V. R. (1996). *Todo sobre el Código Penal*. Lima: IDEMSA.

- Queralt Jimenez, J. J. (1996,). *Derecho Penal Español Parte Especial*. Barcelona: BOSH.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua Española*. España: SPES.
- REAL, A. E. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid.
- Rodriguez López, P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Madrid: Bosch.
- Rodriguez, J. L. (2009). La prision preventiva. *Revista del instituto de ciencias politicas de Puebla*, 144.
- Roldan G, J. (1981). *Ética médica*. México: Universidad La Salle.
- Romero Apis, J. E. (2014). *29 Teoremas Constitucionales sobre la Reforma Penal*. México: Porrúa .
- Ruiz Massieu, J. F. (2002). *El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud*. México : Porrúa.
- Salas, J. F. (2013). Parametro de control de regularidad constitucional. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 2.
- Sánchez Cordero, O. (2000). *El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*. México.
- SÁNCHEZ, O. (2000). EL DERECHO CONSTITUCIONAL. *POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS*, (pp. 13-14). MEXICO DF.
- Sarmiento García, M. G. (2003). *Estudios de Responsabilidad Civil*. Colombia .
- Sebastian. (2013). 71.
- Sentis Melendo, S. (1971). *"In Dubio Pro Reo"*. Buenos Aires: diciones Jurídicas Europa América.
- Tajera, S. (2012, Junio). *Contribuciones a las ciencias sociales*. Récupéré sur [www.eumed.net/rev/cccoss/20/](http://www.eumed.net/rev/cccoss/20/)
- Trigo Represas, F. (2008). *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires : Hammurabi.
- Urrutia, A. (2010). *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- Vargas Rojas, O. (1999). *Teoría del Delito a la luz de la jurisprudencia*. Chile : Investigaciones Jurídicas.

- Vásquez, J. (2004). El derecho a la salud. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.
- Vázquez Ferreira, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires : Hammurabi.
- Vázquez Ortiz, L. (2010). *Las Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humano*. México: Porrúa.
- Velásquez, F. (1993). LA CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas.*, 286.
- Villalobos, F. (2000). *Derecho Penal Mexicano*. México : Porrúa .
- Villegas, O. M. (2000). Precedentes de la Suprema Corte. *CONAMDED*, 9.
- WEBER, H. v. (1982). "*Para la estructuración del sistema penal*" (traducción de Eugenio Raúl. Bogota.
- Zaffaroni, E. R. (2007). *El enemigo en el Derecho penal*. México.
- Zárate, J., & De los Ángeles Ríos, R. (2005). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México.
- Zertuche Muñoz, F. (1983). *El Derecho a la Salud y las Garantías Sociales*. México : Porrúa.