

## PRAXIS, DISPRAXIS MÉDICA Y DERECHO PENAL

Enrique DÍAZ-ARANDA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Bases terminológicas*. III. *Objeciones iniciales*. IV. *Casos nacionales*. V. *Conclusión y advertencia*.

### I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la práctica médica es una de las labores más importantes y humanitarias del quehacer humano. Los médicos son profesionales entregados, guiados por firmes convicciones y principios sustentados en un milenario juramento: hipocrático.

No obstante, en la praxis de tan noble profesión existen supuestos en los cuales se ponen en entredicho si estamos ante ¿praxis o dispraxis? Y en el último supuesto se cuestiona si el hecho debe ser resuelto por el derecho penal. Así, el objetivo de este trabajo será establecer algunos parámetros para determinar cuándo la dispraxis es constitutiva de delito y cuándo no, para lo cual utilizaré algunos casos prácticos a fin de ilustrar mejor la aplicación del criterio generado.

### II. BASES TERMINOLÓGICAS

Inicialmente hay que recordar que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, es decir, no basta que el hecho esté descrito en la ley penal (típica) para ser constitutiva de delito, ya que después del análisis de la tipicidad es necesario confirmar la

\* Investigador titular definitivo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.enriquediazaranda.com](http://www.enriquediazaranda.com)

contravención de la conducta típica frente a todo el orden jurídico (antijurídica) y, por último, sustentar el juicio de reproche al sujeto que realiza el injusto: culpabilidad.

En cuanto a la conducta típica, ésta puede ser de acción o de omisión y su relevancia se determina estableciendo el deber de cuidado violado, por lo cual si el ginecólogo al momento de cortar el cordón umbilical no lo ha anudado previamente, aunque la conducta que causa la muerte es la acción de cortar provocando el desangrado y muerte del niño, la conducta relevante para el derecho penal es la de omitir anudar, pues la conducta de cortar es la debida conforme a la *lex artis*. Conforme a lo anterior podemos plantear el caso siguiente —de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de junio de 1928—:

Resultando que la tarde del 4 de abril de 1927, en el pueblo de Coyote (Oviedo) con motivo del deslinde de una finca se promovió una disputa entre Claudio y el procesado Rafael, durante la cual, secundo éste un arma corta de fuego hizo varios disparos contra Claudio, causándole una lesión en la región paratiroidea izquierda, que interesó la laringe y el cuerpo tiroides e hizo precisa la intervención quirúrgica practicándole a las pocas la traqueotomía en el hospital Provincial de Oviedo, sobreviniendo más tarde una bronconeumonía de naturaleza infecciosa, ocasionada por no hallarse en la debida asepsia el bisturí utilizado, con el cual se había operado un acceso a otro enfermo, y que determinó el fallecimiento, ocurrido al día siguiente. De no haber surgido la expresada infección, la herida sufrida hubiera curado sin defecto ni deformidad a los cuarenta días de asistencia facultativa.<sup>1</sup>

En el supuesto de hecho planteado, la conducta penalmente relevante es la de omisión de quien debía desinfectar el bisturí (garante) y es a quien se le debe atribuir el resultado dado que de haber cumplido con el deber de cuidado violado se hubiese evitado el resultado. En este sentido, la conducta típica será de homicidio en comisión por omisión a título de dolo eventual debido

<sup>1</sup> Silva Sánchez, José María *et al.*, *Sistema de casos prácticos de derecho penal (con soluciones)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, pp. 71 y 72.

a la elevada probabilidad del resultado fatal derivado del incumplimiento del deber.<sup>2</sup>

Siguiendo el lineamiento anterior, en el caso de un asaltante quien con una navaja produjo lesiones en el intestino de su víctima, a pesar de que éstas no representaban peligro para la vida pero culminaron con la muerte del paciente, debido al olvido de una gasa durante la intervención quirúrgica, lo cual da lugar a la imputación del resultado de lesiones al asaltante, pero no de la muerte. Ciertamente, la doctrina discute sobre la responsabilidad del médico, de la enfermera o de ambos. Sin embargo, siguiendo el criterio de la división de funciones en una intervención quirúrgica, el foco de peligro está a cargo de la enfermera, a quien corresponde “hacer la cuenta de gasas” antes de suturar.<sup>3</sup> También se ha propuesto el criterio de

la atribución a la esfera de responsabilidad ajena como vía para solucionar estos supuestos, en los cuales el fin de protección del tipo no abarca la evitación de resultados que se encontraban bajo la esfera de responsabilidad de otro. Pues desde el momento en que el herido llega al hospital, el personal sanitario del mismo asume la responsabilidad de curación y la inobservancia de ese deber le es imputable a ellos mismos y no a quien utilizó la navaja.<sup>4</sup>

Sea cual sea el criterio con el que se quiera resolver este supuesto, lo cierto es que la atribución del resultado recae sobre la persona que tenía el deber de garantizar la correcta ejecución de las gasas y no de quien desencadenó la cadena causal (asaltante) como lo proponía la teoría causalista.

<sup>2</sup> Cfr. mi libro: *Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XII, núm. 41-42, Colombia, mayo-diciembre de 1990, pp. 13-31.

<sup>4</sup> Para más, cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, 2a. ed., trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 398-402

Como se ha podido observar, ciertas conductas están debidamente reguladas e imponen deberes específicos a quienes las realizan, pues su inobservancia presupone la generación de riesgos que pueden desembocar en la lesión de bienes jurídicos y ahí radica la imputación o atribución del resultado al comportamiento. El criterio anterior vale para aquellos riesgos previamente determinados que han dado lugar al establecimiento de deberes específicos que debe observar el autor para evitar el resultado de lesión del bien jurídico tutelado.

### III. OBJECIONES INICIALES

Empero, cabe preguntarse ¿qué ocurriría si *no hay certeza* de que el resultado se habría evitado con el cumplimiento del deber? Piénsese en la obligación que tienen los hospitales de analizar la sangre donada para determinar si está libre del virus del sida (VIH), si el médico encargado de mandar a realizar dichas pruebas las omitiera y entregara la sangre a la enfermera para realizar la transfusión al paciente, el cual resulta contagiado con dicho virus. En principio, podríamos imputar el resultado al médico por haber omitido ordenar el análisis.<sup>5</sup> Ello es así, porque la imposición del deber de realizar las pruebas está dirigido a evitar el resultado de

<sup>5</sup> A esta solución se llega porque el Código Penal Federal dentro de los delitos “Del peligro de contagio” sólo contempla la conducta del infectado, quien trasmite la enfermedad (artículo 199 bis). Con lo cual el único camino es imputar esa conducta al tipo objetivo de lesiones o de homicidio (artículos 293 o 302 del CPF).

Sobre esta problemática, con un amplia exposición sobre el problema de la causalidad y la imputación, *cfr.* Luzón Peña, Diego-Manuel, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el derecho penal español”, *Problemas jurídico penales del Sida*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1993, pp. 13 y ss.

Por otra parte, para sancionar la transmisión del sida, un grupo de dogmáticos alemanes y españoles ha propuesto el siguiente tipo:

“El que expusiere a otro sin su consentimiento al peligro de infección del virus de inmunodeficiencia humana (puede añadirse: u otra enfermedad que entraña un análogo riesgo de producir la muerte), conociendo el riesgo existente o teniéndolo por posible, será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo (de dos años, cuatro meses y un día a seis años).

contagio y la omisión elevó el riesgo, que se materializó en la lesión del bien jurídico. No obstante, la defensa del médico podría argumentar que el cumplimiento del deber de cribar (analizar) la sangre no necesariamente habría impedido el resultado, toda vez que la sangre infectada por el virus puede estar dentro de los primeros cuatro meses de incubación (periodo ventana), durante los cuales no se puede detectar el virus y no hay forma de demostrar si la sangre infectada que se trasfundió estaba en dicho periodo ventana, por lo que atendiendo al principio *in dubio pro reo* debería presumirse que la sangre estaba en el periodo ventana, y que el cumplimiento del deber no habría evitado la infección, con lo cual no debería imputarse el resultado a la omisión del médico.

El trasfondo del problema anterior radica en determinar cuál es la solución en aquellos supuestos en los que no hay certeza de que el cumplimiento del deber (análisis de la sangre) hubiera evitado el resultado (contagio). La respuesta debe sustentarse en la existencia de una elevada posibilidad de evitar ese resultado con la conducta debida, pues la mayoría de la sangre infectada no está en el periodo ventana, lo cual hace altamente probable la detección del virus con la prueba, lo cual es suficiente para imputar la infección al omitente, porque precisamente ese riesgo es el que se quiso eliminar al imponer el deber de cuidado de mandar a analizar la sangre.

Muy distinto es el supuesto de los pelos de cabra china, en el cual un empresario francés importó pelos de cabra china y los entregó a las obreras para la fabricación de pinceles sin haberlos

Si de ese modo le transmitiere el virus de inmunodeficiencia humana (puede añadirse: u otra enfermedad que entraña un análogo riesgo de producir muerte), se impondrá la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años).

El que, en el caso del párrafo anterior, obrase sólo de forma imprudente, será castigado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 565 o 586 bis.

Podrán imponerse las penas inferiores en grado a las señaladas en los números anteriores si el sujeto fuere portador del virus de inmunodeficiencia humana.

Lo previsto en los números anteriores se entenderá sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudiera incurrir el sujeto por tales conductas".

Cita en: Mir Puig, Santiago *et al.*, *Problemas jurídico penales del Sida*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, p. 175.

mandado a desinfectar como lo establecía el reglamento sanitario. Los pelos estaban infectados con bacterias de carbunco (ántrax), que fue transmitido a las obreras, muriendo cuatro de ellas. En ese supuesto no se le pueden imputar los resultados al industrial, porque el ántrax era totalmente desconocido en Europa y los procesos de desinfección ordenados por el reglamento sanitario jamás hubieran eliminado el bacilo.<sup>6</sup>

En este supuesto, el cumplimiento del deber habría resultado inútil, y se puede negar la imputación del resultado a la conducta, pues si bien es cierto que la omisión elevó el riesgo de contagio, el resultado no se habría podido impedir aun observando el deber de realizar las pruebas.<sup>7</sup>

Por ende, para imputar un resultado a la conducta del sujeto que desobedece un deber de cuidado no basta con el incumplimiento del deber y la verificación del resultado, sino que, además, se requiere que ese resultado específico sea el que se pretendía evitar con el cumplimiento del deber.

#### IV. CASOS NACIONALES

Un hecho acaecido en México: a un médico anestesiólogo le fueron solicitados sus servicios profesionales para anestesiar un paciente joven, sin padecimientos de ninguna clase ni antecedentes de síntomas alérgicos, que pretendía someterse a una intervención quirúrgica electiva, para corregir el aspecto estético de su nariz, el cual no era de su agrado (rinoplastia). El joven únicamente seleccionó al cirujano otorrinolaringólogo, con el que contrató la cirugía, no así al anestesiólogo, puesto que éste pertenecía al cuerpo médico del hospital en cuyo quirófano se iba a

<sup>6</sup> Cfr. Silva Sánchez et al., *Sistema de casos prácticos*, cit., p. 94; Roxin, Claus, *Derecho penal...*, cit., pp. 373 y 374.

<sup>7</sup> Para un amplio análisis de este supuesto y la problemática de la omisión, cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares. 1997, pp. 51-101.

practicar la intervención; la institución exigía que dicho profesional practicara la narcosis. La sala de operaciones tenía en uso una máquina de anestesia antigua y altamente deficiente (en el curso del proceso se probó que no oxigenaba debidamente), por lo que para la práctica de la anestesia no contaba con la tecnología moderna, en la que actualmente se dispone de oxímetro y censores o alarmas para detectar complicaciones, especialmente tendentes a la protección y seguridad del paciente. Sin embargo, a un lado se encontraba una máquina moderna de reciente adquisición que no fue instalada. Por otra parte, existen en el referido hospital diversos quirófanos adyacentes al que se iba a usar para atender al joven. Cabe señalar que el mismo anestesista a que se viene haciendo referencia adquirió el compromiso de atender la narcosis tanto en la cirugía del joven mencionado como en otra que simultáneamente se llevaría a cabo en el quirófano vecino de un paciente con apendicitis, por lo que tenía que trasladarse de un quirófano a otro y superficialmente revisar cómo iban los pacientes. Posteriormente admitió que así lo hizo, porque la rinoplastía se practicaría en una persona muy joven (23 años), sana, que se sometía a una corrección estética, en la que las complicaciones que pudieran sobrevenir eran catalogadas como mínimas. Por ello, al ausentarse, aunque fuere en lapsos de corta duración del quirófano donde se intervenía a dicho joven, el anestesiólogo quebrantó el deber específico de cuidado inherente a su función de velar la seguridad y protección del paciente durante todo el evento quirúrgico, lo que motivó que inesperadamente el equipo de cirugía detectara en el paciente un color en la sangre característico de insuficiencia respiratoria grave, por lo que de inmediato procedió al examen del resto del cuerpo, encontrando que ya mostraba cianosis. Aun cuando prestaron al joven los auxilios requeridos para salvar el “accidente operatorio”, los resultados fueron negativos y perdió la vida. La práctica de la necropsia reveló que la causa de la muerte fue insuficiencia respiratoria aguda, derivada de complicaciones en la narcosis del paciente.

Es claro que la posición de garante del anestesiólogo inició en el momento en que aceptó monitorear al paciente de 23 años,

contrato tácito, en el que se obligaba a vigilar y suministrar las cantidades de oxígeno necesaria para evitar la muerte, ello según lo dispone la Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología: “8.6 Conducir personalmente la anestesia y permanecer en la sala quirúrgica durante todo el procedimiento”.

En este caso el deber de garante surgido del contrato y la obligación prevista por la norma, fundamentan plenamente la imputación del resultado de muerte al anestesiólogo, pues el cumplimiento de su deber habría evitado con seguridad rayana en la certeza el resultado siendo su conducta constitutiva del delito de homicidio en comisión por omisión. Todavía más, dado el grave riesgo que supuso su comportamiento podemos considerar que estamos ante un supuesto de dolo eventual.

No debemos olvidar en el caso anterior que el resultado de muerte también le es atribuible al jefe cirujano, pues su deber era tener a todo su equipo completo para practicar la operación y, a sabiendas de no contar con el anestesiólogo para evitar la falta de oxígeno que diera lugar a la muerte, decidió poner en peligro el bien jurídico y, de ahí, la imputación del resultado también a su comportamiento omisivo.

Problema aparte será el de la tentativa de homicidio por omisión del jefe cirujano del quirófano respecto al paciente intervenido por apendicitis y, por supuesto, con idéntico razonamiento, el mismo título de imputación para el comportamiento del anestesiólogo.

Hasta aquí supuestos de conductas típicas, pues como anuncié al inicio de este artículo, la conducta puede estar descrita en la ley penal o considerarse como típica, pero puede no ser constitutiva de delito por estar amparada por una causa de justificación como el estado de necesidad justificante, tal como ocurre en los supuestos de aborto terapéutico.

María S. vivía en el municipio de Yahualica Hidalgo, contaba con tres meses de embarazo, cuando le manifestó a su hermana Margarita S., que se sentía mal porque le hacía falta la respiración;

por lo cual Margarita S. la llevó al Centro de Salud de Yahualica en donde no contaban con todos los aparatos médicos, pero fue recibida por el médico residente de guardia, quien al tomarle la presión y los signos vitales a María S., le refirió que llevaba muy alta la presión y su ritmo cardíaco era muy acelerado por lo que diagnosticó una cardiopatía severa y pronosticó grave peligro para su vida ya que en caso de trasladarla al Hospital General de Pachuca, que es donde cuentan con todos los aparatos médicos, también podía morir en el camino, por lo que le dijo que le tenía que practicar urgentemente un aborto, ya que de lo contrario podrían morir ella y el producto, motivo por el cual María S. dio su consentimiento para que le fuera practicado el aborto y así poder salvar su vida ya que tenía a la fecha dos hijos de cinco y dos años de edad. Una vez que el médico residente le practicó el aborto a María S., llegó el señor Juan V. (esposo de María S.) al centro de salud y fue informado por María S. que le tuvieron que practicar un aborto porque corría peligro su vida por lo que Juan V. se molestó y le dijo que ella se provocó el aborto y acudió ante el agente del Ministerio Público a denunciar a María y al médico residente. Lo paradójico del caso es que tanto la mujer como el médico residente fueron puestos a disposición del Ministerio Público y ambos fueron consignados ante el Juez Penal del Distrito Judicial de Huejutla de Reyes, Hidalgo.

Antes de resolver el caso anterior, narro uno más: una mujer gestante, en la que aparentemente todo se desarrollaba normalmente, fue programada para que se le practicara una cesárea, ya que su médico tratante había determinado que el producto no podría nacer por parto natural, pues la posición del mismo (pérvica) no lo permitía. No obstante que el ginecólogo había venido observando el desarrollo total del embarazo a través de los exámenes normales (biometrías y ultrasonidos) no detectó con anterioridad que uno de los ovarios de la grávida se encontraba colapsado e inflamado anormalmente, con riesgo de estallar de un momento a otro. Dicha situación la descubrió el médico en el quirófano, cuando practicaba la cesárea para que naciera el producto. Ante la inminente situación de riesgo de muerte para su paciente, sin soli-

citar la autorización correspondiente, decidió extirpar el ovario, lo cual trajo como consecuencia la disminución de la capacidad reproductiva de la grávida. Al concluir la cirugía, el médico informó al marido de su paciente el procedimiento que tuvo que realizar, además de la cesárea, señalándole que gracias a la decisión que tomó, tanto la madre como el producto se encontraban en óptimo estado de salud; sin embargo, inconforme el cónyuge de la mujer, acusó penalmente al ginecólogo solicitando que se le imputara la comisión del delito de lesiones, y que éstas fueran calificadas como graves, ya que con ellas el médico ocasionó una disfunción en la paciente.

Los dos casos expuestos son previstos en la legislación penal, el primero como aborto consentido y el segundo como lesiones pero ambos supuestos están justificados por el llamado estado de necesidad justificante previsto en el artículo 15 fracción V del Código Penal Federal, el cual establece:

#### Artículo 15. El delito se excluye cuando:

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo...

Cabe decir que en el primer supuesto, la doctrina discute si se trata de un estado de necesidad justificante debido a que se le concede igual valor a la vida de la madre que a la del niño, pero aun cuando se atendiera a la postura de ponerlos en planos de igualdad todavía tendríamos la salida del estado de necesidad exculpante, también prevista en la misma fracción, que procede cuando se lesionan un bien de igual valor al salvado, lo cual no justifica el hecho (injusto) pero sí elimina el reproche del sujeto.

A continuación narro un caso indiscutible de estado de necesidad exculpante: la señora Marcela Reina tuvo un parto en donde nacieron dos niñas siamesas constituidas por dos individuos del sexo femenino, las cuales estaban de frente, unidas por la parte de-

nominada “toracófago”, mismas que compartían el corazón. Las niñas nacieron a las treinta y dos semanas de gestación, por lo cual los médicos de la clínica estuvieron tratando a las menores por un lapso de dos meses. Al compartir el corazón y estar de frente unidas por el toracófago, los médicos comunicaron a los padres que necesitaban separarlas, porque los tejidos y los huesos en esa etapa son más fáciles de manipular, y el paso del tiempo complicaría la separación, y llegaría el momento en que el corazón ya no sería capaz de darle vida a las dos menores. Debido a tal situación, los médicos comentaron que por lo pequeño de las niñas y su corta edad, no era posible un trasplante de corazón para una de ellas, así que si no se separaban podrían morir las dos. Ante esta situación, los padres tenían que decidir entre separarlas y dejar que una de las niñas muriera o mantenerlas unidas y darles una expectativa de vida corta. La decisión fue muy difícil para los padres, pero según los doctores peritos en la materia no tenían otra alternativa. Los padres ya le habían puesto nombre a las menores (una de ellas se llamaba Miriam y la otra Blanca), incluso ya estaban registradas; y decidieron que se sacrificara a Miriam, y que sobreviviera Blanca. Los médicos realizaron con éxito la separación de las menores. Pero como lo habían previsto, Miriam falleció. Esta situación molestó mucho a la abuela paterna de las niñas, la señora Carmela L., quien denunció a su hijo, Gabriel G., a su esposa, Marcela R. y a los médicos que practicaron la cirugía, por el delito de homicidio, ya que los consideraba responsables del sacrificio de Miriam y argumentaba que si no se hubiera tomado la decisión de separar a las niñas, su nieta Miriam no hubiera muerto.

Como se puede apreciar, ante la disyuntiva en que se encontraban los padres y los médicos de sólo poder salvar a una de las siamesas, no se les puede reprochar su decisión y, en consecuencia, debe excluirse la culpabilidad tanto de los padres de las siamesas como la de los médicos que interviniieron.

## V. CONCLUSIÓN Y ADVERTENCIA

El estado de necesidad exculpante se ha definido en nuestra jurisprudencia en la siguiente forma: “ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro”.<sup>8</sup>

Cabe puntualizar que al criterio jurisprudencial le falta un elemento muy importante, y es que el conflicto que debe existir es ¡entre bienes del mismo valor!, porque cuando tienen distinta valía estamos ante un estado de necesidad justificante.

Termino reiterando el profundo respeto y admiración del que-hacer médico y de los graves problemas que pueden enfrentar cuando no se establecen con claridad los contornos del derecho penal y la aplicación de sus sanciones para quienes guían su actividad con el solo afán de salvar nuestras vidas y mantenerlas con salud.

<sup>8</sup> Sexta época, Primera Sala, *Apéndice de 1995*, t. II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 149, p. 85. Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1866/57. José María Bejarano Morales. 9 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2758/59. Pedro Hernández Vicente. 30 de julio de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3685/58. José Gonzalo Chan Rosado y coags. 7 de septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.