



¿Despenalizar los actos médicos? Una primera aproximación a partir de una perspectiva dual: Medicina y Derecho

RESEUMEN

La gran cantidad de situaciones que viven los médicos en el ejercicio “moderno” de la medicina ha generado una serie de comentarios que conllevan a meditar las repercusiones que el tratamiento jurídico aplica a los médicos involucrados en sucesos inesperados y resultados indeseables en salud que generan denuncia, demanda o queja ante los órganos oficiales de aplicación de las leyes. A estos sucesos inesperados y resultados indeseables en salud se les reconoce un origen multifactorial, pero cada una de las variables descansa sobre la base genérica de la depauperación global de la sociedad, lo que nos lleva a recordar la oración bíblica “el que no haya pecado que tire la primera piedra”. Hoy escuchamos, leemos, opinamos y algunos hasta pretendemos enseñar las pautas que se debieran seguir para evitar las graves consecuencias de la llamada “judicialización de la medicina”. Por tanto, hoy más que nunca, es exigible externar opiniones que busquen integrar, desde una perspectiva dual, las experiencias en el ámbito clínico con las vivencias en el proceso legal.

Palabras clave: actos médicos, despenalización, judicialización de la medicina.

Decriminalize medical procedures? A first approach from a dual perspective: Medicine and Law

ABSTRACT

The great number of circumstances that Medical doctors face in the “modern” practice of medicine has generated a series of remarks that lead us to meditate the repercussions of the legal approach towards MDs involved in unexpected events and undesirable health outcomes, that generate a denunciation, suit or complaint to the law enforcement agencies. These unexpected events and undesirable health outcomes have a multifactorial origin, but each one of the variables involved rests upon the generic basis of the global impoverishment of our society, which lead us to recall the biblical verse “He that is without sin among you, let him first cast a stone at her”. Today we listen, read, believe, and some of us pretend to teach the guidelines that we are supposed to follow to avoid serious consequences of the so-called “judicialization of medicine”. Therefore, today more than ever, we are required to express ideas that seek an integration of the experiences in the clinical setting and the experiences in the legal framework, from a dual perspective.

Key words: Medical procedures, Decriminalization, Criminalization of medicine.

Francisco Javier Robles-Elías¹
Domingo Peña-Nina²
Estanislao Díaz-Barriga³
Rogelio Robles-Morales⁴

¹ Ginecoobstetra certificado, licenciado en Derecho, Nogales, Sonora.

² Ginecoobstetra, licenciado en Derecho, República Dominicana.

³ Coordinador del Comité de Bioética del Colegio Mexicano de Especialistas en Ginecología y Obstetricia.

⁴ Residente de cuarto año de la especialidad de Ginecología y Obstetricia, México DF.

Recibido: septiembre 2014

Aceptado: octubre 2014

Correspondencia:

Dr. Fco.Javier Robles Elías. Av Obregon 1488-101. Col. Moderna. CP: 84055 Nogales Sonora México. Correo electrónico: javierrobleselias@gmail.com

Este artículo debe citarse como

Robles-Elías FJ, Peña-Nina D, Díaz-Barriga E, Robles-Morales R. ¿Despenalizar los actos médicos? Una primera aproximación a partir de una perspectiva dual: Medicina y Derecho. Ginecol Obstet Mex 2014;82:828-838.



La gran cantidad de situaciones que viven los médicos en el ejercicio “moderno” de la medicina ha generado una serie de comentarios que conllevan a meditar las repercusiones que el tratamiento jurídico aplica a los médicos involucrados en eventos inesperados y resultados indeseables en salud que generan la denuncia, demanda o queja ante los órganos oficiales de aplicación de las leyes. A estos eventos inesperados y resultados indeseables en salud se les reconoce un origen multifactorial, pero cada una de las variables descansa sobre la base genérica de la depauperación global de la sociedad, lo que nos lleva a recordar la oración bíblica “el que no haya pecado que tire la primera piedra”.¹ Hoy escuchamos, leemos, opinamos y algunos hasta pretendemos enseñar las pautas que se debieran seguir para evitar las graves consecuencias de la “judicialización de la medicina”.² Por tanto, hoy más que nunca, es exigible externar opiniones que busquen integrar, desde una perspectiva dual, las experiencias en el ámbito clínico con las vivencias en el proceso legal.

El acto médico, con sus actuales connotaciones legales, es tema predilecto de todos los escenarios donde se habla de medicina. La posición del profesional de la salud está en el mar de la incertidumbre; por un lado desconocemos la intrincada trama jurídica y, por otro, con ligereza académica nos situamos en la posición de legisladores, abogados litigantes y jueces. Esto es natural y, para nada criticable; los afectados somos los profesionales de la salud. Nuestra familia, el honor, el prestigio, el trabajo y hasta nuestra libertad están en entredicho. Por ello afirmamos que el ejercicio profesional de la clase médica es digno de mayores consideraciones y sosiego, pero también necesita de un análisis tan cuidadoso como lo hacemos en el ejercicio de nuestra función asistencial.

Debemos admitir que nuestra respuesta, como grupo, ha sido claramente insuficiente. Los médicos, por la naturaleza de nuestra profesión y por

el sentido de nuestras actividades académicas, envueltos en el cumplimiento de la obligación prístina de curar, aliviar o consolar a nuestros pacientes, relegamos a un segundo plano la preocupación e inquietudes que debe generarnos la incertidumbre de las formas para evitar el oprobio que significa someterse ante instancias judiciales o administrativas, como resultado de una acusación errónea, falsa o, lo que es peor, con intenciones perversas.

Las respuestas a estas inquietudes parecen muchas y todas merecen un estudio detallado, pero la tarea no es fácil porque en ellas concurren múltiples factores controversiales y su análisis no es el objeto de esta comunicación. Sin embargo, consideramos oportuno plantear de manera enunciativa y sucinta, las posibilidades con que cuenta el médico en la actualidad para protegerse de la amenaza que constantemente pende sobre su cabeza, cual espada de Damocles:

1. Medicina defensiva.
2. Trabajo en las legislaciones para su reforma, con especial énfasis en la llamada “despenalización del acto médico”.
3. Preparación académica intensa, activa, y eficaz.
4. Aplicación de medidas preventivas para evitar el conflicto médico legal.

El listado no es caprichoso, sino que tiene la intención de plantear lo que desde nuestra perspectiva transcurre, partiendo de lo menos conveniente hasta la mejor alternativa para el logro de los objetivos buscados.

Medicina defensiva

La definición teórica de este vocablo compuesto no ofrece dificultades y data de 1978, cuando Tancredi³ propuso qué debemos entender por

medicina defensiva: “El empleo de procedimientos diagnóstico-terapéuticos con el propósito explícito de evitar demandas por mala práctica”, y Paredes Sierra⁴ definió como: “los cambios en la práctica del médico para defenderse de controversias y demandas por juicios en su ejercicio profesional”, a lo que Sánchez González⁵ agrega “La aplicación de tratamientos, pruebas y procedimientos con el propósito principal de defender al médico de la crítica y evitar controversias, por encima del diagnóstico o el tratamiento del paciente”. De estas disquisiciones y otras similares se infiere que las mismas se refieren a decisiones de los médicos que no tienen como sustento el conocimiento científico, ni elementos de medicina basada en evidencia, y tampoco se basan en la experiencia clínica. Sus razones emergen del sentido común ante la observación cotidiana del fracaso vigente de las instituciones de impartición de justicia y del desconocimiento total de nuestros legisladores de que la salud es un atributo sin el cual los humanos nopodemos ser gobernados. Olvidan el proverbio latino *Salus populi suprema lex est*, traducido fácilmente como “la salud del pueblo es la suprema ley”.⁶

El origen reconocido de esta práctica común se encuentra en Estados Unidos, país que desde 1960 sufre cada vez con mayor severidad sus consecuencias, matizadas con la especialización de la medicina y la modernización de la tecnología. Ambas variables favorecieron una real transformación en las expectativas de curación y de vida de nuestros pacientes, que jamás significará, como se pondera en los tribunales, que los médicos somos señores de la vida y la muerte, simulando a la tradición del vudú haitiano del Guede.⁷

Fuentes diversas⁸ denotan una alta prevalencia de acciones calificadas como de “medicina defensiva”. Así, por ejemplo, en Pennsylvania los resultados de una encuesta realizada a 824 médicos de seis especialidades denominadas de

“alto riesgo” para el conflicto, evidenciaron que 93% de 65% de los médicos que respondieron las preguntas elaboradas, informaron realizar actos catalogados con ese calificativo. Se atribuyó un valor de “garantía de conducta” ante la demanda. Las respuestas más frecuentes se ubican en: solicitud de exámenes, realización de procedimientos de diagnóstico, y referencia para consulta a otras especialidades (92%) sin fundamento médico. Coincidentemente, el más reciente acto de defensa, reportado en 43% de los encuestados, consistió en el uso de tecnología de imágenes en circunstancias clínicamente innecesarias.

Otra actitud, también grave, notoriamente opuesta a los principios médicos, consistió en evitar procedimientos en los pacientes percibidos como “más propensos” al litigio o, bien, evadir involucrarse en el tratamiento de pacientes con problemas médicos complejos. Además, 42% de los encuestados afirmó adoptar medidas para restringir su práctica en los últimos tres años, incluida la eliminación de procedimientos proclives a complicaciones, como la cirugía de trauma.

En México, Sánchez González y su grupo,⁹ en el año 2005, como resultado de un excelente estudio transversal, observacional y descriptivo con 613 médicos incluidos en la muestra estadística reportaron que la actitud defensiva es alta. En síntesis, y sin demérito de las variantes del método de estudio como el subregistro, se cuantifican hasta en 61.3% de conductas defensivas, siendo “no defensivas” tan solo 38.7%. Pero nueve años después, en la actualidad (2014), el aumento de estas prácticas ha sido significativo y aunque esté pendiente de comprobarse con el uso de la metodología de investigación, seguramente está muy cercano al 100%.

Las repercusiones económicas de la práctica de este tipo de “medicina defensiva” son imposibles



de estimarse. Por citar algunas cifras,¹⁰ en EUA los reportes son tan discordantes que van desde los 35.6 mil millones de dólares hasta el estudio realizado por el Centro Nacional para el Análisis de la Política de los Estados Unidos (NCPA; Dallas, TX, EUA) donde se calculó que el costo anual de la medicina defensiva osciló entre 100 mil millones y 178 mil millones de dólares en 2005. En México, Tena reporta un incremento en general del costo económico de la atención de 7.9% anual dependiendo del país.¹¹ Por ende, si el factor económico fuera la única razón, *que no lo es*, resulta totalmente exigible un cambio, so pena de caer en una inalcanzable espiral inflacionaria de gastos, en la cual los recursos serán insuficientes siquiera para cubrir las necesidades primarias en salud de los mexicanos.

En oposición a los efectos de la medicina defensiva se ha propuesto el término de “medicina asertiva”, y a su favor se argumentan con algunas naturales controversias los *principios de precaución y de prevención* aplicables especialmente a situaciones ambientales al futuro. Sin embargo, el médico, con fundamento en el tratamiento jurisdiccional y administrativo actual del conflicto, ha interpretado como una necesidad, que estos dos principios, insisto, de precaución y prevención, se acompañen siempre de manera obligada de cuantiosas acciones calificadas como “medicina defensiva”, desplazando la tradicional ética Kantiana para ubicar la protección personal y familiar como su primer deber. Y esta tendencia ascendente, advertida o inconsciente, no resulta exclusivamente de la falta de preparación médica, sino que significa una manifestación de aprehensión y temor a los conflictos y la consecuencia de factores múltiples hasta hoy atribuidos exclusivamente al personal sanitario.

Sus repercusiones son fenomenales, pero las respuestas para resolverlas con la práctica de la medicina asertiva, no pasan de ser un catálogo de buenos deseos. Leemos contribuciones que

representan la opinión de instituciones como la CONAMED, y otras de excelente contenido¹² con propuestas interesantes y hasta necesarias, pero inaplicables bajo las condiciones actuales de la práctica médica. Las sugerencias internacionales para eliminar, o al menos limitar las prácticas de la medicina defensiva,¹³ son varias y la mayoría de los médicos estamos de acuerdo con todas, pero son inalcanzables, mientras las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las Comisiones de arbitraje y, recientemente, de nuestros altos tribunales¹⁴ sigan pronunciándose en contra del médico por la ausencia de un “examen”, “estudio” o “interconsulta” atribuido como razón de incumplimiento de un deber de cuidado médico. El Estado, con sus exigencias pueriles de interpretación de la ley, ha entrado al camino de cargas económicas no presupuestadas, que de no revertirse, se tornarán, simplemente, en obligaciones sanitarias inalcanzables.

Preparación académica intensa, activa y eficaz

La comunidad médica, en general, y por voz de distinguidos maestros, reconoce que la preparación y superación académica constituye nuestra mejor respuesta a la “judicialización de la medicina”, lo que es totalmente cierto, pero también rotundamente insuficiente. Para nuestra mala fortuna, la mayor parte de los conflictos médico-legales tiene su origen en pretensiones distintas a lo estrictamente médico. Un gran número de demandas, denuncias o quejas se establecen en contra de médicos con un alto nivel académico, provistos de habilidades quirúrgicas extraordinarias. Alienta que los estudiosos del tema reportan que más de 70% de las veces la resolución es favorable al médico, con pruebas de suficiencia académica. Otros, como la CONAMED,¹⁵ fuente primaria por excelencia de estos datos en México, ha reportado en relación con los “errores médicos”:

“... su reconocimiento y modificación se ha visto reflejado en las estadísticas de instituciones como

la CONAMED en donde la proporción de casos con mala práctica en 2001 que era de 70%, se ha modificado a sólo 28% en el presente año."

Pero, en la práctica diaria, el sistema de salud mexicano, los recursos económicos disponibles, la naturaleza biológica de la enfermedad, donde no hay enfermedades sino enfermos, y un sistema jurídico que genera la creencia *a priori* de que se obtendrán resultados favorables a quien demanda por un acto médico, hacen que la decisión final de promover un conflicto médico-legal, dependa más de quien se considera afectado, sin considerar el nivel académico del profesional involucrado y, en muchas ocasiones, la decisión de demandar o querellarse contra un médico, ni siquiera es el resultado de la voluntad inicial de la parte que se considera afectada.

Esto no significa que se ubique al estudio y la actualización continua en planos de menor jerarquía, sino que, por el contrario, los consideramos un derecho y obligación de todo profesional de la salud. Sin embargo, debemos recordar que la decisión de iniciar un conflicto médico-legal no depende de la voluntad del médico, sino de quien se dice afectado y... de su abogado patrono. De cualquier forma, al final, los diplomas, certificados, grados académicos, constancias, etc., se erigen como los únicos elementos que ayudan al juzgador a evaluar la suficiencia académica, pericia y capacidad resolutoria del médico implicado, si bien inciden solo parcialmente en la interpretación y aplicación de los cuerpos normativos utilizados para determinar una resolución condenatoria o absolutoria.

Trabajo en las legislaciones para su reforma, con especial énfasis en la llamada "despenalización del acto médico"

Vale la pena iniciar este apartado remarcando lo que doctos en el tema afirman: "En una época en la que la doctrina jurídica reclama el máxi-

mo respeto a la ley, el concepto condensado en la fórmula *salus populi suprema lex est* resulta instrumentalmente útil para fundar la necesidad de apartarse del ordenamiento vigente, sea para crear algo nuevo, sea para destruir una parte del viejo orden... se facilita la posibilidad de cambios substanciales en la legislación y, mediando ciertas circunstancias, legitima la transgresión".¹⁶

La alternativa es altamente deseable y constituye una especie de sueño idílico de muchos médicos mexicanos. Existen verdaderos intentos para lograr esta "gran reforma" encabezados por las personas que nos debatimos entre la salud, la enfermedad y la muerte, con la percepción de que la espada de Damocles yergue sobre nuestras cabezas. Hidalgo, Colima, Baja California, Guanajuato, son Estados que trabajan en este sentido. Un ejemplo representativo lo encontramos en este último Estado, donde en el 2002 se promovió con tristes resultados una reforma de la Ley penal en este sentido.¹⁷

El intento es muy loable y debemos apoyarlo con todas nuestras fuerzas, pero viabilizarlo resulta extremadamente difícil. Para lograrlo se requiere tenacidad, tiempo, conocimientos y, porque no decirlo, "influencias". Desafortunadamente tenemos que empezar logrando que se reconozca lo inadecuado de la ley vigente para su aplicación a los actos médicos. Lamentablemente, debemos reconocer que, un factor negativo que representa un obstáculo a la voluntad de reformar a favor del médico las actuales disposiciones legales, lo constituye la existencia de colegas que incumplen con los principios éticos y profesionales que deben de caracterizar al médico.

Los contras y favores de esta opción son dignos de considerarse y se exponen de manera esquemática para facilitar su comprensión, sin dejar de considerar que por su misma naturaleza son puntos que al final del camino deben de integrarse o fundirse en uno solo.



La RAE define el vocablo “despenalizar” como verbo transitivo, otorgándole el significado léxico de “*remover la clasificación de delito o falta de una acción o conducta*”.

Siguiendo esta definición y nuestros genuinos deseos, se buscaría que el acto médico bajo ninguna circunstancia pudiera considerarse poseedor de los atributos que la ley le confiere a los delitos. Alcanzar este objetivo sería magnífico, pero tiene importantes objeciones en el derecho, ya que la salud y la vida son bienes tutelados por el Estado de gran alcance y, evidentemente, su quebrantamiento merece el máximo reproche social. La despenalización del acto médico se puede lograr, pero... se requiere de un real trabajo de investigación doctrinaria, de derecho vigente, de derecho comparado y de las opiniones de nuestros altos tribunales (SCJN), a fin de lograr una argumentación y fundamentación contundente desde la perspectiva no solo médica, sino también jurídica, que impacte en el pensamiento y en la acción de los “hacedores de leyes”.

Al final del camino todos estaremos de acuerdo que bajo la óptica del Derecho, el ejercicio de la Medicina tiene apariencia delictiva y los pasos para remover de nuestros códigos penales las figuras delictivas aplicables a los actos médicos tendrían que incluir figuras como el homicidio,¹⁸ las “lesiones”, y otros en los que bajo las leyes actuales, siempre estamos en posibilidades de ser denunciados. La oposición será grande, y los principales obstáculos serán los mismos congresistas, pero también los juristas, que por vocación no conciben la figura de los autores de los actos médicos como exonerables de responsabilidad penal.

El efecto de esta despenalización manejada en sentido lato, produciría que todos los actos médicos se instruyan en el ámbito civil o, bien, el administrativo, quitando la posibilidad de discu-

sión en el recinto penal. Es decir, todo conflicto derivado del acto médico no admitiría el calificativo de “delictivo” y tendríamos que pugnar para que esta lucha se libre por la vía civil, donde solo se discutiría la reparación del daño económico a manera de indemnización, restituyendo en dinero lo que jamás podría volver al estado en el que se encontraba antes de ejecutarse el acto médico. La diferencia fundamental es muy clara: en el ámbito civil la resolución judicial en contra del médico se limita a la reparación del daño desde el punto de vista económico, mientras que en el ámbito penal se pone en juego también la libertad y el ejercicio profesional derivado del reproche que la sociedad hace a los actos que se apartan de la normatividad.

Sin embargo, la alternativa de la despenalización de los actos médicos tendría que manejarse por una o ambas de las siguientes dos vías:

Reformar el Código Penal, exclusivamente en un artículo 3.2: reformar la Ley General de Salud

Alternativa ideal, pero no como la conseguida en el Estado de Hidalgo, donde con gran esfuerzo lograron un cambio relevante, pero... sobrelorado por nuestro gremio, puesto que después del análisis cuidadoso termina en un lacónico “*más de lo mismo, pero revuelto*”.

La reforma tendría que recaer en el artículo 15 del Código Penal Federal que en su Capítulo IV, intitulado con el discutido nombre de “Causas de exclusión del delito”¹⁹ describe VII fracciones. Estas causas de exclusión del delito son situaciones de hecho que consideran el resultado material (muerte, lesión o evento inesperado en salud) como delito, pero que por sus variantes de ejecución no merecen ninguna de las penas que la misma ley provee.

Agregar una fracción, la VIII, a este artículo 15, con un texto igual al siguiente sería de beneficio formidable:

Causas de exclusión del delito:

VIII. Que la acción o la omisión considerada como delictiva sea el resultado de la ejecución de actos médicos o

IX. Se produzca un resultado típico como consecuencia de los actos médicos ejecutados por profesionistas en medicina legalmente autorizados para el ejercicio de su profesión o, bien, como ha sido propuesto, adicionar un inciso al mismo artículo 15, fracción III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

d) Tratándose de acto médico no existirá delito si en el consentimiento expreso y documentado se estableció que se podía presentar la complicación motivo de la denuncia o querella, o de la pérdida de la vida.

Esta sola adición al *Código Penal Federal* tendría efectos impactantes. Sería discutida, pero absoluta. Todos los abogados de descargo la utilizarían exitosamente con razón suficiente para que, una vez instalada la denuncia ante la institución del Ministerio Público, fuera desechada por improcedente.

Reformar La Ley General de Salud

La propuesta original proviene de la iniciativa con proyecto de decreto instrumentada por el C. Senador Toledo Infanzón, que sugirió reformar y adicionar el artículo 77 bis de esta Ley.

En concreto, se propone elevar al grado de derecho inobjetable para el paciente y obligación ineludible para el profesional sanitario por ministerio de Ley a... (sic)

En la doctrina: "eximentes de responsabilidad penal" o "excluyentes de incriminación". (Gar-

cía Ramírez Sergio. "La responsabilidad penal del médico". 2a ed. México: Porrúa, 2006; 249 y ss)

V. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto a la atención de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos, sustentados en bibliografía médica actualizada, que se le indiquen o apliquen;

IX. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos. Cuando el riesgo del acto médico autorizado se encuentre descrito en la carta de consentimiento previamente aceptada por el usuario, constituirá la exclusión de responsabilidad a que se refiere el artículo 15 fracción III del Código Penal Federal.

La lectura de la propuesta es sensacional y parece no aumentar mayores comentarios. Sin embargo, en el ámbito del debate es correcto resaltar los puntos que ubican a la propuesta como deseable, pero impráctica para el sistema de salud mexicano.

En primer término, la exclusión de responsabilidad penal se dará, únicamente, si existen en el célebre "consentimiento informado" los requisitos que lo hacen tener validez jurídica para transformarlo en "consentimiento válidamente informado". Esta doctrina del consentimiento informado no es un imperativo médico y tiene su origen en axiomas legales; pero, además, no ha sido bien acogida. Algunos, incluso, la conciben como de imposible ejecución y en la mayoría de nuestros hospitales se realiza como un "acto administrativo", siendo su naturaleza de índole jurídica, no asistencial.

El consentimiento informado debe realizarse siempre, aun con sus numerosos defectos prác-



ticos, que lo hacen tema de debate intenso. Su pobre entendimiento por los médicos, los mismos jueces y aun por los eruditos, tendrá como efecto transportar el asunto de los deberes de cuidado a un requisito que no guarda relación con el conocimiento y las habilidades de los médicos, pero además que sus cualidades de “suficiente, clara, oportuna y veraz” son descriptivas de alto contenido exegético, donde las diferencias en su contexto son la regla. Expresado de otra manera, lo que para unos es suficiente, para otros será no solo escaso, sino deficiente; lo que para algunos será claro, para otros resultará inentendible; y lo que para los profesionales de la salud será exactamente veraz, para los que se dicen afectados será mentiroso y tendencioso.

Sin embargo, aunque son lo deseable, en el estado actual de la vida jurídica mexicana, las propuestas descritas suenan como una utopía. Lamentablemente dependen de terceros con una opinión distinta a la nuestra y de algunos colegas de tendencias distintas, que apoyan la penalización del acto médico, en lugar de promover el respeto de los principios reconocidos para evitar la repetición de los eventos inesperados o los resultados indeseables en salud. Con los elementos anteriores surge la necesidad de seguir buscando, hasta encontrar, alternativas distintas que nos separen ostensiblemente de la normatividad vigente con reformas de menor calibre para los legisladores, pero de gran trascendencia para el ejercicio profesional, a fin de evitar seguir cayendo en este progresivo y posiblemente ya irreversible camino del deterioro en la función asistencial, por temor a la aplicación de las leyes y no a los retos de la enfermedad misma. Es decir, si actualmente no es posible lograr el objetivo de “despenalizar” el acto médico con las anteriores propuestas tendremos que trasladarnos a otros artículos del mismo Código Penal que generen un escenario digno para el sistema mexicano de salud.

Reformar el Código Penal Federal en su capítulo de responsabilidad profesional y su correlativo artículo 60

Ahora bien, nuestro *Código Penal* distingue los delitos dolosos de los culposos (Artículo 9). Los primeros son aquellos donde conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado, se quiere o acepta el resultado descrito por la ley; en nuestro caso, muerte o daño a la salud. Por otra parte los segundos, los culposos, son aquellos donde se produce el resultado, que no se previó siendo previsible, o se previó confiando en que no se produciría, o bien, en casos de impericia o falta de aptitud, hoy englobados todos en la voz “falta de deber de cuidado médico”.

Así, los delitos culposos que no son calificados como graves, tienen el beneficio de someter al presunto culpable al procedimiento penal en libertad, garantizando siempre a juicio del juzgador, que no se sustraerá de la acción de la justicia, se garantice la reparación del daño y cumpla con las obligaciones a su cargo. La diferencia entre uno y otro salta a la vista: la intención de causar o no el resultado típico. Los médicos por la naturaleza de nuestros actos, jamás buscaremos intencionadamente causar la muerte o un deterioro en la salud de nuestros pacientes, mientras que en ocasiones sí podremos provocar estos efectos por falta de un deber de cuidado como lo contemplan las leyes.

La reiteración es pertinente: en el caso de los delitos culposos, la intención de causar un daño no existe; sin embargo, la legislación actual establece la posibilidad, por falta de claridad en el texto, de que los actos médicos puedan catalogarse como delitos graves y, lo que es peor, calificarse como dolosos.

Nuestro Código Penal Federal contempla un capítulo especial para la responsabilidad pro-

fesional (Arts. 228, 229 y 230) y el artículo 60 establece con claridad que en los delitos culposos tendrán como condena:

... hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, [...] Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

En el segundo párrafo del mismo artículo se enlistan de manera taxativa los artículos de la ley que serán sancionados como delitos culposos, sin embargo, en ese listado no se incluyen los actos médicos. La propuesta en este sentido recae en adicionar a este numeral el artículo que habla de la responsabilidad profesional, específicamente el número 228, para quedar de la siguiente manera:

[...] Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 228, 20 290, 291, 292, 293, 302, [...]

Además, en este rubro de responsabilidad profesional deberá adicionarse un bis y un ter al artículo 30 para quedar como sigue:

Artículo 230 bis. En el supuesto de que un médico se ostente con una especialidad no validada legalmente, la punibilidad señalada en el artículo 194 fracción I se aumentara en una mitad.

Artículo 230 ter. Los delitos contemplados en este capítulo ejecutados por profesionales sanitarios legalmente autorizados para el ejercicio de su profesión por su naturaleza no son delitos graves, no son el resultado de premeditación ni causados con alevosía, ventaja o traición y son tributarios de las sanciones contempladas para los delitos culposos.

El efecto del 230 bis se infiere con facilidad: desmotivar la ostentación ilegal de una especialidad y coaligarse con los diputados en sanciones para los médicos que ejercen sin el reconocimiento formal de su especialidad. Mientras que el resultado del 230 ter, es de gran trascendencia, puesto que dicta indudablemente que los actos médicos catalogados como supuestamente delictivos no son "graves", con ello el proceso se desarrollará sin privación de la libertad.

Reformar el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 399

El numeral citado textualmente ordena los requisitos que por ley deben cumplirse para que el médico implicado sea puesto en libertad para continuar el proceso que marca la Ley. El texto ordena:

Todo inculpado tendrá derecho, durante la averiguación previa o el proceso, a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

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

II. Que garantice las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele.

20 ART 228. CPF: 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:



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

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.

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

La propuesta concreta consiste en lograr la adición de una fracción, la V, con el texto siguiente:

V. Que se trate de los delitos contemplados en el artículo 228 (Responsabilidad profesional)

Es decir, los delitos causados por los médicos legalmente autorizados para el ejercicio de su profesión.

O bien, una adición similar a la siguiente, relativa a la aplicación de las sanciones por delito culposo:

Cuando por motivo de un acto médico se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, o la pérdida de la vida, no se impondrá pena privativa de libertad, sólo procederá la reparación del daño, siempre que el profesional no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacentes, psicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares.

Otras opciones

Desde luego que existen otras opciones que podrán sumarse a las anteriores, como aquella que

propone reformar las leyes relativas a los medios alternos de solución de conflictos, vigentes en algunos Estados de la República.²¹

También se ha afirmado, por los mismos profesionales de la salud, que el Conflicto Médico Legal no podrá detenerse mientras no exista una manera legal de “castigar” a quien, haciendo uso de la Ley, pretenda alguna suerte de enriquecimiento ilícito, fundamentado en una pretensión mentirosa, proponiendo entonces la contrademanda. La idea es plausible y en algunos países como España se discute la posibilidad de contratar en algunas pólizas de responsabilidad civil profesional la llamada cobertura de “contra-demanda”, lo que también, recientemente, se ofrece en corporativos que ofrecen servicios de protección jurídica.

La propuesta es loable y muchos la compartimos, pero parece una opción sumamente difícil de lograr, pues en materia penal no tiene lugar. Está vigente en el ámbito civil, pero posee presupuestos procesales imposibles de cumplir en el Conflicto Médico Legal, al momento de contestar la demanda inicial.

La contrademanda o técnicamente llamada “reconvencción” provoca que el juicio sea “doble”; por un lado, el que demanda se convierte en demandado, y el inicialmente demandado se transforma en demandante. En este supuesto, en la “contrademanda”, que debe contener los mismos elementos de la demanda inicial, el “reconconvencionista” (quien la promueve) debe exponer con toda claridad sus pretensiones y, para fines prácticos éste NO es el momento procesal de señalarlas.

Muy distinto es que el médico involucrado en el conflicto decida activar sus derechos procesales cuando pueda demostrar los daños causados a su honor, reputación y economía después de obtener la sentencia absolutoria. Es decir, no se trata de una contra demanda, sino de una nueva

demanda, tomando como elemento base de la acción la sentencia a su favor y con los elementos probatorios de los daños y perjuicios sufridos durante todo el proceso inicial.

Por último, no es vano recordar que toda la legislación constituye un conjunto de normas QUE NO DEBEN interpretarse en base a un artículo aislado. De ello resultan variables y siempre estaremos sujetos a lo que dicen el resto de los artículos de la misma Ley penal, de otras leyes, y desde luego, del resto de la normatividad, incluyendo el texto constitucional y los criterios de nuestros altos tribunales.

Aplicación de medidas preventivas para evitar el conflicto médico legal²²

Lo escrito en los párrafos anteriores es digno de análisis y estudio y amerita el enriquecimiento de todos los interesados, sin embargo, en vía de mientras y para todas las actividades médicas, lo que se puede hacer "ahora" es modificar nuestro entorno asistencial otorgando a los actos médicos la protección que la judicialización de la medicina exige. La propuesta no trata de cambiar el ejercicio de nuestra profesión, sino que consiste en hacer las adecuaciones que la dinámica social moderna exige. La propuesta es viable, económica, actualizada y depende únicamente de la decisión personal con la que además, se logra hacer mejor lo que estamos haciendo bien.

REFERENCIAS

1. Evangelio de San Juan: 8:7.
2. Robles E. FJ. Prevención del Conflicto Médico Legal. México: Nieto editores, 2011;4 y ss.
3. Trancredi LR. The problem on defensive medicine. Science 1978;200(4344):879-82.
4. Paredes-Sierra R, Rivero S.O. Medicina Defensiva. Arbitraje Médico. Análisis de 100 casos. México: JGH Editores, 2000;89-91.
5. Sánchez González JM, Tena Tamayo C, Campos Castolo EM, Hernández Gamboa LE, Rivera Cisneros AE. Medicina defensiva en México: una encuesta exploratoria para su caracterización. Cir Cir 2005;73:201-208.
6. Marco Tulio Cicerón (106 - 43 aC) Retomado por Gustav Radbruch: (1878-1950). Filósofo Alemán lusnaturalista que estableció cuatro análogos de los cuales el primero es: que la salud del pueblo sea la suprema ley. Su obra filosófico-jurídica ha recobrado importancia precisamente donde son necesarias las respuestas del derecho ante casos de grave injusticia. Lema que se encuentra escrito en el frontispicio del ministerio de salud publica en Asunción, Paraguay.
7. Familia de los espíritus del vudú haitiano que encarnan los poderes de la muerte y la fertilidad. En <http://mitologiacaribena.idoneos.com/index.php/29791> 2. Fecha de consulta: 1 de agosto 2014.
8. Studdert D, Mello MM. Defensive Medicine among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment. JAMA 2005;293:2609-2617.
9. Op cit p2. Medicina defensiva en México: una encuesta exploratoria para su caracterización. Cir Cir 2005;73:201-208.
10. Washington Health Policy Week in Review. Medical Liability Cosfs Estimated at \$55.6 Billion Annually. September 13, 2010// Mello M. Michelle et al. National "Cosfs Of The Medical Liability System". Health Affairs. <http://content.healthaffairs.org/content/29/9/1569.abstract>. (Consultado el 2 de enero de 2011)
11. TenaTamayo C, Casa Madrid O. Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario. México: Alfíl, 2008.
12. Leal FG, Martínez SC. El médico contemporáneo: Corazón de las políticas de salud del nuevo siglo. El Cotidiano 2001;18104-115.
13. The Medical Injury Compensarion Reform Act (MICRA). Estado de California, 1975 // Thorpre KE. The Medical Malpractice Crisis: Recen Trends And The Impact Of State Tort Reforms. Health Affairs. Health Tracking Trends. Web Exclusive, 21 Enero 2003.// "Health Care at the crossroads: Strategies for Improving the Medical Liability System and Preventing Patient Injury". Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JACHO), 2005.
14. Décima época. Tesis: Aislada Fuente: SJF y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1 Materia(s): Civil mala práctica médica. diagnóstico erróneo como elemento para determinar su existencia.
15. www.conamed.aob.mx. "Reporte de error resultado del acto médico". Fecha de consulta: Abril 13 2009.
16. Sánchez de la Torre A. El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*. Universidad Complutense. <http://revistas.ucm.es/fil/11319062/articulos/CFCL9797120039A.PDF>. Fecha de consulta: Abril 23, 2013 Comunicación Personal. Dr. y Lic. Roberto Manzano.
18. CPF: Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.
- 22 Robles EFJ. Prevención del conflicto médico legal en Ginecología y Obstetricia. México: Nieto editores, 2011.