

**MÉDICO - LEGAL**

Vol. 42. Supl. 1 Julio-Septiembre 2019  
pp S113-S122

## La denuncia penal y la restauración del derecho humano

Magistrado Mario Salvador Garnica-Leyva\*

\* Magistrado Penal del Tribunal Superior de Justicia de Chihuahua.

El mundo contemporáneo sólo puede verse a la luz de los llamados derechos humanos.

- ¿Qué son los derechos humanos?..
- ¿Son privilegios que el Estado Mexicano concede a los mexicanos?
- ¿Son las atribuciones que los legisladores dejan inscritas en las leyes?
- ¿Son obligaciones que cualquier autoridad debe respetar?
- ¿Son los derechos que las personas tenemos por el sólo hecho de ser personas?
- ¿Y cuáles son los derechos humanos?
- ¿Se refieren a la vida?
- ¿Se refieren a la educación?
- ¿Se refieren a la libertad?
- ¿Se refieren a los derechos de los grupos LGTBA?
- ¿Se refieren a la salud?
- ¿Se refieren a la justicia?
- ¿Se refieren a la libertad de trabajo y libre ejercicio de la Anestesiología?
- ¿Se refieren a la reparación del daño de la víctimas de un delito?
- ¿Se refieren a la indemnización por calumnias y difamación en caso de denuncias falsas o incomprobadas?

La ONU ha tratado de definir los derechos humanos como aquéllos que tiene cualquier persona por el sólo hecho de ser persona. De aquí entonces que podría entenderse:

- Que tiene derecho a la vida el ser concebido, no nacido pero viable.
- El niño por lo que tiene que ver con su libre desarrollo psíquico-sexual.
- La mujer embarazada a una maternidad libre, voluntaria y responsable.
- ¿A creer o no en un Dios supremo?
- ¿A que no se maten animalitos o árboles o se contaminen aguas o aire?

- ¿La persona transgénero a cambiar su acta de nacimiento y documentos personales?
- ¿De las personas a vivir en pareja homoparental?
- A desconocer la paternidad del hijo nacido en matrimonio a fin de que el menor pueda conocer a su verdadero padre biológico.
- A ser adoptado el menor, por personas del mismo sexo; *Del paciente a determinar cuál sería el tratamiento médico o anestésico* que más le acomode, siempre y cuando no se ponga en riesgo su salud.
- Del paciente y médico al *derecho a la verdad del hecho, del debido proceso, al acceso a la justicia y a la reparación del daño*.

En efecto, el marco legal mexicano se ha decantado a partir de junio de 2011 para ajustar los ordenamientos legales y actos que puedan llevar implícita una molestia (legal), como invasión a derechos de la persona, familia, propiedades, posesiones o ejercicio del derecho al ejercicio de las profesiones (abogados, profesores, médicos, etcétera).

Así, en el artículo 1º de la Constitución Federal se establece en lo modular:

*Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Puede entenderse *a priori* que los derechos humanos son los que se encuentran en:

1. La Constitución Mexicana.
2. Los tratados internacionales de los que México sea parte.

De manera ampliada, se tiene que decir que los derechos humanos tienen su fuente en aquellos reconocidos por la

ONU, a su vez replicados por la OEA y otros organismos como Tribunales Internacionales, la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (jurisprudencia internacional), que son la interpretación de derechos humanos y son *vinculantes* para todos los estados y autoridades que imparten justicia.

La Suprema Corte de Justicia de México es un órgano interpretador de los derechos humanos en casos concretos y sus determinaciones igualmente son *vinculantes* para los juzgadores en general.

Las características de los derechos humanos son:

- Universalidad,
- Interdependencia,
- Indivisibilidad, y
- Progresividad.

Una consecuencia al hacer valer o invocar los derechos humanos es que *todas las autoridades* deben no sólo estudiarlos, sino:

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*

A esto se le denomina *ex officio*.

Además de ser de observancia obligatoria, en caso de que estén en juego *dos derechos humanos* (en apariencia opuestos), se debe optar por el que dé *mayor protección a la persona*, a esto se le llama *pro-persona* y la misma constitución lo señala en el mismo artículo 1º, cuando refiere:

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

En una fórmula simplificada, podemos decir que:

Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y progresivos. Todas las autoridades están obligados no sólo a respetarlos, sino a promoverlos y garantizarlos de manera *ex officio* y *pro-persona*...

Lo anterior tiene especial relevancia porque, todos los días, los médicos pueden enfrentar un escenario de conflicto aparente entre el ejercicio de su profesión con el ejercicio del derecho humano de un paciente.

Un día, un médico forense varón recibió la orden del Ministerio Público para revisar a una paciente niña por una probable violación. La madre de la menor quiso estar presente,

pero el médico le dijo que esperara afuera... *fue demandado por revictimizar a la menor.*

Otro día, a un médico le toca estar de guardia en un hospital religioso, la policía le lleva a una mujer que se dijo violentada sexualmente y presentaba una hemorragia al parecer en región vaginal y al preguntarle el nombre de la paciente dijo llamarse «*Kimberly*» y al proceder a auscultarla se dio cuenta de que era transexual y, por ende, no va con los valores rectores del hospital y es «*no aceptado*».

Atención con esta historia:

*En un hecho sin precedentes, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinará si fue legal que el DIF del estado de Chihuahua haya tomado la tutela de una menor de edad de la etnia Rarámuri enferma de leucemia, luego de que la madre de la niña, quien es testigo de Jehová, se opuso a que se le transfunda sangre. La mujer promovió un amparo reclamando la determinación del DIF estatal, quien ha tomado decisiones relacionadas con la salud de la menor, como el tratamiento de una continua transfusión de sangre para salvarle la vida.*

*El amparo en revisión fue turnado a la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien analizará los alegatos de la madre, misma que señaló que la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del estado de Chihuahua la discriminó en razón del origen étnico y creencias religiosas, al prohibirle tomar las decisiones en cuanto a la salud de la menor.*

*En sus agravios, la madre detalló que la citada autoridad inició un procedimiento de protección que se establece en la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chihuahua, para que la tutela de la menor quedara de manera provisional a favor de dicha autoridad responsable.*

*En julio del 2016, el juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Chihuahua había concedido un amparo a la madre de la menor para que se transfunda sangre a su hija de cinco años de edad, enferma de leucemia, siempre y cuando se hayan agotado otros medios o tratamientos alternativos, como los que propusieran diversos médicos, incluyendo oncólogos del centro de Cancerología de Chihuahua. Te recomendamos: Ordenan reforma para que jueces resuelvan dar o no tratamiento médico a niños tras valorar los derechos de libertad de creencia y religión con el derecho humano a la vida, y ante la falta de madurez de la niña para comprender el alcance del acto médico sobre su salud. El juez privilegió el derecho a la vida de la menor; por lo que, en caso de ser necesario, se autorizó a los médicos a realizar los tratamientos necesarios para proteger la vida de la menor, incluyendo la transfusión sanguínea. El juez también dio vista a los tres poderes del estado de Chihuahua para que realicen las reformas correspondientes para crear un protocolo y procedimiento que permita a los doctores presentarse ante los jueces de lo familiar en casos en que los padres se nieguen a*

*dar el consentimiento para administrar tratamientos a menores de edad cuando su vida corre peligro.*

*Ahora, la subprocuraduría le quitó la tutela a la madre, das sus creencias religiosas, porque no dio su autorización para que le fuera suministrada una transfusión sanguínea a su hija.*

- ¿Entonces, qué papel juega la denuncia penal y los derechos humanos del paciente?
- ¿El médico que es denunciado por mala praxis tiene derechos humanos?
- ¿La cláusula de conciencia médica va en contra de los derechos humanos?

Ante todo, la *Salud de las personas* es un *derecho humano*. Veamos lo que se señala en la Organización Mundial de la Salud:

*El goce de la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.*

Desde el primer día de la OMS, el derecho a la salud ha sido un aspecto fundamental y también es el elemento de prioridad: la cobertura sanitaria universal.

El derecho a la salud para todas las personas significa que todo el mundo debe tener acceso a los servicios de salud que necesita, cuando y donde los necesite, sin tener que hacer frente a dificultades financieras.

Nadie debería enfermar o morir sólo porque sea pobre o porque no pueda acceder a los servicios de salud que necesita.

Es evidente que la salud también se ve condicionada por otros derechos humanos fundamentales, como el acceso a agua potable y saneamiento, a alimentos nutritivos, a una vivienda digna, a la educación y a condiciones de trabajo seguras.

El derecho a la salud también hace referencia al derecho que debe tener toda persona a ser dueña de su salud y su cuerpo, y a tener acceso a información y a servicios de salud sexual y reproductiva, sin ser objeto de violencia y discriminación.

Toda persona tiene derecho a la intimidad y a ser tratada con respeto y dignidad. Nadie debe ser sometido a experimentación médica, a exámenes médicos contra su voluntad o a tratamiento sin consentimiento informado.

Por ello, la OMS defiende la idea de la atención centrada en la persona, que es la materialización de los derechos humanos en la práctica clínica.

La marginación, la estigmatización y la discriminación tienen consecuencias nefastas para la salud física y mental del individuo. La discriminación en el contexto de la atención de salud es inaceptable y constituye un obstáculo importante para el desarrollo.

Ahora bien, cuando a una persona se le ofrece la posibilidad de participar activamente en la asistencia que recibe, en

lugar de tratarla como un mero receptor pasivo, se respetan sus derechos humanos, se obtienen mejores resultados y los sistemas de salud son más eficaces».

Ya hemos mencionado que una praxis médica en un altísimo porcentaje es exitoso y que la mala praxis es la excepción.

La mala praxis puede ser:

- Mala praxis dolosa.
- Mala praxis culposa o imprudential.
- Praxis médica con resultados imprevistos (caso fortuito).

**Praxis médica dolosa.** Se actualiza cuando el médico (anestesiólogo) sabe que su conducta será *ilícita*, puesto que quiere causar daño de manera directa a su paciente, y su resultado será lesivo o mortal.

Debe responder como un *inculpado doloso* y su resultado será llamado *homicidio o lesiones simples intencionales o incluso calificados por premeditación y ventaja*.

La premeditación porque tiene conocimiento de que el paciente es el mismo a quien quiere privar de la vida o lesionar, incluso tiene el tiempo suficiente para meditar y madurar la idea de cómo llevar a cabo su idea criminal y de qué manera puede hacer aparentar un «accidente anestésico operatorio o postoperatorio».

La pena puede variar de ocho hasta 40 años de prisión, en caso de homicidio, y de tres meses hasta nueve años de prisión, en caso de lesiones, según su tipo de gravedad, tiempo de recuperación y consecuencia médico-legal.

Y además de la pena de prisión y en su caso una multa, debe responder por la *reparación del daño* (monetariamente).

**La praxis médica culposa o imprudential.** En estos casos se está en presencia de una conducta médica (anestésica) sin tomar las precauciones preanestésicas, anestésicas o postanestésicas. Son esos momentos en donde, sin mediar la intervención de emergencia o urgencia, sino electiva, se tiene la oportunidad de realizar las pruebas de reacción anestésica, general, epidural, local o sedación y se omite hacerlo, o bien estar en presencia de alguno de los errores más frecuentes de medicación en el quirófano, que son:

- Rotulación inadecuada de la jeringa.
- Múltiples jeringas y ámpulas en la mesa de trabajo del anestesiólogo.
- Mal manejo de los puntos decimales.
- Errores en la preparación de diluciones y en la programación de las bombas de infusión.
- Confusión de jeringas.
- Fallas de comunicación entre quien prepara el medicamento y quien lo aplica.
- Falta de conocimiento de la farmacología de los medicamentos anestésicos empleados.
- Falta de capacitación, no verificación ni doble cotejo.

- Multifarmacia.
- Fatiga, estrés extremo.

En estos casos, es obvio que el anestesiólogo *no tiene la intención delictiva de causar daño alguno*; por el contrario, de coadyuvar para lograr dar la *salud* al paciente. Sin embargo, su proceder es imprudencial, faltó de cuidado que le incumbía observar personalmente, negligente, previsible del daño, pero abriga la esperanza de que no suceda.

Así, su conducta será reprochable a título de *culpa, imprudencia o negligencia*, y tiene adminiculada pena de prisión de tres meses a cinco años, multa y el *pago de la reparación del daño* (monetariamente).

**Praxis médica imprevista o caso fortuito.** Tal vez pocas veces se estará en presencia de una muerte o lesión súbita desafortunada en la que no medió *dolo*, así como tampoco *imprudencia o negligencia*, como en el *shock anafláctico*, en donde por razones imprevistas e inevitables el paciente sufre una lesión o incluso la muerte. En estos casos, aun habiendo realizado pruebas preanestésicas, el desenlace es de resultados imposibles de prever, y que, sin embargo, el paciente o sus familiares no entienden y, por ende, se tiene que enfrentar una *denuncia* con todo lo que ello implica y que, finalmente, se le conoce jurídicamente como *caso fortuito*, en donde la voluntad del hombre no puede hacer nada frente a lo inevitable.

En todos los casos antes descritos estamos en presencia de un resultado con consecuencias jurídicas que atañen al *derecho humano a la salud*.

Vale la pena recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de asuntos donde existen hechos lesivos o mortales que tienen que ver con una probable mala praxis y al efecto señala:

- Época: Décima Época.
- Registro: 2004785.
- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
- Tipo de tesis: Aislada.
- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
- Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo III.
- Materia(s): Administrativa.
- Tesis: I.4o.A.64 A (10a.).
- Página: 1890.

**Responsabilidad profesional médica. Distinción entre error y mala práctica para efectos de su acreditación.** Suele señalarse que la medicina no es una ciencia exacta, pues existen matices en el curso de una enfermedad o padecimiento que pueden inducir a diagnósticos y terapias equivocadas. Así, una interpretación errada de los hechos clínicos por parte del médico puede llevar a un diagnóstico erróneo que, aunque no exime de responsabilidad al médico que lo comete, no reviste la gravedad de la negligencia médica, por lo que se habla en-

tonces de un error excusable, pues lo que se le pide al «buen médico» es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta sus valores y creencias en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia. Por otro lado, el término mala praxis (mala práctica médica) se ha acuñado para señalar conductas impropias del profesional frente a un paciente y que no siguen las normas o pautas que señala la *lex artis* médica, pero no hay aquí un error de juicio, sino que, o la actuación del médico que está en posesión de conocimientos y habilidades no ha sido diligente, o éste ha actuado con impericia e imprudencia frente a una situación clínica para la cual no está capacitado; este tipo de conducta médica constituye un error médico inexcusable y el profesional debe responder por esta conducta inapropiada. Por tanto, la responsabilidad profesional está subordinada a la previa acreditación de una clara negligencia en la prestación de los servicios, independientemente del resultado.

- Época: Décima Época.
- Registro: 2016201.
- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
- Tipo de tesis: Aislada.
- Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.
- Libro 51, Febrero de 2018, Tomo III.
- Materia(s): Civil.
- Tesis: I.4o.C.59 C (10a.).
- Página: 1543.

**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 el anestesiólogo, 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.

- Época: Décima Época.
- Registro: 2016929.
- Instancia: Segunda Sala.
- Tipo de tesis: Aislada.
- Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.
- Libro 54, Mayo de 2018, Tomo II.
- Materia(s): Constitucional, Administrativa.
- Tesis: 2a. XXXVIII/2018 (10a.).
- Página: 1694.

**Indemnización por daño personal por la actividad irregular del estado. parámetros que deben considerarse para el cálculo de su monto por el daño causado a un menor.** El daño personal generado a un menor por negligencia médica se traduce en una afectación directa a su bienestar físico que, a su vez, deriva en limitantes para llevar a cabo un proyecto de vida, así como para hacerse de ingresos suficientes, con lo cual existe un lucro cesante; de ahí que la indemnización relativa debe cubrir el costo total del daño causado, entendido como el pago por los costos generados, así como por los que seguirán generándose en caso de que se trate de un daño de carácter permanente, debiendo contabilizarse también el costo de oportunidad de todas aquellas actividades que el afectado no podrá llevar a cabo durante su vida. Así, es necesario considerar las limitaciones al acceso a un empleo, a las posibilidades de tener medios de subsistencia y a otras cuestiones que constituyen el plan de vida de una persona, para cuyos efectos es necesario considerar la edad de la víctima, su expectativa de vida, su historial y atributos específicos, así como el tipo de daño causado. En ese sentido, la reparación integral debe remediar el daño causado, para lo cual, será necesario: a) definir el tipo de incapacidad en atención a criterios científicos, incluyendo el perjuicio causado al menor y cómo el daño impacta en su expectativa de vida; y, b) tomar en consideración la situación socioeconómica del menor al momento en el que se generó el daño, para lo cual se calcula el costo de los alimentos para su manutención y cuidado durante toda su vida. Por tanto, el monto de la indemnización debe calcularse tomando como punto de partida su situación económica y su nivel de vida, para lo cual se definen como parámetro de cálculo los alimentos que percibía al momento en que se generó el daño, cantidad que posteriormente debe multiplicarse por su esperanza de vida.

- Época: Décima Época.
- Registro: 2009853.
- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
- Tipo de tesis: Aislada.
- Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.
- Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III.
- Materia(s): Constitucional, Civil, Civil.
- Tesis: I.3o.C.226 C (10a.).
- Página: 2418.

**Prescripción extintiva de la acción. resulta aplicable a las acciones emprendidas para lograr la reparación de los daños causados por una mala praxis médica, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud.** El derecho a la protección de la salud fue clasificado como un derecho prestacional (de segunda generación) a partir del cual el Estado asumió la obligación de desarrollar las directrices y programas necesarios para garantizar a la población el «más

alto nivel de salud» posible, sin que se trate de un mero enunciado programático carente de eficacia jurídica; incluso, el Máximo Tribunal del País ha definido su contenido normativo, conforme al cual, los Jueces de control constitucional pueden analizar la regularidad de las actuaciones del legislador y de las autoridades administrativas relacionadas con ese derecho. En lo referente a la actuación de los médicos particulares y los hospitales privados, el Alto Tribunal ha establecido que el derecho a la protección de la salud también impone deberes a estos últimos y no sólo a los poderes públicos. Al respecto, este tribunal considera que los casos derivados de una mala praxis médica encuentran su cauce a través de procesos ordinarios (civiles, arbitraje médico, etcétera). Por tanto, aunque el juzgador deba estudiar cada controversia bajo el entendimiento de que la protección de la salud constituye un «fin público» y que los médicos particulares pueden vulnerar ese derecho, ello no significa que, por esa sola razón, deba soslayar o inobservar las instituciones de derecho privado aplicables. En todo caso, debe analizar cuál es la finalidad de cada institución y qué derecho busca proteger, para determinar si ésta es compatible con el derecho a la protección de la salud. Pues bien, la prescripción extintiva de la acción busca salvaguardar el principio de seguridad jurídica, al impedir que los particulares se enfrenten a la incertidumbre que les generaría desconocer hasta cuándo podrán ser sometidos a un juicio para dilucidar su responsabilidad. Ello resulta compatible con el derecho a la protección de la salud, porque no impide que el afectado obtenga la reparación del daño causado, sólo le impone un límite temporal para el ejercicio de la acción, con la finalidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica a favor del demandado. Por consiguiente, se concluye que en los casos de negligencia médica, resulta aplicable el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud, porque la prescripción extintiva de la acción constituye una medida razonable, en cuanto busca garantizar la seguridad jurídica del demandado, así como proporcional, dado que el plazo de dos años para el ejercicio de la acción debe computarse hasta que se tenga conocimiento cierto del daño causado.

En el mismo orden de ideas, debe señalarse que hay resoluciones novedosas e importantes en materia de la mala praxis y los derechos humanos que tienen que ver con la llamada *cláusula de conciencia médica*.

En efecto, en el juramento hipocrático se dice:

#### Juramento Hipocrático (500 a.C.)

*Juro por Apolo médico, por Esculapio, Hygia y Panacea, juro por todos los dioses y todas las diosas, tomándolos como testigos, cumplir fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso: venerar como a mi padre a quien me enseñó este arte, compartir con él mis bienes y asistirle en*

*sus necesidades; considerar a sus hijos como hermanos míos, enseñarles este arte gratuitamente si quieren aprenderlo; comunicar los preceptos vulgares y las enseñanzas secretas y todo lo demás de la doctrina a mis hijos, y a los hijos de mi maestro y a todos los alumnos comprometidos y que han prestado juramento según costumbre, pero a nadie más.*

*En cuanto pueda y sepa, usaré de las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia.*

*Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura.*

*No tallaré cálculos, sino que dejaré esto a los cirujanos especialistas.*

*En cualquier casa que entre, lo haré para bien de los enfermos, apartándome de toda injusticia voluntaria y de toda corrupción, y principalmente de toda relación vergonzosa con mujeres y muchachos, ya sean libres o esclavos.*

*Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable.*

*Si este juramento cumpliere íntegro, viva yo feliz y recoja los frutos de mi arte y sea honrado por todos los hombres y por la más remota posteridad. Pero si soy transgresor y perjuro, avéngame lo contrario.*

Por otro lado se, actualizó la fórmula hipocrática que llevó a cabo la Asociación Médica Mundial (Asamblea General, celebrada en Ginebra, 1948), luego revisada en 1968 (Sídney):

### **Juramento de fidelidad profesional**

En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica:

*Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; otorgar a mis maestros los respetos, gratitud y consideraciones que merecen; ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente; guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de fallecido, por mi paciente; mantener incólumes por todos los conceptos y medios a mi alcance el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; considerar como hermanos a mis colegas; no permitir que consideraciones de credo político o religioso, nacionaldad, raza, partido político o posición social se interpongan entre mis deberes profesionales y mi paciente; velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, aun bajo amenaza, y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas.*

*Solemne y libremente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antedicho.*

### **¿QUÉ ES, ENTONCES, LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA?**

De acuerdo al sentido del juramento dado para obtener la autorización para el ejercicio de la profesión, debe ser:

*Aplicar diligentemente los conocimientos en pro de la vida y la salud...*

¿Y la vida (aún en gestación) y la salud son derechos humanos? La respuesta obligada es afirmativa.

La dignidad (calidad de vida y salud) de la persona en el ejercicio de sus derechos humanos es un derecho humano? Creo que la respuesta igualmente es afirmativa.

Ahora bien, ¿si sumamos los derechos humanos antes citados (vida y salud) con dignidad, se puede concluir que el derecho humano a vivir y tener salud van de la mano de la calidad y dignidad? Y entonces, cuando no hay calidad de vida o de salud y van en contra de una dignidad humana... ¿Qué opción tenemos como titulares de esos derechos?

En sí, podemos hablar de que las personas en determinadas condiciones de salud y perspectivas de vida sin calidad e indignos podemos optar por abbreviar el sufrimiento y estaríamos en presencia de una *terminación del derecho humano a la vida de manera voluntaria, informada, responsable y con fin piadoso*. ¿Es esto una *eutanasia*? ¿Sería legal así planteada la *eutanasia*? Veamos que dice la Ley General de Salud:

### **LEY GENERAL DE SALUD**

*Artículo 1º. La presente Ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.*

*Artículo 2º. El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:*

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III ...
- IV ...
- V ...
- VI ...
- VII ...

*Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que, a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la*

cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme al orden expresado, se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquél que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.

Así entonces, debemos pensar en que, para llevar a cabo lo que marca la ley, debo emplear los conocimientos en Anestesiología, como parte del procedimiento para que el paciente termine de manera digna su existir material, mediante una sedación total...

¿Por qué en Estados Unidos al ejecutar a un condenado a pena de muerte se le aplica, previa a la inyección letal, una de relajación o sedación?

1. El tiopental sódico es un barbitúrico de acción rápida que hace perder el conocimiento al preso.
2. El bromuro de pancuronio es un bloqueador que paraliza el diafragma, impidiendo la respiración.
3. El cloruro de potasio despolariza el músculo cardíaco, provocando un paro al corazón.

Ahora bien, esa cláusula de conciencia también llamada *objeción de conciencia*, está recientemente regulada en la Ley General de Salud:

*Artículo 10 Bis. El Personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud podrá ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios que establece esta Ley.*

*Cuando se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, no podrá invocarse la objeción de conciencia, en caso contrario se incurrirá en la causal de responsabilidad profesional.*

*El ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral.*

Volviendo al tema de los derechos humanos:

1. Es constitucional que una mujer embarazada, de manera libre, voluntaria, informada, pueda disponer del producto de la preñez, siempre y cuando se esté en las primeras 12 semanas de la gestación.
2. Es igualmente legal que una mujer que ha sido violada o inseminada contra su voluntad esté en aptitud de practicarse un aborto, siempre y cuando se esté en el término anterior a los tres meses de preñez.
3. Es legal que las personas que tengan una enfermedad grave, incurable, cruenta y dolorosa, progresiva, irreversible y en período terminal, presentando imposibilidad de respuesta a tratamiento específico, y/o presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes, abrevie su existir.

## ¿QUÉ PAPEL JUEGA EL ANESTESIÓLOGO EN ESTOS CASOS?

- A. ¿Debe ayudar a esos fines?
- B. ¿Se puede negar a ello?
- C. ¿En los casos de actuar como parte de un ente de salud oficial, incurre en responsabilidad administrativa o penal de negarse?

Con los datos analizados debemos conjugar el derecho humano a la salud y vida del titular (paciente), con el derecho humano al libre ejercicio de la profesión (cláusula de conciencia u objeción) para determinar las responsabilidades.

## LA DENUNCIA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL MÉDICO IMPUTADO POR HECHOS QUE PUDIERAN CONSTITUIR DELITO

A partir de junio de 2008, se empieza a cambiar paulatinamente el *proceso penal mexicano*.

Se hablaba de que nuestro sistema penal mexicano era arcaico, inquisitivo, oscuro, en fin, violatorio de derechos humanos.

En el proceso penal actual, la característica más importante es precisamente que es *garantista*, ello como un acercamiento al respeto y garantía de respetar los derechos humanos. ¿Cuáles derechos humanos van involucrados?

En un primer momento, se puede hablar del derecho humano al *debido proceso*, lo que significa que el procedimiento penal inicie con una *denuncia o querella*, como parte de una *noticia criminal*.

Luego, la víctima tiene derecho a que el *Estado* (mediante el Ministerio Público) investigue el *hecho* (no se puede hablar aún de que es delito), y estar desde ese momento *coadyuvando* por sí o mediante un *representante legal*, y a eso se le llama *derecho humano a la verdad...*

En cuanto se comete el delito, con o sin denuncia escrita, la policía o el ministerio público pueden *detener* al imputado si se encuentra en *flagrancia*, entendida ésta como la detención al momento de cometerse el hecho probablemente delictivo, o bien cuando inmediatamente cometido se inicia su persecución y la misma no se interrumpe. Lo que desde luego no podría ser posible en los casos de una *mala praxis médica*.

A pesar de estar detenido, el médico imputado puede obtener su libertad ante el Ministerio Público si el hecho no es de aquello de alto impacto social que amerite una *prisión preventiva* (puede ser *prisión preventiva oficiosa* o *prisión preventiva por riesgo social*).

Se entiende por prisión preventiva que el imputado esté detenido en la cárcel hasta que se dicte sentencia en el juicio, lo cual puede ocurrir en un plazo no mayor de un año.

### **Delitos de alto impacto social**

*El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.*

### **Delitos de prisión preventiva no oficiosa**

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.*

Una mala praxis médica, no podría tener una prisión preventiva de ningún tipo, lo que quiere decir que el médico debe afrontar su juicio en libertad a través de otra forma llamada medida cautelar.

### **Medidas cautelares**

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.

A partir de que el médico imputado comparece ante el Ministerio Público, tiene el *derecho humano* de afrontar la investigación *asesoradamente* mediante un *defensor* ya sea *privado* o *público* (éste lo asigna el Estado). Pero además, tiene también el *derecho humano a la verdad*, en los mismos términos que la víctima del delito, lo que se traduce en que el Ministerio Público debe ser imparcial en la investigación del hecho que dio pauta a la *denuncia*. El Ministerio Público no debe estar del lado de la víctima respecto a la investigación, sino tan sólo para hacer valer los derechos de aquélla.

Si durante la primera parte de la *investigación* el imputado quiere llegar a un acuerdo con la víctima, suponiendo que es manifiesta su negligencia o mala práctica, podrá hacerlo y se denomina *acuerdo reparatorio*, siempre y cuando se den los requisitos siguientes:

*Artículo 186. Definición. Los acuerdos reparatorios son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.*

*Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios. Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:*

- I. *Delitos que se persiguen por querella o requisito equivalente de parte ofendida;*
- II. *Delitos culposos, o*
- III. *Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.*

*No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas.*

Dicho de otra manera, en el acuerdo reparatorio no se debate sobre la responsabilidad o no del médico y, por ende,

*no genera antecedente penal ni suspensión o cancelación del ejercicio profesional...*

De no llegar a un *acuerdo reparatorio* o no haberlo planteado, el procedimiento penal sigue hasta otro momento, en donde interviene un *juez penal de control* (no es el juez oral que dicta sentencia), en donde se determina si el Ministerio Público y la víctima u ofendido recabaron evidencias para acreditar que el *hecho* puede ser delictivo (lesiones u homicidio) y que el médico imputado participó de alguna manera o lo cometió (estamos en presencia del cómplice o autor). De existir estos datos (puede ser con entrevista a testigos, una opinión pericial, un video, etc.) y al no haberse demostrado una excluyente del delito como, en su caso, podría ser un *shock anafiláctico*, el *juez de control* dicta una *vinculación a proceso* (es una decisión provisional que significa que el *hecho* se debe seguir investigando). A partir de este momento, el médico imputado tiene el derecho de obtener:

*Una salida alterna*, o bien un *procedimiento abreviado*.

Las *salidas alternas* son dos: *el acuerdo reparatorio y la suspensión condicionada del proceso*.

*Acuerdo reparatorio*: éste puede ser desde el Ministerio Público y aun ante el Juez).

*Suspensión condicionada del proceso penal*: consiste en suspender el procedimiento y sujetarse a determinadas condiciones que impone el juez para reinsertarse a la sociedad.

### **Suspensión condicional del proceso**

*Artículo 191. Definición. Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, puedan dar lugar a la extinción de la acción penal.*

*Artículo 192. Procedencia. La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:*

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no excede de cinco años, y
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.

En suma, esta otra posibilidad de acabar el proceso penal tampoco trata sobre la culpabilidad del médico imputado, no se dicta una sentencia y, por ende, *no hay antecedente penal ni suspensión o cancelación en el ejercicio profesional*.

Si alguna de las salidas alternas o ambas no fueron aceptadas o tratadas, el imputado tiene la posibilidad del

*procedimiento abreviado*, que consiste en la posibilidad de ser *juzgado fuera de juicio oral*, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

*Artículo 201. Requisitos de procedencia y verificación del Juez. Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:*

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Sólo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada, y
- III. Que el imputado:
  - a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
  - b) Expresamente renuncie al juicio oral;
  - c) Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
  - d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
  - e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Como puede advertirse, aquí sí hay sentencia, antecedente penal, hay penas de prisión, multa y reparación del daño, por que el *imputado debe aceptar su responsabilidad penal*, con la ventaja de que la pena mínima puede disminuirse hasta una tercera parte.

De no haberse planteado el *acuerdo reparatorio*, la *suspensión del proceso* o el *procedimiento abreviado*, se debe terminar la *investigación* por el Ministerio Público, la cual no puede ser mayor de seis meses a partir de la *vinculación a proceso*. Terminada la *investigación*, se tienen por el Ministerio Público 15 días hábiles para *acusar*, o bien *no acusar*. De optarse por la última de ellas, el proceso penal se terminó, no hay antecedente penal ni suspensión en el ejercicio profesional, se levantan las medidas cautelares como la *fianza* o *caución económica*. De *acusar*, se notifica a las partes para que se enteren del sentido de la misma y se fija una fecha para la *audiencia intermedia*, en donde la Fiscalía (MP), la víctima u ofendido, el imputado y su defensor ofrecen pruebas (aún no las llevan materialmente ante el juez, sólo se ofrecen), e inicia la aceptación o rechazo de pruebas. Así como también pueden darse los llamados *acuerdos probatorios*, donde todos se ponen de acuerdo en dar por *probado* algún hecho, por ejemplo: todos pueden

estar de acuerdo en que el paciente falleció durante una intervención quirúrgica, no se suicidó; que el motivo del fallecimiento fue al momento de estar en el procedimiento anestésico, pues ni siquiera se había iniciado la cirugía; que el anestesiólogo es el *imputado* y no otro... De ser así, esos acuerdos probatorios no se vuelven a discutir en la otra etapa, ya de *juicio oral*.

Termina la *audiencia intermedia*, en donde aún puede darse un arreglo, el *juez de control* dicta un *auto de apertura a juicio oral*; es decir, ordena que se lleve a cabo un *juicio oral* como parte del *derecho humano* del imputado a ser *oído y vencido en juicio*. El juicio debe iniciar en no menos de 20 ni más de 60 días. Ese plazo es para preparar las pruebas.

La última etapa del procedimiento penal es la *juicio oral*, en donde otro juez, distinto al *juez de control*, interviene y, ante el *juez de enjuiciamiento*, también llamado *juez oral* (puede ser uno o tres, dependiendo del delito), se llevan materialmente las pruebas, testigos, peritos, víctima, imputado, videos, documentos y todo aquello que se ofreció en la audiencia intermedia. El juez abre el juicio oral, escucha los *alegatos de apertura* de las partes sobre lo cual va a versar el juicio, luego recibe las pruebas (del MP y víctima y, posteriormente, la del imputado y defensor), escucha los alegatos de cierre o clausura y se retira a *deliberar*, y en no más de 12 horas debe regresar con un *veredicto*, pudiendo ser:

- *De inocencia* y aquí acaba esta etapa.
- *De culpabilidad* y si es así, cita a las partes a una audiencia para debatir las penas a imponer y, finalmente, da lectura a la sentencia definitiva.

Las partes pueden interponer los recursos que establece la ley, o bien el juicio de amparo, durante el procedimiento, o bien hasta la sentencia definitiva.

Si esa sentencia queda firme a pesar de los recursos, se aplica la pena, ya sea de prisión, multa y reparación del daño.

Si al estar purgando la pena, se descubriera que el sentenciado es inocente por alguna razón, existe la *Declaración de inocencia*, virtud a la cual se elimina el antecedente penal y puede existir una indemnización al *imputado-reo-inocente*, sólo en caso de *error grave*; es decir, pruebas compradas, corrupción de las autoridades o juez.

Así entonces, los *derechos humanos* tienen que ver con el ejercicio de la praxis médica noble, altruista, a veces mal valorada, pero también en defensa de ella, a pesar de existir una negligencia, descuido, falta de cuidado, o bien para descubrir una caso fortuito en donde nada tuvo que ver la buena o mala praxis en la voluntad del médico.

Los derechos humanos son progresivos, y día a día encontramos argumentos para hacer valer un derecho humano, pero, frente a éste, también habrá otro derecho humano.