



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO DERIVADA  
DE SU EJERCICIO PROFESIONAL**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**NANCY CLAUDIA HUERTA QUEZADA**

**ASESORA DE TESIS DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS**



**CD. UNIVERSITARIA**

**2007**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# “LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO DERIVADA DE SU EJERCICIO PROFESIONAL”

## PRÓLOGO

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO 1

#### LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL

1.1.	Concepto de responsabilidad. ....	1
1.2.	Clases de responsabilidad. ....	5
1.3.	La responsabilidad civil extracontractual y sus elementos. ....	13
1.4.	Efectos de la responsabilidad civil extracontractual. ....	25
1.5.	Excluyentes de responsabilidad. ....	29

### CAPÍTULO 2

#### GENERALIDADES SOBRE EL DAÑO MORAL

2.1.	Actos ilícitos. ....	34
2.2.	Clases de Responsabilidad. ....	47
2.3.	Conceptos. ....	56
	2.3.1. Moral. ....	56
	2.3.2. Daño. ....	59
	2.3.3. Daño Moral. ....	61
2.4.	Naturaleza Jurídica del Daño Moral. ....	66
2.5.	Elementos que lo integran. ....	69

### CAPÍTULO 3

#### DEL MÉDICO EN GENERAL

3.1.	Concepto.....	74
3.2.	Requisitos y condiciones para el ejercicio de la medicina.....	80
3.3.	Las responsabilidades del médico por el uso indebido de la profesión....	93
3.4.	Relación Médico-Paciente.....	107
3.5.	Las Comisiones Nacionales y Estatales de Arbitraje Médico.....	112

## **CAPÍTULO 4**

### **PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR EL MAL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN**

4.1.	La protección a la vida y la salud desde el punto de vista constitucional. ....	122
4.2.	El ejercicio profesional a la luz de la Constitución Mexicana.....	125
4.3.	La Ley de Profesiones.....	127
4.4.	En la Ley General de Salud.....	132
4.5.	En el Código Civil Federal.....	138
4.6.	Código Penal Federal.....	141
4.7.	Procedimiento ante CONAMED.....	143
4.8.	Propuesta de solución.....	150
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>156</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>162</b>

## PRÓLOGO

Por lo regular, todo aquel que ejerce la medicina, está inmerso en los estudios de la ciencia médica y sus ramas afines sin tomar en mayor consideración que su actividad profesional conlleva la posibilidad de responsabilidades en otros planos como sería en materia administrativa, civil, penal, laboral. Y por lo tanto ¿Puede el médico en los inicios del siglos XXI seguir ejerciendo su profesión ignorando los ámbitos de sus responsabilidades?

Los antecedentes de la responsabilidad y el ejercicio de la medicina se remontan hasta las culturas mesopotámicas y más específicamente, al código de Hammurabi, en donde se establece desde cuanto cobrar un procedimiento, hasta cómo castigar un error del médico, y así tenemos que en el artículo 218 menciona “Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará la mano”. El artículo 219 refiere: “Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo”. La jurisprudencia francesa del siglo XV castigaba las faltas intencionales de los médicos, aun cuando fuesen leves, y las graves aun cuando no hubiese habido dolo y en los años 1825 y 1832 se procesaron a dos médicos (Helie y Thouret) por haber obrado imprudentemente y con impericia en su actuación profesional, ambos médicos fueron condenados a pagar una indemnización vitalicia a su paciente. Estos son los primeros casos de

responsabilidad profesional médica conocidos, los cuales sirvieron de antecedente jurídico, para que fueran legislándose en todo el mundo estas acciones.

Ante el incremento de procesos civiles y judiciales a que sea han venido enfrentando los médicos por demandas sobre responsabilidad profesional, y la poca instrucción que el médico recibe acerca de los conceptos legales de lo que es la responsabilidad, en todos sus ámbitos, se debe revisar el concepto de responsabilidad en general así como el marco jurídico aplicable en todos los sentidos al ejercicio de la medicina, para establecer en que casos tienen alguna responsabilidad los profesionales de la medicina.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la legislación existente para demostrar la responsabilidad del médico por el ejercicio indebido de su profesión, es insuficiente y está disperso en distintos ordenamientos legales, es por ello que con el presente trabajo se pueden hacer de dicho procedimiento expedito, eficiente y eficaz para una adecuada impartición de justicia.

La responsabilidad civil objetiva adquiere cada día mayor trascendencia, esto encuentra su explicación debido a que la sociedad exige día tras día seguridad y reparación del daño injustamente sufrido, lo que me lleva a reflexionar de que la sociedad lo que quiere es ser tratados por médicos profesionales, capaces y que estos respondan por los daños que puedan llegar a causar al paciente en una intervención quirúrgica haga uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas que por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, así como por el daño moral ocasionado.

Lamentablemente en la práctica médica, algunos doctores llegan a cometer actos que además de afectar gravemente a la víctima en su salud, lo afectan en su economía personal y familiar causándole una daño en sus sentimientos, honor, integridad física y psicológica, por lo que al ser que en la mayoría de los casos por su naturaleza y grado de afectación no resulta posible regresar las cosas al estado

que guardaban antes del daño cometido, por lo que el médico debe de pagar por ese daño físico y moral que ha ocasionado.

Por lo anterior este trabajo tiene como objeto, el realizar un estudio sobre la figura de responsabilidad civil objetiva, y el daño moral, y aportar elementos que sirvan a aquellos abogados que van a patrocinar al paciente, para que independientemente de las acciones penales que juzguen procedente y que al final difícilmente, tendrán el efecto de resarcir a la víctima del daño que realmente sufrió, promuevan un juicio de naturaleza civil en el que ejerciten las acciones de responsabilidad civil objetiva y de reparación de daño moral, que traiga como consecuencia el que se determine, que el médico incurrió en responsabilidad civil objetiva y por ende, además de ser condenado al pago de los daños y perjuicios que causó, también se determine que por esa responsabilidad civil incurrió en daño moral y que se le condene a resarcirlo.

El trabajo se dividió en cuatro capítulos los cuales, quedaron de la siguiente manera.

La responsabilidad en general se analiza en el capítulo primero, donde tanto su concepto, clases de esta, sus elementos, efectos y excluyentes de responsabilidad.

El daño moral, la analizó en el capítulo segundo donde precisamos todo lo concerniente a esta figura jurídica desde su concepto, naturaleza jurídica y elementos que lo integran.

Lo relacionado al médico en general se aborda en el capítulo tercero de esta tesis donde también se establece el concepto de este, los requisitos para ejercer dicha profesión, así como las responsabilidades en que el médico incurre por el uso indebido de dicha profesión. También, destacó la importancia de la relación médico-paciente, así como la importancia y función de las Comisiones Nacionales y Estatales de Arbitraje Médico.

Finalmente, en el capítulo cuarto proponemos una propuesta para hacer efectiva la responsabilidad del médico por el mal ejercicio de su profesión con el apoyo de algunos ordenamientos vigentes en esta materia.

## CAPÍTULO 1

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL

De manera general se puede decir que la responsabilidad civil es la obligación que corresponde a una persona determinada, de reparar el daño o perjuicio causado a otra, bien por ella misma, por el hecho de las cosas, o por actos de las personas por las que deba responder.

A efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema en comentario es necesario puntualizar lo siguiente.

#### **1.1. Concepto de Responsabilidad.**

Existen diversas opiniones respecto al concepto de responsabilidad civil para referirse a esta figura jurídica es por ello que, para algunos autores como José de Aguilar Díaz consideran que el término *reparación* es más claro que el de responsabilidad:

**“Otros sostienen que es el de responder el que debe utilizarse y finalmente, los que señalan que el derecho de daños es el más apropiado por que garantiza la reparación de intereses colectivos”.**<sup>1</sup>

Actualmente, la doctrina se ha dedicado a estudiar el tema de la responsabilidad civil, se toma como idea central la reparación de los daños, al

---

<sup>1</sup> AGUILAR DÍAZ, José. **Tratado de la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Edit. Trillas, México, 2002. p. 120.

sugerir inclusive que el término responsabilidad, **“sea sustituido por el de reparación”**.<sup>2</sup>

Gherzi considera:

**“Que esto es necesario en virtud de que el concepto de reparación, es más amplio y rico que el de responsabilidad por lo que permitirá que se estructure una teoría general sobre las situaciones dañosas”**.<sup>3</sup>

Se han estudiado las situaciones dañosas como género en virtud de que se considera que es necesario hacer un análisis más moderno del tema, sin dejar a un lado los principios de la doctrina tradicional.

Independientemente del término que se utilice, coincidimos con Bonnecase que señala:

**“Que responsable, responsabilidad, así como todos los vocablos cognados, expresan idea de equivalencia, de contraprestación, de correspondencia, por lo que la terminología variará según el autor del que se trate, sin que implique realmente una diferencia”**.<sup>4</sup>

Una de las dificultades para fijar el concepto de responsabilidad estriba en que toda manifestación de la actividad humana trae aparejado el problema de la responsabilidad ya que como se sabe, la responsabilidad siempre está ligada con

---

<sup>2</sup> Ibidem. p. 121.

<sup>3</sup> Cit. por GARRIDO CORDOVERA, Lidia. **Los Daños Colectivos y la Reparación**. 7ª edición, Edit. Universidad, Argentina. 2003. p. 181.

<sup>4</sup> BONNECASE, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. 7ª edición, Trad., del Lic. José M. Cajica Jr., Edit. Cárdenas, editor, México, 2000. p. 293.

el concepto de personalidad en virtud de que no puede hablarse de sanción, ni de indemnización, si no hay un individuo, o sujeto pasivo, que sea el que las deba recibir.

Pascual Estevill considera que:

**“El daño puede manifestarse de maneras muy diversas y en circunstancias distintas en virtud de que los comportamientos del hombre en sí mismo y en relación a las demás personas, animales y cosas de las que ha de responder, indemnizar o reparar el interés lesionado, son plurales”.**<sup>5</sup>

Asimismo, consideramos que el concepto de responsabilidad tiene como presupuesto la libertad del sujeto y es por ello que el derecho pueda atribuirle los efectos dañosos de sus actos u omisiones.

Bonnecase señala:

**“Que la responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento, frente a un deber u obligación”.**<sup>6</sup>

Por lo tanto, el punto más importante en el que hay que profundizar es en el de violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba el agente.

De lo anterior consideramos que es una idea que se aproxima a la definición de responsabilidad por que la noción de garantía se ha utilizado para sustituir el concepto de responsabilidad.

---

<sup>5</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. **Derecho de Daños**. 2ª edición, Edit. Bosh, Barcelona, 1997. p. 189.

<sup>6</sup> BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 298.

Al respecto, Bonnecase considera que el término responsabilidad:

**“Equivale al cumplimiento indirecto de la obligación ya que condena al sujeto que no ha cumplido la obligación, al pago de daños y perjuicios y entonces, será necesario determinar el monto de los daños y perjuicios que se hayan causado”.**<sup>7</sup>

Pascual Estevill explica esto de una forma más general, al señalar que

**“Ser responsable significa afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación que se hubiere dejado preestablecida, es decir, responder genéricamente a la violación del principio *alterum non laedere*, lo cual constituye la piedra medular del instituto de la responsabilidad”.**<sup>8</sup>

El perjuicio constituye el elemento distintivo de la responsabilidad civil, en oposición de la responsabilidad moral ya que en esta última no se trata de saber si hubo o no perjuicio, sino que lo que se busca es indagar el alma del agente, es decir, que para que la responsabilidad sea de naturaleza jurídica, se necesita necesariamente que haya un perjuicio.

En otras palabras, podemos definir a la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido.

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 301.

<sup>8</sup> PASCUAL ESTEVIL, Luis. Op. cit. p. 205.

## **1.2. Clases de Responsabilidad.**

Actualmente, cuando nos referimos a la responsabilidad, generalmente se entiende que es la responsabilidad civil, sin embargo, tengamos presente que la responsabilidad se clasifica, en cuanto a la rama del derecho que regula, en responsabilidad civil y responsabilidad penal.

Borja Soriano define la responsabilidad civil como:

**“La obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado”.**<sup>9</sup>

Pascual Estevill señala que:

**“La responsabilidad civil es el efecto que el ordenamiento jurídico hace recaer sobre el patrimonio de un sujeto que está correlacionado con la infracción de un deber prestario, ya sea éste de naturaleza positiva o negativa”.**<sup>10</sup>

Por su parte, Colín y Capitant exponen las diferencias prácticas más importantes entre los delitos civiles y delitos penales.

---

<sup>9</sup> BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 176.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 178.

**“1) La consecuencia o sanción no es la misma ya que mientras que el derecho penal tiende a castigar al culpable, imponiéndole una pena que puede ser corporal (que afecte a la vida, a la libertad o a la integridad del individuo) o pecuniaria; el derecho civil tiende a asegurar la reparación del perjuicio que se causó, imponiéndole al autor una condena únicamente de carácter pecuniario.**

**En el mismo sentido Planiol señala que el derecho civil únicamente considera a los delitos civiles como hechos productores de obligaciones. El derecho penal se ocupa también de los delitos, pero únicamente para asegurar su represión por medio del sistema de las penas. Los que tiene en común es que tanto en el derecho civil como en el derecho penal, un delito es siempre ilícito.**

**2) En los delitos penales, para que un acto constituya una infracción tiene que estar previsto por las leyes penales; en los delitos civiles, cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro da lugar a la reparación correspondiente a favor de la víctima.**

**3) Las infracciones penales no son siempre delitos civiles, en virtud de que hay actos castigados por el derecho penal que no causan ningún perjuicio. Son actos que requieren ser reprimidos con una penalidad pero en donde no hay ningún interés individual perjudicado que dé lugar a una demanda civil”.<sup>11</sup>**

---

<sup>11</sup> COLÍN Y CAPITANT, Henry. **Curso Elemental de Derecho Civil**. 2ª edición, Trad. Demófilo de Buen, Edit. Reus, España, 1990. p. 328.

No obstante estas distinciones, hay ocasiones en que un delito civil constituye también un delito penal, en cuyo caso habrá que seguir ciertas reglas para poder solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

Colín y Capitant exponen que:

**“Los hermanos Mazeaud distinguen la responsabilidad civil de la responsabilidad penal en cuanto al alcance de perjuicio. Es decir, que si el perjuicio alcanza a la sociedad, el autor puede ser castigado con una pena, a la cual se le llama responsabilidad penal. Si por el contrario, el perjuicio afecta a una persona privada, se puede obligar al autor a repararlo y entonces se le llama responsabilidad civil”.**<sup>12</sup>

Por lo anterior consideramos que la responsabilidad constituye una reparación del daño causado, no una sanción. Además, la responsabilidad penal también está vinculada con la responsabilidad moral ya que se requiere del elemento subjetivo del autor del daño. En la responsabilidad moral no se requiere necesariamente la existencia de una acción o una abstención y un perjuicio, a diferencia de la responsabilidad civil y penal en que éstos son elementos fundamentales. Sin embargo, la responsabilidad penal, además de esa acción u omisión y del perjuicio, requiere de la responsabilidad moral del agente.

La expresión responsabilidad civil, significa en el lenguaje jurídico actual.

El autor De Pina Rafael dice que:

---

<sup>12</sup> Ibidem. p. 329.

**“El conjunto de reglas que obligan al autor de un daño que ha sido causado a otro sujeto, a reparar dicho perjuicio mediante el ofrecimiento de un compensación a la víctima”.**<sup>13</sup>

Los elementos comunes en estas definiciones son:

- 1) La presencia de un daño; y
- 2) La obligación de reparar el daño causado.

De las definiciones anteriores se desprende que existe un vínculo de la obligación entre la víctima que sufre el daño y el responsable del mismo, ya que el responsable se convierte en deudor de la reparación y la víctima en acreedor de la misma.

La definición que adoptamos de responsabilidad civil es la siguiente: la obligación que surge a cargo de aquel sujeto que viola el deber genérico de no causar daño a nadie, de pagar los daños y perjuicios a la víctima.

Carbajal Aguilar Leopoldo considera que:

**“La doctrina a clasificado la responsabilidad civil en responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en función de que la fuente que dé origen a la obligación sea contractual o extracontractual, respectivamente”.**<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 408.

<sup>14</sup> CARBAJAL AGUILAR, Leopoldo. **Segundo Cursos de Derecho Civil**. 17ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999. p. 221.

La responsabilidad civil contractual se distingue de la extracontractual en que la primera, se genera por el incumplimiento de una obligación preexistente mientras que la segunda, surge como consecuencia de la lesión de un interés e inobservancia de un deber de respeto y de conservación de la esfera de intereses ajenos.

Bonnecase considera:

**“Como fuente de la responsabilidad delictuosa el incumplimiento de una obligación extracontractual, se señala como requisitos de la responsabilidad delictuosa los siguientes:**

- 1) El incumplimiento de la obligación acompañado de un perjuicio para un tercero.**
- 2) Que el incumplimiento sea resultado de una culpa del autor del perjuicio.**
- 3) Que el incumplimiento sea de una obligación extracontractual.”<sup>15</sup>**

Bonnecase establece las siguientes semejanzas y diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la delictuosa o extracontractual:

**“Semejanzas:**

- 1) El incumplimiento de una obligación, ya sea de hacer, no hacer o una omisión.**
- 2) El perjuicio.**

---

<sup>15</sup> BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 431.

**3) La culpa, que consiste en el incumplimiento consciente de la obligación.**

**Es importante resaltar que aun cuando estos autores consideran que el elemento de culpa constituye la base de la responsabilidad extracontractual, otros no opinan lo mismo ya que junto a la teoría subjetiva o por culpa, se encuentra la teoría objetiva o sin culpar, en la que profundizaremos más adelante.**

**4) Una indemnización la cual representa la reparación del perjuicio.**

**Diferencias:**

**1) La naturaleza de la obligación, es decir, la fuente que les dio origen.**

**2) Los resultados.**

**Asimismo, Bonnecase hace hincapié sobre varios aspectos que se distinguen en ambas figuras:**

**a) La voluntad de incumplir se concibe en forma distinta en ambos casos;**

**b) En las dos figuras, la gravedad del incumplimiento se aprecia en forma distinta;**

**c) La carga de la prueba es distinta en uno y otro caso ya que en la contractual, la culpa se presume por lo que el acreedor sólo tiene que probar el incumplimiento del contrato y en la delictuosa, el acreedor soporta la carga de la prueba del incumplimiento inconsciente;**

**d) Los daños y perjuicios en la responsabilidad delictual se aprecian mucho mejor que en la responsabilidad contractual”.<sup>16</sup>**

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 433.

Podemos decir que en oposición a la responsabilidad o culpa contractual, hay una responsabilidad o culpa extracontractual que se caracteriza porque desde antes existe un vínculo obligatorio o relación jurídica, entre el autor del daño y la víctima del mismo.

La responsabilidad extracontractual civil supone, una infracción del deber general de diligencia y respeto en las relaciones con el prójimo y sus bienes, cuya violación se traduce en la obligación de resarcir el daño causado.

La responsabilidad extracontractual es resultado de un hecho jurídico que no requiere necesariamente la existencia de un acreedor y un deudor. Esto pone al que sufrió el daño en un plano de desigualdad con el que lo ocasionó porque no necesariamente conoce al que le causó el daño o tiene una relación jurídica con aquél. Al contrario, la responsabilidad contractual si requiere de la obligación preexistente y por lo tanto, se traduce en la indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, la responsabilidad civil extracontractual se caracteriza porque no existe ningún vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo.

Asimismo, el autor Miguel Perales Carlos afirma que:

**“La doctrina ha señalado como otro de los elementos que distinguen la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, la ilicitud. En la responsabilidad contractual, el ilícito se concreta por el incumplimiento de la**

**prestación comprometida y en la extracontractual por la lesión a la esfera del interés de otro sujeto que esté protegido por el derecho.”<sup>17</sup>**

Consideramos que si bien la ilicitud señalada está estrechamente relacionada a su vez, con la fuente que le da origen a la obligación, no deja de ser otro elemento distintivo entre ambos tipos de responsabilidad. No obstante, este ha sido un punto de discusión en la doctrina ya que por un lado algunos consideran que son diferencias más externas que sustantivas mientras que otros consideran necesario hacer la mayor cantidad posible de distinciones entre las dos figuras.

La responsabilidad contractual se concreta por el mero incumplimiento de la obligación preexistente, mientras que en la responsabilidad extracontractual es por el simple hecho de que se cause un perjuicio a la esfera del interés de otro. En ambos casos, si los daños están dentro del interés protegido por el derecho, tendrá lugar la reparación de los daños patrimoniales o morales.

Los hermanos Mazeaud comentan que:

**“No existe distinción fundamental entre esos dos órdenes de responsabilidad, pero sí existen algunas diferencias. Para ellos, los autores que han hecho una distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual, desconocen la unidad de la responsabilidad civil ya que en lugar de apreciar las semejanzas entre los dos órdenes, se han**

---

<sup>17</sup> MIGUEL PERALES, Carlos. **La Responsabilidad Civil, por Daños al Medio Ambiente.** 3ª edición, Edit. Civitas, México, 2004. p. 128.

**concentrado sólo en las diferencias existentes entre las reglas que rigen. En virtud de ello, consideran que es necesario llegar a un sistema legislativo en el que la responsabilidad civil sea objeto de una reglamentación única.”<sup>18</sup>**

Consideramos que efectivamente hay elementos con características comunes y que la responsabilidad civil, es una, sin embargo, no estamos de acuerdo con este argumento porque estimamos que la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual es necesaria sobre todo por cuestiones prácticas que requieren de un tratamiento distinto.

La doctrina se refiere generalmente a las siguientes figuras, como fuentes extracontractuales de las obligaciones: la declaración de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, el riesgo creado o la responsabilidad objetiva y el abuso del derecho.

### **1.3. La responsabilidad civil extracontractual y sus elementos.**

Respecto a la responsabilidad civil extracontractual y su elemental el distinguido jurista Estevill señala que:

**“Los aspectos objetivo y subjetivo del ilícito aquiliano o extracontractual: el aspecto objetivo es el daño ocasionado injustamente, mientras que el subjetivo es la imputabilidad de la acción u omisión al daño ocasionado a otra persona. Este requisito de la ilicitud imputable, cuando se relaciona con**

---

<sup>18</sup> MAZEAUD, Henry y León. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Trad. de José M. Cajica, Edit. Cajica, Puebla, México, 1996. p. 361.

**la realidad perjudicial y el nexo de causalidad, fundamenta la acción reparatoria de los daños producidos a la víctima.”<sup>19</sup>**

Podemos decir que en muchas ocasiones, es difícil identificar el interés protegido por el derecho, respecto de cuyo daño va a proceder o no la acción resarcitoria. Consideramos que en este sentido, el daño no será resarcible si la conducta no constituye una violación culpable de la obligación general de respeto de la esfera del interés de las demás personas, por lo que el elemento objetivo depende del subjetivo. El problema que se presenta en relación con el elemento subjetivo, es identificar el nexo causal entre la actividad dañosa y el perjuicio.

Sin embargo, la ilicitud no está presente en todos los supuestos de responsabilidad extracontractual. A continuación analizaremos los elementos que la generalidad de la doctrina señala como constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.

Podemos resaltar la importancia de estudiar de manera exhaustiva el hecho jurídico y la estructura extrema o resultado del mismo, en virtud de que además de ser fundamental en el estudio general del derecho, lo es especialmente en este tema de la responsabilidad o reparación del daño, toda vez que el hecho humano es necesario para que haya derecho y para que pueda hablarse de reparación, se excluye así los hechos puros de la naturaleza, que aunque pueden generar daños, no constituyen fundamento para el acceso a la reparación.

---

<sup>19</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 207.

La actividad humana puede consistir en una acción o una omisión. En cualquiera de los dos, el proceso exterior de la actividad humana es un elemento necesario ya que interfiere en la esfera jurídica de otro sujeto al producir un daño. Esta actividad puede comprobarse fácilmente en los casos de reparación por responsabilidad subjetiva más no resulta tan fácil en los casos de responsabilidad objetiva o por intervención directa de las cosas. Aun en los casos de responsabilidad objetiva en los cuales la cosa interviene con autonomía, la conducta humana resulta ser causante de la situación dañosa ya que necesariamente hay una conducta humana previa a la relación de causalidad entre el daño y la cosa, sin la cual no se habría producido el daño.

### **Ilicitud**

Pascual Estevill subraya que:

**“La antijuricidad o ilicitud constituye el presupuesto necesario para la imputabilidad de la responsabilidad, sin embargo, los requisitos son distintos según se trate de un supuesto del ilícito penal o del ilícito civil. En el caso del primero, no es necesario que el perjuicio se constate materialmente mientras que en el ilícito civil sí se requiere comprobar la realidad perjudicial.”<sup>20</sup>**

El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal impone la obligación de reparar los daños causados, siempre que se haya actuado ilícitamente o contra las buenas costumbres.

---

<sup>20</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 265.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal define en su artículo 1830 la ilicitud, al establecer que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, es decir, como aquella conducta que es contraria a derecho o a las buenas costumbres. Se ha considerado que hay una contradicción entre los dos artículos mencionados en virtud de que el artículo 1910 distingue lo ilícito de las buenas costumbres, mientras que el artículo 1830 incluye lo contrario a las buenas costumbres dentro de su definición de ilicitud.

No es el mismo caso cuando se trata de la responsabilidad objetiva en donde la ilicitud en el obrar no es un requisito para que se impute la responsabilidad, ya que el artículo 1913 dispone que aun cuando el sujeto no obre ilícitamente, deberá responder de los daños causados por el uso de mecanismos, instrumentos, etc. No obstante, se ha interpretado que aun al obrar lícitamente es antijurídico en virtud de que viola el deber general de no dañar a nadie.

En este sentido lo expresa Pascual Estevill, al señalar que:

**“La ilicitud en las relaciones obligacionales se intuye de manera implícita del propio incumplimiento de la obligación; mientras que en la esfera aquiliana la antijuridicidad surge de la propia realidad perjudicial, que aun cuando el daño no se ha producido por la violación de algún precepto específico, sin embargo, su propia existencia muestra que el agente no se comportó con la prudencia y diligencia que exigía la naturaleza de la obligación de no causar daño a nadie.”<sup>21</sup>**

---

<sup>21</sup> Ibidem. p. 266.

De Miguel Perales considera que:

**“La ilicitud es un elemento esencial de la responsabilidad civil porque a través de aquélla se puede apreciar la existencia de la responsabilidad. Asimismo, define la ilicitud como la cualidad del acto que viola una norma positiva o, en su defecto, el principio *alterum non laedere*, pero en todo caso esa violación debe existir, ya que de otro modo no es posible imponer a nadie una obligación por un acto lícito del que, por definición, no ha podido surgir un daño injustificado y, por ello, reparable.”<sup>22</sup>**

### **El daño**

Peniche López Edgardo, señala respecto al daño lo siguiente:

**“El daño es uno de los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil. La mayoría de los autores, si no es que todos, están de acuerdo en que necesariamente tiene que existir el daño para que haya responsabilidad porque traduciéndose la responsabilidad civil en obligación de resarcir, lógicamente no puede concretarse donde nada hay que reparar.”<sup>23</sup>**

Podemos decir que el daño, además de elemento esencial, es la verdadera razón de ser de la responsabilidad civil, lo que permite su existencia.

---

<sup>22</sup> MIGUEL PERALES, Carlos. Op. cit. p. 305.

<sup>23</sup> PENICHE LÓPEZ, Edgardo. **Instituciones de Derecho Civil**. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 271.

En nuestro derecho, el Código Civil para el Distrito Federal distingue el daño patrimonial del moral y hace referencia tanto a los daños como a los perjuicios.

El artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal define el daño:

**“Artículo 2108. Se entiende por daños la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación.”**

Por su parte, el artículo 2109 define el perjuicio como la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido si la obligación se hubiera cumplido o si el daño no se hubiera causado.

El artículo 1916 regula el daño moral y establece:

**“Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.**

**Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una**

**indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrán quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.”**

Por otro lado, Carmona Lara comenta lo siguiente:

**“Hay autores que han querido elaborar un concepto de daño más social que individual en virtud de que consideran que las situaciones de daño tradicional han cambiado en la actualidad.”<sup>24</sup>**

El propósito principal de esto es posibilitar una reparación basada en la equidad con el objeto de no dejar sin reparación al damnificado en aquellos casos en que por presentarse justificantes o eximentes de responsabilidad, se le deje sin reparación.

Esta nueva visión es resultado de las situaciones generadoras de daños que actualmente se presentan y que requieren de una adecuación del marco jurídico y de la doctrina tradicional para responder a las necesidades sociales. Esto resulta relevante para temas como el de daños al medio ambiente ya que son

---

<sup>24</sup> CARMONA LARA, María del Carmen. **La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental**. 2ª edición, Edit. UNAM, PEMEX, México, 2002. p. 125.

casos o situaciones nuevas que traen consigo daños sociales muy grandes y que requieren de nuevas soluciones.

Culpabilidad.

Para Colín y Capitant, este es un elemento que es esencial de la responsabilidad y que a su vez se divide en dos condiciones:

- “1) La imputabilidad: Para que alguien pueda ser responsable de sus culpas, debe encontrarse en estado de comprender el alcance de sus actos, es decir, que esto se relaciona con la cuestión de capacidad. No puede imputársele responsabilidad a un incapaz que no tiene facultad de razonar sus actos.**
- 2) Culpabilidad: Para definir la culpa, Colín y Capitant siguen el criterio de los jurisconsultos romanos, al concluir que para evitar un daño a otro, el hombre debe portarse como lo hace, no el individuo dotado de una diligencia media, sino dotado también de prudencia y atención, en otro caso, el autor del perjuicio incurre en culpa, es responsable”.**<sup>25</sup>

Para nosotros, es necesario distinguir entre la culpa civil y la culpa moral ya que la culpa jurídica se caracteriza por sus consecuencia perjudiciales en tanto que la culpa moral no constituye una fuente de responsabilidad.

---

<sup>25</sup> COLÍN Y CAPITANT, Henry. Op. cit. p. 261.

También es necesario establecer la diferencia entre la culpa contractual y la culpa extracontractual: la primera consiste en el incumplimiento por parte del deudor de la obligación a que estaba sujeto por el contrato que lo ligaba a su acreedor, mientras que la segunda se basa en causar un perjuicio a otro ya sea por maldad e intención de dañar, o simplemente por la falta de las precauciones necesarias.

Para Rojina Villegas:

**“La diferencia entre la doctrina de la culpa extracontractual y la de la culpa contractual se base en el tipo de interferencia que implica ya que en la primera se refiere a los hechos ilícitos por una interferencia negativa ya que se cumplen las obligaciones; y la segunda, comprende los hechos ilícitos por una interferencia positiva. Asimismo, define la culpa como todo acto ejecutado con negligencia, descuido, falta de previsión, o bien, con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa toma el nombre de dolo”.**<sup>26</sup>

Esto se aplica únicamente a los casos de responsabilidad subjetiva o por culpa, ya que en la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, el elemento de culpabilidad se encuentra ausente.

En este mismo sentido, podemos señalar que cuando la culpa intencional o la negligencia estén presentes en los actos que causan un perjuicio, se estará frente al sistema subjetiva de siempre. Por el contrario, si en el momento de la

---

<sup>26</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. Vol. II. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 366.

producción del daño existe una relación física o nexo causal entre un riesgo por actividad determinada y el daño, se le atribuye un acto u omisión lícitos, estaremos en presencia de la responsabilidad sin culpa, en cuyo caso será más fácil la parte probatoria y consecuentemente, que proceda la reparación correspondiente.

Se distingue el dolo de la culpa o negligencia respecto de la culpa: la culpa es el no prever o no evitar lo que puedo y debió preverse, el dolo consiste en no evitar el daño que se previó. El agente actúa con dolo si es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias para evitarlo, se quiere por ese solo hecho los daños.

**“La doctrina y la jurisprudencia en España definen el dolo como la preordenación del hecho al evento dañoso”.**<sup>27</sup>

Pascual Estevill admite la tesis que señala que:

**“La imputabilidad por culpa es la única fuente de obligaciones para reparar el daño ni el único presupuesto de la responsabilidad”.**<sup>28</sup>

Esto está relacionado de manera muy estrecha con la responsabilidad por el hecho ajeno, en virtud de que se ha considerado que hay ocasiones en que el elemento moral no interviene en el agente ni existe culpa por parte del perjudicado pero que por otras circunstancias se causa un daño. Ante estas situaciones, el legislador ha recurrido a la equidad, para que ningún hecho quede sin resolver.

---

<sup>27</sup> MIGUEL PERALES, Carlos. Op. cit. p. 269.

<sup>28</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 199.

En nuestro sistema jurídico, la noción de la culpa se desprende del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: “El que obra ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia de la víctima”.

Aún cuando no menciona expresamente el elemento de culpa a cargo del autor del daño sino de la víctima como excepción a la imputación de responsabilidad, se desprende a través del hecho ilícito o contra las buenas costumbres que se considera como un término más amplio.

En consecuencia, está prohibido actuar con descuido, negligencia o falta de previsión. Por lo tanto, todo hecho del hombre que cause daño a otro que viole esa regla general de conducta, obliga al culpable a la reparación del daño causado.

El nexo causal o la relación causal, es un elemento importante de la responsabilidad civil ya que si no existe un vínculo entre la actividad humana y el daño producido, no se puede exigir la reparación del mismo.

En otros términos lo explica Rojina Villegas:

**“Al apuntar que para que la responsabilidad civil pueda imputarse a un sujeto determinado, es necesario que el sujeto sea culpable y que sea causante del mismo”.**<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 367.

Gherzi se limita a analizar el nexo causal en la responsabilidad objetiva al observar que en ésta, hay una doble relación:

- “a) La relación acto humano-daño, es decir que existe una relación entre el acto u omisión de sujeto con la cosa que ha sido puesta en situación de causar el daño, ya que siempre hay un factor externo a la cosa que la coloque en situación generadora de daño, ya sea que se deba a un factor natural, en cuyo caso se excluye de responsabilidad al hombre, o por la conducta del hombre; y**
- b) La relación cosa-daño que necesariamente requiere del presupuesto del factor humano”.**<sup>30</sup>

De lo anterior se puede comprender que el ordenamiento jurídico no hace distinción entre las circunstancias que concurren en el momento en que se causa el perjuicio de la esfera del interés ajeno, ya que el derecho únicamente reacciona ante la producción del daño, si entre éste y el interés que se ha perturbado existe en una relación. Por lo que es necesario demostrar que la protección jurídica de que goza el interés lesionado está destinada, a aquel tipo de intereses y en relación con la acción y omisión que lo han producido.

- 1) Si bien el elemento causal es reconocido por la doctrina como fundamental para que exista responsabilidad, también se admite la dificultad de determinar la existencia del mismo.

---

<sup>30</sup> Cit. por CARMONA LARA, María del Carmen. Op. cit. p. 268.

También se ha señalado la importancia de no confundir de culpabilidad con la causalidad ya que no todo sujeto culpable es necesariamente el causante del daño, por que en el juicio de responsabilidad civil, el actor deberá probar tanto la culpa o el dolo del demandado, como la existencia del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, y que efectivamente se produjo un menoscabo o perjuicio en su patrimonio.

#### **1.4. Efectos de la Responsabilidad Civil Extracontractual.**

De manera inmediata, podemos decir que cuando alguien comente una lesión o daño la obligación inmediata para éste, es la reparación del daño, lo cual se traduce en que la víctima puede elegir entre el restablecimiento de la situación anterior o el pago de daños y perjuicios y en ambos casos, el pago de daño moral.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal regula la reparación del daño en el capítulo V de las obligaciones que hacen de los actos ilícitos como la regla general para cualquiera de los casos que el mismo código regula que tiene como efecto o consecuencia la producción de un daño.

En primer párrafo del artículo 1915 establece: “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

El perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita, debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, de conformidad con el artículo 2109 del Código Civil para el Distrito Federal.

En relación con esta posibilidad de que el ofendido pueda elegir entre el restablecimiento de la situación anterior o en el pago de daños y perjuicios, los tribunales han manifestado que cuando la acción verse sobre responsabilidad extracontractual y proceda la condena, el juzgador debe fijarla en la obligación del restablecimiento de la situación anterior al daño causado, y sólo que ello no sea posible, habrá de condenar al pago de daños y perjuicios.

El artículo 1916 establece que el juez quien determina la indemnización por daño moral, se toma en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. La determinación del monto de la indemnización es compleja.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1916 bis se refiere a los requisitos para que proceda la reparación del daño moral: “En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta”.

Entre la responsabilidad civil contractual, es necesario que haya una relación entre los daños y los perjuicios y la falta de cumplimiento de la obligación. En la responsabilidad extracontractual, este último elemento no es necesario toda vez que aun cuando el agente del daño haya cumplido con sus obligaciones, si causa un daño tiene que repararlo.

Surge entonces la discusión doctrinal de qué es lo que debe considerarse como daño, si solo la repercusión perjudicial inmediata de un hecho determinado, o, al contrario, al perjuicio consumado y definitivo, última consecuencia de la

cadena causal. Debe concluirse, desde luego, por la aplicación de la noción de daño, al perjuicio consumado.

Rojina Villegas establece reglas aplicables al ejercicio de esta obligación de reparar el daño dentro de la responsabilidad civil extracontractual:

- “1) La reparación puede consistir a elección del ofendido, ya sea en una reparación pecuniaria, es decir, el pago de daños y perjuicios; o la restitución de la situación anterior.**
- 2) La obligación de reparar comprende tanto los daños, como los perjuicios.**
- 3) Aún cuando muchos autores dicen que dentro de la responsabilidad extracontractual no se puede estipular su exención o limitación, hay autores que opinan que sí puede establecerse esta estipulación en lo que se refiere al dolo o a la culpa leve, no así respecto de la culpa grave.**
- 4) La acción para exigir la reparación de los daños causados, de conformidad con el artículo 1934 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño tanto en los casos de hechos ilícitos como de responsabilidad objetiva”.**<sup>31</sup>

Cuando se trata de reparación del daño en caso de muerte o incapacidad total o permanente, el segundo párrafo del artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal nos remite a las cuotas establecidas por la Ley Federal del Trabajo

---

<sup>31</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 360.

y fija la utilidad o salario máximo que se deben calcular para estimar el monto del daño, al respecto, los tribunales se han pronunciado en el sentido de que se debe estimar el monto del daño de acuerdo con los cálculos hechos por el propio legislador para cosas análogos, en los que se tiene que reparar a la familia, los daños causados por la muerte de la persona que la sostenía o ayudaba a su sostenimiento.

Sobre este punto, podemos decir que si bien este tipo de indemnizaciones no representan la reposición o el equivalente del bien dañado, su tendencia es a repararlo por vía de compensación.

Al concluir, podemos señalar que la responsabilidad civil surge cuando se puedan probar los elementos constitutivos, depende de cada una de las figuras que analizaremos más adelante.

La reparación del daño será de acuerdo al tipo de daño causado, de tal forma que la reparación del daño patrimonial, lo contempla el artículo 1915, su segundo párrafo se refiere al daño causado por las cosas, en cuyo caso nos remite a la Ley Federal del Trabajo.

De conformidad con el artículo 1916, será el Juez quien determine el daño moral, al tomarse en cuenta el grado de responsabilidad, las circunstancias económicas de la víctima, las circunstancias económicas del autor del daño, entre otras.

Es importante mencionar que en el caso de los daños causados por la utilización de mecanismos peligrosos o sustancias peligrosas, en ocasiones los daños no pueden repararse mediante el restablecimiento de la situación anterior, toda vez que en ocasiones son daños físicos, aunque también pueden ser materiales.

### **1.5. Excluyentes de Responsabilidad.**

En la actualidad dentro del terreno de la responsabilidad extracontractual hay distintos supuestos en que se exime la responsabilidad como es el caso de los siguientes supuestos:

- a) Cuando el hecho lesivo que se produce por culpa exclusiva del perjudicado;
- b) Cuando se produce por caso fortuito o fuerza mayor;
- c) Cuando es resultado

En estos casos, aquél que llevó a cabo el acto u omisión que está relacionado con el daño, no tendrá que repararlo porque se considera que hay falta de causa.

Esto tiene sentido, en virtud de que la obligación resarcitoria tiene su fundamentación en la producción de la situación de desequilibrio que el daño representa y en su relación con el hecho que lo ha ocasionado.

El Código Civil para el Distrito Federal así lo establece cuando exime de la responsabilidad civil cuando el daño se produzca por culpa inexcusable de la víctima, haya sido por culpa o hecho de un tercero, es decir, una persona que no sea el sujeto que realizó el acto directamente, o por caso fortuito en su artículo 2111 que se refiere al incumplimiento de las obligaciones contractuales pero se aplica también a la responsabilidad extracontractual.

El Código Civil para el Distrito Federal señala como excluyente de responsabilidad el hecho de que el daño se haya producido como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, tanto para el caso de los hechos ilícitos, en el artículo 1910, como para el de responsabilidad objetiva, en el artículo 1913.

Aún cuando no menciona el caso en que el daño se haya producido por acto de un tercero, se entiende que ésta sería otra excluyente de responsabilidad en virtud de la causalidad entre el hecho y el daño.

Pascual Estevill hace hincapié:

**“En que ambos casos el problema radica en determinar si la actividad de la víctima o del tercero, en mediata colaboración con la del actuante, ha interferido de manera suficiente en la relación causal para que actuante pueda quedar exonerado del deber resarcitorio”.**<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 217.

Lo fundamental para poder determinar a quien se le deberá imputar la responsabilidad, está relacionada con la inmediatez o mediatez que se le atribuya a la causa productora del daño. Para que al primer sujeto que lleve a cabo un acto u omisión que se relaciona con un daño, se le decida eximir del deber resarcitorio, porque se pruebe que un tercero o la víctima han intervenido en la cadena causal, es necesario examinar detalladamente todas las circunstancias relacionadas, para poder determinar si efectivamente hay una causalidad entre el hecho y el daño producido.

El Código Civil para el Distrito Federal no dispone expresamente que los hechos, en reacción al perjuicio deberán ser consecuencia directa e inmediata de su producción, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado la relación de causalidad como uno de los elementos necesarios para atribuir la responsabilidad a un individuo determinado.

De esta manera, vemos como no es fácil determinar entre varios hechos, cuál es el que efectivamente produjo el daño para poder determinar si se eximen o no de una presunta responsabilidad del sujeto principal.

Respecto al caso fortuito o fuerza mayor hay autores que no hacen distinción entre el caso fortuito o la fuerza mayor y consideran que:

**“Debe constituir un obstáculo imprevisible, general (salvo cuando se trate de la ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo”.**<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup>Ibidem. p. 218

De acuerdo con las características anteriores, si el hecho puede ser previsible no hay caso fortuito o fuerza mayor. La imposibilidad para cumplir con la obligación debe ser general, lo cual se refiere a que la imposibilidad para el cumplimiento de la obligación debe ser para todo el mundo, no únicamente para un sujeto en una situación en particular.

Asimismo, la imposibilidad deberá ser absoluta y definitiva. No basta con que la ejecución haya hecho más difícil o más onerosa, puede haber allí desequilibrio en las prestaciones, no fuerza mayor. La imposibilidad es definitiva cuando no debe cesar después de cierto tiempo.

**“La doctrina se refiere al caso fortuito y fuerza mayor como eximentes de responsabilidad, principalmente al caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero es importante resaltar que también se aplica a la responsabilidad extracontractual en el sentido de que si se produce un daño como consecuencia de un caso fortuito, por ejemplo, que hubiera un temblor, si hay una relación de causalidad entre el hecho y el daño, es claro que no se le puede imputar la responsabilidad a un sujeto por falta del nexo causal”.**<sup>34</sup>

No obstante, se presentan dificultades por las características mismas de la responsabilidad extracontractual, que hacen que no se aplique a todos los casos.

---

<sup>34</sup> CARMONA LARA, María del Carmen. **Los grandes problemas ecológicos, recomendaciones y propuestas**. 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 269.

De lo anterior, podemos deducir que el sistema objetivista, no depende del grado de diligencia que el sujeto hubiere tenido para evitar la producción del daño, sino que se basa en la realidad perjudicial y su relación inmediata con la acción u omisión que los ha originado. Es decir, que su atribución no es en relación con la imputabilidad culpable o no del hecho, sino que se debe a la reparación de cualquier lesión al interés de otro miembro de la comunidad.

En el caso de la responsabilidad subjetiva o por culpa, es más fácil probar que la imprevisibilidad se dio a pesar de la diligencia empleada, lo cual liberará el sujeto que actuó. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad objetiva, el simple hecho de que no pudieron preverse los daños no es suficiente para eximir de responsabilidad al sujeto.

Nuestra opinión es que tanto la responsabilidad subjetiva como la objetiva, aunque son una misma responsabilidad, tiene matices distintos y ambos sistemas son necesarios para cubrir los distintos daños que puede sufrir la sociedad. No obstante, estamos de acuerdo en que es necesario que predomine la responsabilidad objetiva para cubrir el mayor número de daños posibles, como una respuesta a los nuevos daños surgidos de los avances tecnológicos y científicos.

## **CAPÍTULO 2**

### **GENERALIDADES SOBRE EL DAÑO MORAL**

Una vez agotado en el capítulo anterior lo referido a la responsabilidad civil, corresponderá en este capítulo hacer lo propio con el daño moral, por ser este un tema que está estrictamente relacionado con la tesis en estudio.

Al hablar de daño, muchas de las veces se nos viene a la mente el daño producido a los bienes o cosas de una persona, pero en varias ocasiones el daño también puede ser moral.

El daño en general es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona por falta de cumplimiento de una obligación como acertadamente lo establece el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal. La anterior definición puede entenderse en el sentido de daño material pero también hay daño moral.

El daño moral, lo podemos entender como aquél que afecta a la vida de una persona, a su bienestar o a su honor o hasta el psique o mente de alguien; con el propósito de ahondar sobre el tema, será oportuno precisar lo siguiente.

#### **2.1. Actos Ilícitos.**

Antes de definir lo referido a los actos ilícitos, será conveniente señalar que entendemos por acto jurídico.

El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Para De Pina Vara Rafael:

**“La palabra acto en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, que corresponde entonces, a la palabra latina *negotium*; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, que responde en este caso, al término latino *instrumentum*”.**<sup>35</sup>

Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y al hacer abstracción de su prueba, son actos jurídicos, los documentos notariales o privado en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales. Por el momento únicamente nos ocuparemos de los primeros.

El acto y el hecho jurídicos constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho. El supuesto en el proceso normativo desempeña un papel semejante al de la causa en el proceso de causalidad. Sin embargo, las diferencias son notorias y como se sabe, el principio de causalidad, es substituido en el orden jurídico por el de imputación.

---

<sup>35</sup> DE PINA VARA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003. p. 69.

En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aún cuando ésta si constituye su forma normal; pues puede exteriorizarse la voluntad mediante actos que revelen claramente un propósito en el sujeto para producir determinadas consecuencias de derecho.

Al respecto Rojina Villegas precisa que

**“a) Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico”.**<sup>36</sup>

Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

b) Un objeto, física y judicialmente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derecho u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derecho u obligaciones.

---

<sup>36</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 78.

Hay también un objeto indirecto; pero éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde lo encontramos.

Como lo señala Rafael Rojina Villegas:

**“El objeto directo en los convenios es crear, transmitir. Modificar o extinguir derecho u obligaciones y el indirecto consistente en la cosa o en el hecho materia del convenio”.**<sup>37</sup>

De tal manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y así cada obligación tiene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato de compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato de compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato y de la obligación creada por el mismo. Sobre este particular debe decirse que propiamente las cosas o los hechos, son objetos indirectos de las obligaciones y, por consiguiente, de los contratos, en tanto que se refieren a formas de conducta.

- c) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el

---

<sup>37</sup> Ibidem. p. 79.

ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares.

Después de esta breve exposición, será necesario señalar lo referido a los actos ilícitos para no tener confusión al respecto.

**“El acto se dice que es ilícito, cuando la conducta viola deberes prescritos en una norma jurídica”.**<sup>38</sup>

En relación a lo anterior, resulta más propio hablar de conducta ilícita, pues ésta comprende la forma positiva (acción) y la negativa (omisión). Pueden ser sinónimos de los ilícitos, si se le quita la carga de violación del derecho y de la moral, lo antijurídico, y lo injusto, si se estima que la justicia y el derecho tiene la misma esencia.

Para Eduardo García Maynez:

**“Las conductas ilícitas son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos. Las conductas lícitas son: la ejecución de los actos ordenados, la omisión de los actos prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos (actos no ordenados ni prohibidos)”.**<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. Op. cit. p. 70.

<sup>39</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 221.

Al respecto Kelsen afirma que:

**“Los actos de sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico”.**<sup>40</sup>

Tradicionalmente se dice que un acto está sancionado porque es ilícito cuando debería decirse que un acto es ilícito porque está sancionado. La primera tesis está fundada en una concepción **iusnaturalista** que piensa que hay conductas buenas o malas, justas o injustas por naturaleza.

El maestro Kelsen al respecto afirma que:

**“Lo que es bueno o justo para un sistema moral puede ser malo o injusto para otro. La concepción tradicional de lo ilícito implica que el término, al igual que sus sinónimos, lo antijurídico o lo injusto, es contrario a derecho; asegura que esta posición es equivocada pues el acto ilícito es castigado según las normas que el propio derecho establece. Concluye al decir que en realidad el acto ilícito es una de las condiciones de la sanción. La sanción civil y la pena consisten en irrogar coactivamente un mal o sea la privación coactiva de un bien”.**<sup>41</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal indica que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres como lo establece el artículo 1830 y a su vez el 1910 del Código Civil para el Distrito

---

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. **Filosofía del Derecho**. 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990. p. 189.

<sup>41</sup> Ibidem. p. 190.

Federal; otro precepto del mismo ordenamiento en contradicción al anterior, dice que el que obra ilícitamente o contra las buenas costumbres cause u daño a otro está obligado a repararlo. La contradicción es evidente pues en el primer artículo citado, la ilicitud comprende las leyes de orden público y las buenas costumbres, mientras que el segundo excluye a las buenas costumbres del término ilicitud y por tanto las vuelve a mencionar. En realidad cuando el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal menciona a las buenas costumbres introduce un concepto equivoco que deja al arbitrio del juzgador interpretar (es decir, el tribunal puede determinar lo que es buena costumbre según la concepción que tenga en determinado momento). Por otra parte, resulta en la opinión de algunos juristas redundante que se mencione a las leyes de orden público, pues en su concepto toda ley emanada del legislador pretende establecer un orden en la sociedad.

Es preciso sin embargo, hacer un análisis de los dos casos de ilícitos establecidos por el artículo 1830, esto es:

1°.- Lo que va en contra la ley.

2°.- Lo que va contra las buenas costumbres.

Debe como punto previo, indicarse que no todos los hechos o abstenciones que van contra una ley son ilícitos, pues existen diversos tipos de la ley, que según Ramón Sánchez Medal son:

**“A. Supletoria o permisiva.**

**B. Prohibitiva.**

**C. Preceptiva, imperativa u ordenadora.**

**Y una vez que se determine frente a que tipo de ley se produce una conducta, se podrá precisar si tal conducta es lícita o ilícita”.**<sup>42</sup>

Ley supletoria, es la que emite el Estado para regir las conductas humanas cuando los sujetos que producen esas conductas no han previsto todas las consecuencias de su proceder.

La ley supletoria se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto; suplen el silencio de los que realizan una conducta, y por lo mismo sólo rige esta ley en defecto de declaración expresa; de ahí que, si se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone, no se realiza un hecho ilícito.

Por ejemplo, una persona va a establecer en los términos del artículo 1078 del Código Civil para el Distrito Federal una servidumbre legal de acueducto y al efecto se pone de acuerdo con los propietarios de los fundos intermedios, pero no hace referencia alguna a la retribución por los posibles daños que les pueda causar a éstos por filtraciones de las aguas; ante esta omisión, se aplica la ley supletoria, la cual determina que se deberá indemnizar por esos daños, si se causan; pero si se pacta en contra de lo dispuesto por ese artículo 1078 esto es, que no se pagará los daños aunque se causen, no con ello se realiza una conducta ilícita, pues se está en presencia de una norma supletoria.

---

<sup>42</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 29.

Otro caso: El usufructuario no tiene el deber jurídico, conforme al artículo 1018 del Código Civil para el Distrito Federal de hacer las reparaciones necesarias indispensables para mantener la cosa en el estado en que la recibió, si la necesidad de éstas proviene de vejez, vicio intrínseco o deterioro grave anterior a la constitución de un usufructo a título gratuito.

Pues bien, si el nudo propietario y el usufructuario convienen en que éste sí tenga ese deber, pactaran en contra de lo que dispone la ley, y sin embargo, su conducta no es ilícita porque se trata de una norma supletoria.

Respecto a la ley prohibitiva, el Estado entre otras funciones, tiene la de regular las relaciones sociales; por lo mismo, tiende a reprimir la voluntad de los particulares en aquéllas manifestaciones que pueden ser dañosas al orden y convivencia social. Por ello, restringe la libertad de las personas en sus actos de voluntad, pero lo hace no en una forma absoluta, sino excepcional.

Para José Valle Muñiz:

**“De ahí que, cuando en la ley se considera que algo puede trastornar el orden jurídico si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, de manera expresa y terminante, establece una prohibición”.**<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> VALLE MUÑÍS, José. **Los Actos y Hechos Jurídicos**. 2ª edición, Edit. Esfinge, México, 2005. p. 91.

Por lo mismo, la voluntad de los particulares se guía por el principio de la legalidad que dice a los particulares todo lo que no les está prohibido, les está permitido. En cambio, al Estado todo lo que no tiene expresamente conferido en la ley, le está prohibido. Este principio se consigna en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 124.

Las prohibiciones en materia civil, en consecuencia, sólo pueden resultar de una expresión formal de la ley, y no podrán suponerse de otra manera, salvo que la naturaleza de la institución lo haga ver en forma implícita.

Pero no todo acto que pugna contra este tipo de ley recibirá el mismo castigo o sanción, pues si bien es cierto que se tratará en todos los casos de conductas ilícitas, también lo es que no toda norma prohibitiva busca la tutela del mismo tipo de intereses.

El Jurista Benjamín Flores considera que:

**“En efecto, hay normas de tipo prohibitivo que impiden finalizar ciertos actos pues de verificarse éstos, se afectará el interés de determinadas personas, y finalmente otras disposiciones prohibitivas, aunque los particulares las ataquen, por conveniencia social, se dejan subsistir las consecuencias del acto, y se les aplica a los infractores una sanción, no judicial de nulidad de su acto, sino de orden administrativo”.**<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> FLORES BARRUETA, Benjamín. **Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil**. 3ª edición, Edit. Trillas, México, 2004. p. 83.

En relación al hecho o abstención como objeto de contrato que va contra la ley preceptiva, imperativa u ordenadora, la actividad del Estado no se agota con establecer prohibiciones; también recurre a leyes preceptivas, en donde ordena imperativamente la observancia de conductas determinadas; preceptúa u ordena lo que se debe hacer en atención al orden social, y si los particulares celebran un contrato que tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, realizarán una convención con objeto ilícito.

Tal es el caso que deriva de contravenir la hipótesis prevista por el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

**“Artículo 2301. Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna.”**

La ley con esta norma permite crear a cargo del comprador una obligación de abstenerse, de no hacer, sólo respecto de persona o personas determinadas; pero prohíbe se pacte igual obligación con relación a todas las demás personas, pues con eso, o se pretendería crear una incapacidad convencional, que no es posible en el sistema mexicano, o se crearía un nuevo tipo de derecho real diverso de la propiedad, inadmisibles en este sistema jurídico positivo, porque entorpecería la circulación de la riqueza.

El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal declara ilícito no sólo lo que va contra la ley, sino también lo que atenta contra las buenas costumbres.

Y surge esta lógica pregunta: ¿Por qué la ley para determinar lo que es ilícito se refiere a las buenas costumbres?, ¿Es eso una intromisión en el campo jurídico de ámbitos como el de la moral?, ¿Implica ello un retroceso en lo jurídico, para volver a los tiempos en que moral, religión y Derecho se confundían?, y se contesta: No.

La razón básica, fundamental, que el legislador tuvo para hacer la remisión a las buenas costumbres, según Flores Barraeta:

**“Es la de que la ley no puede regular todos los casos que se presentan en la sociedad y que en un momento determinado se consideran reprobables; por lo mismo, si sólo fuera ilícito lo expresamente previsto por la ley, o ésta se tendría que reformar a cada momento para establecer nuevos catálogos de hechos ilícitos, o bien multitud de conductas reprobables que chocan contra los principios que respecta la organización social, en una época determinada, no se podrían estimar ilícitas”.**<sup>45</sup>

Lo que sucede es que la consideración de ilícito por un hecho o una abstención contra las buenas costumbres, la sienta el legislador como una norma complementaria a las prohibiciones legales, para cubrir aquellos vacíos que se forman con la evolución de la sociedad y que como anoto, la ley no puede prever día a día.

Surge ahora el problema de saber que son las buenas costumbres. En la Enciclopedia Jurídica Omeba, Ferrara señala que:

---

<sup>45</sup> Ibidem. p. 139.

**“Este concepto escapa a un contenido fijo, pues equivale a la idea de moral pública, o a conciencia moral social, de determinado pueblo y en cierta época”.**<sup>46</sup>

Esto es cierto, ya que para determinar lo que son las buenas costumbres se debe ir al campo de la ética, y preguntarse ¿Qué hay una moral social? pues ¿no se ha dicho que la moral por esencia es de carácter individual?

El autor antes citado considera al respecto que:

**“Las opiniones se dividen y así hay quienes estiman un contrasentido hablar de una moral social, pues la moral es por esencia individual, ya que deriva de la libre voluntad del sujeto que se impone, y tratar de aplicar en forma bilateral, exterior, coercitiva y heterónoma una serie de buenas costumbres o sea la moral social, será negar la moral misma, su esencia”.**<sup>47</sup>

Por otro lado, se considera desde un punto de vista sociológico y psicológico, que toda moral, aún la que llene todos los requisitos de individual, unilateral, interior, incoercible y autónoma tiene un origen social, y si ese es su origen, su naturaleza necesariamente es también social.

De lo anterior, diremos que las buenas costumbres son: los hábitos, prácticas o incitaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento

---

<sup>46</sup> FERRARA. **La Moral**. Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 1090.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 1091.

determinados y, a las cuales, deberá atender el Juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito.

## **2.2. Clases de Responsabilidad.**

De manera general se puede decir que la responsabilidad civil es la obligación que corresponde a una persona determinada, de reparar el daño o perjuicio causado a otra; bien por ella misma, por el hecho de las cosas, o por actos de las personas por las que deba responder.

A efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema en comentario es necesario puntualizar lo siguiente.

Existen diversas opiniones respecto al concepto de responsabilidad civil para referirse a esta figura jurídica es por ello que, para algunos autores consideran que el término reparación es más claro que el de responsabilidad, Mercedes Díaz Barriga opina que:

**“Otros sostienen que el es de responder el que debe utilizarse y finalmente, los que señalan que el derecho de daños es el más apropiado por que garantiza la reparación de intereses colectivos”.**<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2003. p. 16.

Actualmente la doctrina se ha dedicado a estudiar el tema de la responsabilidad civil toma como idea central la reparación de los daños, y sugiere inclusive la misma autora que el término:

**“Responsabilidad sea sustituido por el de reparación”.**<sup>49</sup>

Gherzi considera:

**“Que esto es necesario en virtud de que el concepto de reparación, es más amplio y rico que el de responsabilidad por lo que permitirá que se estructure una teoría general sobre las situaciones dañosas”.**<sup>50</sup>

Se han estudiado las situaciones dañosas como género en virtud de que se considera que es necesario hacer un análisis más moderno del tema, sin dejar a un lado los principios de la doctrina tradicional.

Independientemente del término que se utilice, coincidimos con Bonnecase que señala:

**“Que responsable, responsabilidad, así como todos los vocablos cognados, expresan idea de equivalencia, de contraprestación, de correspondencia, por lo que la terminología variará según el autor del que se trate, sin que implique realmente una diferencia”.**<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>50</sup> DE PINA, Rafael. **Los Daños Colectivos y la Reparación**. Cit. por GARRIDO CORDOVERA, Lidia. 7ª edición, Edit. Universidad, Argentina, 1999. p. 180.

<sup>51</sup> Ibidem. p. 181.

Una de las dificultades para fijar el concepto de responsabilidad estriba en que toda manifestación de la actividad humana trae aparejado el problema de la responsabilidad ya que como se sabe, la responsabilidad siempre está ligada con el concepto de personalidad en virtud de que no puede hablarse de sanción, ni de indemnización, si no hay un individuo, o sujeto pasivo, que sea el que las deba recibir.

Pascual Estevill considera que:

**“El daño puede manifestarse de maneras muy diversas y en circunstancias distintas en virtud de que los comportamientos del hombre en sí mismo y en relación a las demás personas, animales y cosas de las que ha de responder, indemniza o reparar el interés lesionado, son plurales”.**<sup>52</sup>

Asimismo, consideramos que el concepto de responsabilidad tiene como presupuesto la libertad del sujeto y es por ello que el derecho puede atribuirle los efectos dañosos de sus actos u omisiones.

Bonnecase señala:

**“Que la responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento, frente a un deber u obligación”**<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. **Derecho de Daños**. Op. cit. p.189.

<sup>53</sup> BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 293.

Por lo tanto, el punto más importante en el que hay que profundizar es en el de violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba al agente.

De lo anterior consideramos que es una idea que se aproxima a la definición de responsabilidad por que la noción de garantía se ha utilizado para sustituir el concepto de responsabilidad. Al respecto, consideramos que el término responsabilidad equivale al cumplimiento indirecto de la obligación ya que condena al sujeto que no ha cumplido la obligación, al pago de daños y perjuicios y entonces, será necesario determinar el monto de los daños y perjuicios que se hayan causado.

Pascual Estevill explica esto de una forma más general, al señalar que:

**“Ser responsable significa afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación que se hubiere dejado preestablecida, es decir, responder genéricamente a la violación del principio *alterum non laedere*, lo cual constituye la piedra medular del instituto de la responsabilidad”.**<sup>54</sup>

El perjuicio constituye el elemento distintivo de la responsabilidad civil, en oposición de la responsabilidad moral ya que en ésta última no se trata de saber si hubo o no perjuicio, sino que lo que se busca es indagar el alma del agente, es decir, que para que la responsabilidad sea de naturaleza jurídica, se necesita necesariamente que haya un perjuicio.

---

<sup>54</sup> PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 205.

En otras palabras, podemos definir a la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido.

Respecto a la responsabilidad civil extracontractual y sus elementos el distinguido jurista Estevill señala que:

**“Los aspectos objetivo y subjetivo del ilícito aquiliano o extracontractual: el aspecto objetivo es el daño ocasionado injustamente, mientras que el subjetivo es la imputabilidad de la acción u omisión al daño ocasionado a otra persona. Este requisito de la ilicitud imputable, cuando se relaciona con la realidad perjudicial y el nexo de causalidad, fundamenta la acción reparatoria de los daños producidos a la víctima”.**<sup>55</sup>

Podemos decir que en muchas ocasiones, es difícil identificar el interés protegido por el derecho, respecto de cuyo daño va a proceder o no la acción resarcitoria. Consideramos que en este sentido, el daño no será resarcible si la conducta no constituye una violación culpable de la obligación general de respeto de la esfera de interés de la demás personas, por lo que el elemento objetivo depende del subjetivo. El problema que se presenta en relación con el elemento subjetivo, es identificar el nexo causal entre la actividad dañosa y el perjuicio.

Sin embargo, la ilicitud no está presente en todos los supuestos de responsabilidad extracontractual. A continuación analizaremos los elementos que

---

<sup>55</sup> Ibidem. p. 206.

la generalidad de la doctrina señala como constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.

Podemos resaltar la importancia de estudiar de manera exhaustiva el hecho jurídico y la estructura externa o resultado del mismo, en virtud de que además de ser fundamental en el estudio general del derecho, lo es especialmente en este tema de la responsabilidad o reparación del daño, toda vez que el hecho humano es necesario para que haya derecho y para que pueda hablarse de reparación, se excluye así los hechos puros de la naturaleza, que aunque pueden generar daños, no constituyen fundamento para el acceso a la reparación.

La actividad humana puede consistir en una acción o una omisión. En cualquiera de los dos, el proceso exterior de la actividad humana es un elemento necesario ya que interfiere en la esfera jurídica de otro sujeto que produce un daño. Esta actividad puede comprobarse fácilmente en los casos de reparación por responsabilidad subjetiva más no resulta tan fácil en los casos de responsabilidad objetiva o por intervención directa de las cosas. Aún en los casos de responsabilidad objetiva en los cuales la cosa interviene con autonomía, la conducta humana resulta ser causante de la situación dañosa ya que necesariamente hay una conducta humana previa a la relación de causalidad entre el daño y la cosa, sin la cual no se habría producido el daño.

Como lo hemos señalado, el fundamento de la responsabilidad objetiva es muy distinto a de la responsabilidad subjetiva.

El elemento de culpa resulta fundamental dentro de la distinción entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva ya que en la responsabilidad subjetiva se parte de un elemento personal que se refiere precisamente a la negligencia, culpa o dolo en contraposición a la responsabilidad objetiva en donde hay una ausencia de ese elemento subjetivo y el elemento de que se parte es objetivo y es precisamente el uso de las cosas peligrosas y el daño que por ese uso se cause.

Algunos autores entre ellos José Juan González, han denominado a la responsabilidad por riesgo creado, responsabilidad objetiva:

**“En virtud de que se basa en un elemento ajeno a la conducta, objetivo, el cual es la utilización de un objeto que por sí mismo o por la velocidad en que se maneja, es peligroso o crea un riesgo para los demás. Se distingue entonces de la responsabilidad civil subjetiva, por la noción de culpa, es decir, que los daños se causan por una conducta culpable, al contrario de la responsabilidad objetiva que es una conducta inculpable que consiste en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, que se basa precisamente en el elemento externo que es el riesgo creado”.**<sup>56</sup>

Se puede atribuir la existencia del concepto de responsabilidad objetiva al hecho de que la responsabilidad subjetiva es insuficiente para satisfacer algunos casos de justicia.

---

<sup>56</sup> GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. **Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Edit. Sista, México, 2004. p. 192.

En el mismo sentido, se puede advertir la ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva en virtud de que aún cuando ésta establece presunciones de culpa, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que se estima necesaria, no ha sido suficiente y ha provocado que surja una nueva figura, la de la responsabilidad objetiva, en que ya no es necesaria la culpa para la existencia de la responsabilidad y en donde se admite que todo riesgo creado debe ser a cargo de la actividad que lo origina. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal contempla varios casos como excepciones a la teoría de la culpa.

En el Derecho Mexicano, tanto la Constitución en su artículo 123, fracción XIV, como la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 473, 488, 489 y 514; y el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1935 al 1937, regulan la responsabilidad objetiva de los patrones en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que sean sufridas por el mismo trabajo que realicen o en el ejercicio de la profesión.

José Juan González Márquez señala que:

**“Los autores franceses establecen como origen de esto el desarrollo de la industria, las nuevas máquinas y fenómenos que se dieron en el siglo XIX principalmente, en donde se dieron nuevos casos, como accidentes de trabajo que provocaban mayores injusticias para el obrero, que en su momento fue importante regular”.**<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Ibidem. p. 193.

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se conoce esta responsabilidad de los patrones y la obligación por parte de ellos de reparar a sus trabajadores mediante una indemnización, salvo, de conformidad con el artículo 1937, aquellos casos en que el trabajador haya producido dichos accidentes voluntariamente.

La objetividad de esta responsabilidad está en que no se requiere el elemento de culpa o negligencia por parte del patrón para que éste este obligado a responder.

Así lo establece expresamente el artículo 1936 del Código Civil para el Distrito Federal: “Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte”.

La responsabilidad por riesgo creado está regulada por nuestro Código Civil para el Distrito Federal como una fuente de obligaciones, en el artículo 1913 que establece: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamables, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

De conformidad con ese artículo, para que surja la responsabilidad es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

- 1) El uso de cosas peligrosas;
- 2) La existencia de un daño; y
- 3) La relación causal entre el hecho y el daño.

### **2.3. Conceptos.**

A continuación trataremos de precisar los conceptos y definiciones que tiene estrecha vinculación con nuestro tema, para así tener una adecuada comprensión del mismo porque, como sabemos, toda rama o ciencia tiene sus propios conceptos que la distinguen de las demás. Por lo anotado, será oportuno precisar lo siguiente.

#### **2.3.1. Moral.**

Desde el punto de vista gramatical la moral de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española:

**“Es aquello que pertenece o es relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”.**<sup>58</sup>

De lo anterior se infiere que lo moral no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, es decir, que no concierne al orden jurídico, sino al Fuero Interno o al respecto humano.

---

<sup>58</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Edit. Salvat, México, 2003. p. 978.

Desde nuestro particular punto de vista la moral y el Derecho son compatibles aunque la primera, no es exigible y sólo radica en la mente y buen actuar del ser humano.

De lo anterior, Jaime Santos opina que:

**“El derecho no disciplina la vida entera del hombre. Desde luego, según se desprende de lo que llevamos dicho, al hombre considerado como individuo aislado lo gobierna exclusivamente la ley moral. En segundo lugar, no todas las relaciones de la vida social están protegidas por el derecho, sino sólo aquéllas que en un tiempo y lugar determinados llegan a reputarse dignas y necesitadas de tutela jurídica, por no estar suficientemente garantizadas por la moral o la costumbre”.**<sup>59</sup>

Ahora bien, precisamente con relación a la vida social del hombre es importante, aunque difícil, distinguir la moral del derecho; ya que la moral individual es netamente distinta del derecho, que concierne a sólo las relaciones sociales, mientras que los preceptos de la moral que miran a la vida social del hombre, pueden abrazar el campo mismo del derecho. Por esta razón los límites entre moral y derecho no pueden establecerse de modo preciso y absoluto: relaciones que en un tiempo eran del dominio exclusivo de la moral, han llegado o llegaron a ser jurídicas, y viceversa. Sólo puede decirse, que la moral concierne más al elemento interior y volitivo de la acción humana, que al hecho extrínseco, principalmente atendido por el derecho. Con ello no se quiere decir que el

---

<sup>59</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. **La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal.** 4ª edición, Edit. Montecarlo, España, 2004. p. 361.

elemento interno sea indiferente para el derecho, como el externo para la moral; sino sólo que, así como para la moral no es decisivo el externo para la moral; sino sólo que, así como para la moral no es decisivo el externo, tampoco lo es para el derecho el elemento interno. La distinción no consiste, pues, en la indiferencia de uno de los dos elementos de toda acción humana; sino en la predominancia de uno de ellos; del interior para la moral, del exterior para el derecho.

A causa de dicha preponderancia, las normas jurídicas son capaces de coerción exterior, la que es incompatible con los preceptos de la moral; una acción moral impuesta por la fuerza, no sería por esto mismo moral, ya que carecería del carácter esencial de acción realizada exclusivamente con miramiento al bien.

Por eso Jaime Santos precisa que:

**“La característica diferencial entre moral y derecho, estriba en la posibilidad de la coacción externa. Más es de notar que esencial al derecho es sólo la tendencia a hacerse valer mediante la fuerza externa, no ya la plena realización de esa tendencia”.**<sup>60</sup>

En efecto, no sólo no existe la coacción encaminada a la observancia de los preceptos de Derecho Internacional (al que algunos nieganle por eso la índole jurídica), y al respeto de la Constitución de parte del soberano; sino que muchos preceptos del mismo Derecho Privado no son susceptibles de cumplimiento coactivo, y, sin embargo, nadie pone en duda su carácter jurídico. Tales son los que imponen una obligación de hacer o de no hacer: la coacción podrá importar

---

<sup>60</sup> Ibidem. p. 366.

una pena o un resarcimiento de daños, pero no la observancia del precepto, esto es, obtener el hecho que exige y presupone la libre actividad personal, o destruir el hecho ejecutado.

De esta suerte el derecho se distingue de la moral, pero sin separarse de la misma. Lo que es contrario al derecho, no puede aprobarlo la moral, salvo que la norma jurídica sea en sí misma inmoral; y, por otra parte, lo que ofende a la moral no debería ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y segura del derecho.

### **2.3.2. Daño.**

Al respecto María del Carmen Carmona precisa que:

**“El daño es uno de los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil. La mayoría de los autores, si no es que todos, están de acuerdo en que necesariamente tiene que existir el daño para que haya responsabilidad porque traduciéndose la responsabilidad civil en obligación de resarcir, lógicamente no puede concretarse donde nada hay que reparar”.**<sup>61</sup>

Podemos decir que el daño, además de elemento esencial, es la verdadera razón de ser de la responsabilidad civil, lo que permite su existencia.

---

<sup>61</sup> CARMONA LARA, María del Carmen. **La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental.** Op. cit. p. 125.

En nuestro derecho, el Código Civil para el Distrito Federal distingue el daño patrimonial del moral y hace referencia tanto a los daños como a los perjuicios.

El artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal define el daño:

**“Se entiende por daños la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación”.**

Por su parte, el artículo 2109 define:

**“El perjuicio como la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido si la obligación se hubiera cumplido o si el daño no se hubiera causado.**

El artículo 1916 regula el daño mora y establece:

**“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tiene los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.**

**Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual**

**obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículo 1927 y 1928, todos ellos del presente código”.**

**“Hay autores que han querido elaborar un concepto de daño más social que individual en virtud de que consideran que las situaciones de daño tradicional han cambiado en la actualidad”.**<sup>62</sup>

El propósito principal de esto es posibilitar una reparación basada en la equidad con el objeto de no dejar sin reparación al damnificado en aquellos casos en que por presentarse justificantes o eximentes de responsabilidad, se le deje sin reparación.

Esta nueva visión es resultado de las situaciones generadoras de daños que actualmente se presenta y que requieren de una adecuación del marco jurídico y de la doctrina tradicional para responder a las necesidades sociales. Esto resulta relevante para temas como el de daños al medio ambiente ya que son caso o situaciones nuevas que traen consigo daños sociales muy grandes y que requieren de nuevas soluciones.

### **2.3.3. Daño Moral.**

El concepto de daño ha experimentado una evolución a través de los siglos, que parte desde una noción crasamente materialista hasta alcanzar elaboraciones abstractas, de contenido más espiritual.

---

<sup>62</sup> Ibidem. p. 126.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano:

**“Injuria, en un sentido etimológico, es toda conducta que no se ajusta a derecho, o lo vulnera”.**<sup>63</sup>

En una acepción restringida, según el mismo diccionario significa:

**“Todo ataque, lesión o menoscabo inferido a la persona de otro. La idea de injuria pasó a través de las distintas legislaciones desde un concepto materialista de daño inferido a la persona física del hombre en su forma más ruda y evidente (por ejemplo, ruptura de un miembro, herida por arma), hasta llegar a abarcar las formas inmateriales de la defensa (ataques al honor, a la intimidad de las personas, a su dignidad pública y social, a su decoro). La injuria produce o tiende a producir un daño; la doctrina civilista moderna distingue entre el daño material, o sea el que apareja consecuencias patrimoniales, y el daño moral, llamado también extrapatrimonial”.**<sup>64</sup>

Ya las legislaciones primitivas distinguían ambos tipos de daños, sí bien no habían elaborado una doctrina de alcance general sobre este tópico. Las leyes de Eshnuna (aproximadamente 2000 años a. C.) constituyen en el estado actual de las investigaciones, el primer antecedente que se conoce sobre reparación del daño puramente moral: así, el artículo 42 dispone que quien propine a otro una bofetada en la cara pesará y entregará diez shekels de plata.

---

<sup>63</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario Jurídico Mexicano**. T. D-J. 10ª edición, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2003. p. 179.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 180.

Para Gutiérrez y González:

**“La injuria verbal daba lugar a una reparación de igual monto. En el Derecho Romano, tanto los edictos del pretor como la legislación justiniana concedieron acciones específicas al ofendido en su honor, su decoro, su consideración pública o su reputación. Pero, si bien las legislaciones antiguas consideraron la protección de estos bienes jurídicos inmateriales, no alcanzaron una sistematización de los principios”.**<sup>65</sup>

El Código Civil de 1928, en su artículo 1916, reformado por decreto de diciembre de 1982 (Diario Oficial de la Federación 31-XII-82), define al daño moral como:

**“La afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.**

Es la doctrina moderada la que, bajo la denominación de derecho de la personalidad, llegó a elaborar una concepción filosófico-jurídica de ciertos valores inmateriales, inherentes a la esfera íntima del individuo. También desde antiguo se consagró el principio de que quien produce un daño tiene el deber de repararlo. La forma en que se responda, depende del tipo de sociedad que se trate, y las soluciones, históricamente, han variado desde las taliónicas hasta la compensación pecuniaria. Esta última abarcó tanto la reparación debida por daño

---

<sup>65</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. T. II. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 832.

materia como moral. A partir de fines del siglo XIX y principios del XX, la doctrina en su conjunto empieza a cuestionarse y a realizar planteos de orden axiológico sobre la posibilidad de compensar materialmente algo tan imposible de mensura como el dolor, la humillación o el menoscabo de la honra. Se elaboraron así teorías como la de la reparación-sanción, la reparación-indemnización y la reparación-satisfacción. Hoy en día existe consenso entre los autores sobre la procedencia de esa reparación.

Se discute, sin embargo, si solamente es reparable el daño moral que deriva del material (por ejemplo, la desfiguración del rostro a raíz de un accidente, que a la vez da lugar a reparación de daño emergente, asistencia médica y a lucro cesante, pérdida de haberes laborales) o también debe indemnizarse el daño moral puro (por ejemplo una ofensa verbal hecho en público). Otro punto que se cuestiona es el tipo de responsabilidad indemnizable, si sólo procede la reparación extracontractual y la emergente del delito, o se incluye también la de origen contractual.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 sienta un criterio amplio en estos puntos:

**“Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual**

**obligación a reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva, así como el Estado y sus funcionarios”.**

En lo que se refiere al monto de la indemnización, se otorga amplio arbitrio al Juez, quien dictará sentencia al tomar en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Como medida complementaria, si el daño incidió en valores como el decoro, honor, reputación o consideración, el Juez, a petición de la parte ofendida y a cargo del ofensor, ordenará la publicación de un extracto de la sentencia, a través de los medios informativos que considere convenientes.

Si el daño se produjo a través de los medios informativos, la sentencia se difundirá por los mismos medios y con la misma relevancia que el acto que ocasionó el daño.

El artículo 1916-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, deja a salvo los derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones que determina la Constitución.

Por último, al fijarse el valor y el deterioro de una cosa, no se tendrá en cuenta el valor afectivo de la misma, a no ser que se pruebe que el responsable la destruyó o deterioró con objeto de lastimar los sentimientos del dueño.

## 2.4. Naturaleza Jurídica del daño moral.

Los autores Juan Carrillo y Miriam Carrillo opinan al respecto que:

**“El daño moral, es pues, aquél perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la transgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.”<sup>66</sup>**

El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y en general, los padecimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso.

El daño moral es un acontecer conmovedor captado por el Derecho al considerar éste, como supuesto esencial, que toda persona vive en estado de equilibrio espiritual, de homeostasis.

Los autores citados precisan que:

**“El daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.”<sup>67</sup>**

---

<sup>66</sup> CARRILLO M., Juan y CARRILLO F., Miriam. **El Detrimento Moral**. 3ª edición, Edit. Carrillo Hermanos, México, 2003. p. 165.

<sup>67</sup> Ibidem. p. 166.

El daño moral radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

Improcedencia en caso de meras molestias o incomodidades propias del hecho.

No cualquier molestia o angustia por mínima que sea, autoriza la recepción del rubro **daño moral**.

Al tenerse en cuenta la naturaleza del hecho (culposos y no dolosos), los padecimientos sufridos por la menor en las distintas intervenciones, la molestia psíquica que le produciría la cicatriz en su rostro, su condición de mujer, se estima prudente fijar la indemnización por daño moral.

No obstante, que el artículo del Código Civil para el Distrito Federal limita la indemnización por daño moral, sólo al damnificado directo, y para no caer en la **reformatio in pejus** que se produciría si aplicara de oficio esa norma (que no fue reclamada por los demandados), no se eliminará este rubro pero sí se reduce el monto a la estimada por los accionados (daño moral a los padres de la víctima).

En relación a la naturaleza jurídica del daño moral, diremos que éste, es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos que depende del sujeto, puede que a una

persona le ofenda lo que a otra no, por ello, la apreciación económica es discrecional del Juzgador.

Nuevamente los autores Juan Carrillo y Miriam Carrillo puntualizan que:

**“Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda por daño moral, sólo podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales”.**<sup>68</sup>

Para que no haya escepticismo al respecto, aclaramos que si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede interponer dicho proceso. Igualmente las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

Algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales podrán interponer este tipo de demandas, ya que las jurídicas no son susceptibles de percibir una acción afectiva. Sin embargo, otros afirman, que si bien es cierto no son capaces de tener sentimientos, sí tienen lo que se conoce como respetabilidad, honorabilidad y prestigio. Por lo cual, a criterio de la mayoría de los filósofos del derecho, bien puede demandar, una persona jurídica por daño moral.

---

<sup>68</sup> Ibidem. p. 167.

## 2.5. Elementos que lo integran.

Actualmente, la figura del daño moral gana muchos más adeptos en el medio jurídico, debido a las múltiples demandas ganadas en los países anglosajones.

Sin embargo, Gutiérrez y González Ernesto afirma lo siguiente:

**“Esta figura tiene sus orígenes en la doctrina francesa, fue denominada por los jurisconsultos franceses como *Damages Morales*.”<sup>69</sup>**

Destacamos que daño es aquel mal perjuicio producido a una persona o bien.

Moral es la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano.

Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aplicaciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del

---

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 837.

espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

El autor Borja Soriano Manuel considera lo siguiente:

**“Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual, la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido.”<sup>70</sup>**

Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y éstos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos extramatrimoniales.

En este sentido podemos decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extramatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico.

---

<sup>70</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit. p. 86.

La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: La naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y en base a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial.

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

Jaime Santos Briz, hace el siguiente comentario:

**“Así la doctrina clásica italiana, habla de daño moral objetivo y de daño moral subjetivo. Daño moral objetivo sería aquél menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquél que consiste en el dolor físico, las antiguas o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre,**

**el honor a la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas”.**<sup>71</sup>

En la doctrina francesa los Mazeaud y Tune precisan lo siguiente:

**“Distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral que alcanzan al individuo e sus afectos, se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida”.**<sup>72</sup>

Así la doctrina distingue entre daño moral directo y daño moral indirecto al partir de la naturaleza jurídica de los intereses jurídicos afectados (no se toma en cuenta la naturaleza que presuponen esos intereses). En este sentido, el daño moral es directo si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial; el daño moral será indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial.

Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece, así como el daño

---

<sup>71</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit. p. 360.

<sup>72</sup> MAZEAUD, Henry y León. Op. cit. p. 361.

patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

## CAPÍTULO 3

### DEL MÉDICO EN GENERAL

En atención a que el tema de tesis se denomina, la responsabilidad del médico derivada de su ejercicio profesional, corresponderá a este capítulo hablar de manera general del médico, su concepto, requisitos y condiciones para el ejercicio de la medicina, así como las responsabilidades del médico, es decir, en cuáles puede este incurrir, por el ejercicio indebido de su profesión. También señalaremos la relación que se da o puede presentarse entre médico-paciente para finalizar con lo que hacen las Comisiones Nacionales y Estatales de Arbitraje Médico para regular, prevenir y sancionar este tipo de responsabilidad.

#### 3.1. Concepto.

La palabra médico, según el autor Mateos M. Agustín deriva del latín y menciona lo siguiente:

***“Medicus, que a su vez proviene de la palabra *medicare*, que significa curar, médico de acuerdo a la etimología es aquel que cura o sana, el que alivia la enfermedad, el que restituye la salud perdida al enfermo”.***<sup>73</sup>

Sin embargo, existen curanderos que llegan a curar sin ser médico, pero no nos referimos a esos médicos sino al médico que ha estudiado la carrera de medicina en una facultad o escuela, ha recibido un entrenamiento en determinada especialidad, tal como la medicina interna y ha tomado y aprobado los exámenes

---

<sup>73</sup> MATEOS, M. Agustín. **Etimologías Grecolatinas del Español**. 3ª edición, Edit. Esfinge, México, 2004. p. 150.

de certificación administrados por los médicos de esa especialidad. El médico debe ser un profesional certificado, preparado, y que permanezca en un proceso de educación médica continua, es un perito en su materia.

En la actualidad, para poder curar, se requiere del conocimiento médico que se adquiere en las escuelas y facultades de medicina, conocimiento que es avalado primeramente por la propia facultad o escuela, así como por la Dirección General de Profesiones cuando expide la cédula profesional que lo acredita como médico, como todo un profesional, pero también, los doctores son avalados por la sociedad.

Manzano García José en su obra Responsabilidad y el ejercicio de la Medicina señala lo siguiente:

**“El médico debe saber qué enfermedad tiene su paciente en forma rápida y oportuna, para prevenir invalideces o secuelas que pudiera dejar la enfermedad; además, debe mantener sano al sano y fomentar la salud de sanos y enfermos, evitar que padezca enfermedades que son previsibles, lo que le confiere un destacado lugar en la sociedad, en el desarrollo social, de comunidades, poblaciones, países y el mundo en su totalidad, mediante la aplicación de las diferentes vacunas existentes hoy día”.**<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> MANZANO GARCÍA, José Roberto. **Responsabilidad y el ejercicio de la Medicina**. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2005. p. 2.

El médico es aquel que debe cooperar con los programas de salud pública que existan al día, y que sean instaurados por los gobiernos de todas las naciones, para así detectar enfermedades y poder curarlas.

Debe de tener la capacidad para establecer las medidas necesarias con medicamento, cirugías, rehabilitaciones, pláticas, estudios y todos los demás elementos con se cuenten para poder primeramente curar al paciente. Así como ser capaz de establecer las medidas que rehabiliten al enfermo cuando la enfermedad dejó alguna secuela permanente en detrimento de su salud. No significa que si una persona tiene una enfermedad terminal, el médico tenga la obligación de salvarlo, o si padece de un daño irreversible, deba regresarlo a la situación normal de salud. Me refiero a que durante su ejercicio profesional, el médico como experto en su materia, debe de actuar con la mayor pericia, cuidado, de manera diligente y siempre con el objetivo de buscar el bien común de su paciente.

El médico debe de elaborar el diagnóstico oportuno y temprano de una enfermedad o en caso de haber causado un daño durante una intervención quirúrgica, para actuar de manera pronta y oportuna, a fin de evitarle algún mal mayor, invalidez o la muerte, que es uno de los temas que se ha expuesto a lo largo de la presente tesis y que sirve de fundamento para la misma.

El médico debe saber que, una vez que se inicia en la medicina, debe de ser un estudioso para toda la vida, mientras en sus condiciones se lo permitan, para avanzar en sus conocimientos, lo que le da el reconocimiento profesional,

debe de ser humilde y nunca descuidar una operación, aunque haya realizado cincuenta operaciones similares. Es indispensable que la atención médica se dé con un alto sentido humano, que atienda a las costumbres, creencias y valores del enfermo y de su familia. El médico debe interactuar con las personas comunicándose eficientemente, conocer las necesidades de sus pacientes y aplicar su conocimiento en los aspectos de conservación de la salud y prevención de enfermedad, que promueve la salud y enseña el autocuidado.

Señala Ernesto Lugo que:

**“De una sociedad determinada e incluso del mundo entero; ello le confiere las cualidades para establecer un diagnóstico certero y un tratamiento igualmente certero y eficaz de las condiciones del enfermo o de una sociedad enferma, por lo que la medicina es una ciencia del hombre y para beneficio del hombre, que permite al médico moverse como pez en el agua, en el sutil arte científico de curar”.**<sup>75</sup>

Las habilidades globales que este profesionista debe poseer para atender la salud de las personas son:

El mismo Ernesto Lugo continúa:

- 1. “Promover la salud.**
- 2. Prevenir la enfermedad.**

---

<sup>75</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. **Para ser médico.** 4ª edición, Edit. Trillas, México, 2003. p. 14.

3. Diagnosticar.
4. Tratar y rehabilitar al enfermo.
5. Aplicar el método científico.
6. Intervenir quirúrgicamente.
7. Hacer uso correcto de instrumentos médicos.
8. Administrar la atención médica”.<sup>76</sup>

La Asociación de Anestesiología en su artículo titulado, Como evitar y afrontar los problemas legales en anestesiología, señala que los médicos hoy en día están más obligados a ser más atentos, a no descuidar el trato humano con nuestros pacientes, tenemos a la vez que superarnos en cuanto a nuestra capacidad profesional y a conocer los alcances legales del entorno jurídico relacionado con la profesión por lo que es indispensable estar adecuadamente asesorados en lo legal al asistir a conferencias sobre aspectos en relación con las denuncias y demandas médicas, se tiene asesoría formal, tener el tiempo necesario para la capacitación y gastar un poco de dinero en esto.

Lugo Olín señala el Juramento de Hipócrates:

**“Por Apolo médico y Esculapio, juró: por Higias, Panacace y todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigos de la observancia de este voto, que me obligó a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas y voluntad.**

---

<sup>76</sup> Ibidem. p. 15.

**Tributaré a mi maestro de Medicina igual respeto que a los autores de mis días, repartir con ellos mi fortuna y socorriéndoles en caso necesario; trataré a sus hijos como mis hermanos, y si quisieran aprender la ciencia, se las enseñaré desinteresadamente y sin otro género de recompensa. Instruiré con preceptos, lecciones habladas y demás métodos de enseñanza a mis hijos, a los de mis maestros y a los discípulos que me sigan bajo el convenio y juramento que determinan la ley médica y a nadie más.**

**Fijaré el régimen de los enfermos del modo que le sea más conveniente, según mis facultades y mi conocimiento, para evitar todo mal e injusticia.**

**No me avendré a pretensiones que afecten a la administración de venenos, ni persuadiré a persona alguna con sugerencias de esa especie; me abstendré igualmente de suministrar a mujeres embarazadas pesarios o abortivos.**

**Mi vida la pasaré y ejerceré mi profesión con inocencia y pureza.**

**No practicaré la talla, dejaré esa operación y otras a los especialistas que se dedican a practicarla ordinariamente.**

**Cuando entre en una casa no llevaré otro propósito que el bien y la salud de los enfermos, cuidaré mucho de no cometer intencionalmente faltas injuriosas o acciones corruptoras y evitaré principalmente la seducción de las mujeres jóvenes, libres o esclavas. Guardaré reserva acerca de lo que oiga o vea en la sociedad y no será preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, consideraré el ser discreto como un deber en semejantes casos.**

**Si observo con fidelidad mi juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mi, la suerte adversa”.**<sup>77</sup>

De lo anterior, se infiere que el médico y el abogado tienen bajo su cuidado y responsabilidad uno de los valores supremos que es la vida, el médico debe hacer valer y respetar su ética profesional y poner todo el empeño posible para sacar adelante a su paciente.

### **3.2. Requisitos y condiciones para el ejercicio de la medicina.**

Habitualmente existe una tremenda desinformación sobre estos temas, un pánico para su abordaje (por parte de los médicos sobre todo), un desconocimiento generalizado, y se ha pensado, incluso, que el abordaje no es el metodológicamente correcto. Así tenemos que habitualmente, y el tema así nos lo sugiere, se supondría que el médico o cualquier prestador de servicios de atención médica, incluso enfermeras, psicólogos, etc., pues no son más que delincuentes, porque finalmente esto debiera acabar en el Ministerio Público y habitualmente se piensa que la idea es concluir en demandas o en sí tiene o no responsabilidad.

El estudio de cualquier conducta humana que transgrede la ley se vuelve siempre difícil, y se magnifica cuando la misma reviste características de delito. Sin embargo, se ha demostrado científicamente, que un estudio más profundo del hecho en cuestión y de la conducta del sujeto del delito, y de todas las circunstancias y elementos que en su comisión intervinieron, conlleva a que la

---

<sup>77</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. Op. cit. p.p. 16 y 17.

toma de decisiones por parte de los encargados de la procuración y administración de justicia, sea más proporcionada y justa.

El problema se torna más complejo, cuando el sujeto activo del delito ha sido médico, pero no cualquier facultativo, sino aquél que en ocasión del ejercicio de su profesión, ha incurrido en un homicidio o en una lesión por imprudencia ocasionándole al paciente un resultado fatal o lesivo.

El médico en su proceder como tal, asume no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica. Nadie podría poner en duda que la diligencia debida, la pericia, la prudencia y la observancia de las reglas técnicas constituyen elementos intrínsecos de su actividad científica, y si es así, la posibilidad que de su proceder se derive una lesión para la salud, o se produzca la muerte del paciente como resultado de su acción culpable siempre estará presente.

Existe información dispersa en la prensa y las publicaciones académicas que sugieren la existencia de un serio problema de calidad en la práctica médica en las instituciones públicas y privadas de salud en nuestro país. Esto se refleja en la percepción que tienen los usuarios sobre los servicios de salud, ya que, según la Encuesta Nacional de Satisfacción con los Servicios de Salud, hecha en 1994, hecha por la Fundación Mexicana para la Salud, el principal problema de los servicios de salud en México es su mala calidad lo que se reflejó en el incremento de quejas que se presentó ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Manzano García José argumenta lo siguiente:

**“Múltiples son las explicaciones sobre el tema. Desde hace muchos años, existen condiciones estructurales que podían explicar la gran variedad de problemas en la práctica médica tanto en el sector público como en el privado. Dentro de ellas sobresalen la calidad heterogénea de las más de 70 Escuelas y Facultades de Medicina existentes en el país, falta de procedimientos confiables en el licenciamiento de los médicos generales, la incipiente certificación de los médicos especialistas, la ausencia de mecanismos de acreditación de los Hospitales disciplinarios funcionales en las instituciones de salud y las asociaciones profesionales”.**<sup>78</sup>

La problemática de la actividad médica no es reciente, no es de hace 20 años, ni de este siglo, sino que nace con la historia del hombre, pues en todas las legislaciones que han llegado hasta nuestros días, tienen perfectamente determinada esta situación.

El mismo autor antes señalado menciona que en un principio el antiguo Código Penal de China ya hablaba de la responsabilidad médica, y decía que:

**“El médico únicamente debía responder cuando lo que hacía era no haber aplicado su conocimiento, su criterio y las reglas de su arte, es decir, cuando no había observado el principio general de prudencia y diligencia, que es el relativo a la existencia o no de la responsabilidad de medios. Determinaba también que se debían nombrar peritos médicos para que**

---

<sup>78</sup> MANZANO GARCÍA, José Roberto. Op. cit. p. 48.

**consideraran el caso y dieran asesoramiento a los jueces. También diferenciaba entre las lesiones que se podían provocar en el cuerpo, la salud y los casos de muerte. Además, no sólo condenaba a los médicos a indemnizar por la muerte o las lesiones que habían dejado en su paciente, sino que los inhabilita”.**<sup>79</sup>

Es decir, que era muy completo lo que estaba establecido en relación con la responsabilidad médica en el antiguo Código Penal de China. Lo mismo en la legislación romana. Si recurrimos al viejo Código de Justiniano, del siglo VI de nuestra época, veremos que está considerado el problema de la responsabilidad médica, incluso si retomamos la legislación y jurisprudencia romana antiguas. La legislación extracontractual o aquiliana, que así se llama, fue determinada en la legislación romana hace más de veinte o veintidós siglos. Lo mismo, las siete partidas de Alfonso el Sabio, así como la novísima recopilación de las Leyes de Indias.

El mismo Manzano García José precisa que:

**“El primer proceso, documentado, por responsabilidad médica en América, acaeció en la ciudad argentina de Córdoba en 1598 los días 26 y 27 de julio. Un comerciante español de apellido Valenzuela demandó ante el gobernador que, un Licenciado, Télles de Rojo, había tratado a nueve de sus esclavos y habían fallecido cinco y por lo tanto exigía que se le indemnizara. Ponía de**

---

<sup>79</sup> Idem.

**testigos a una serie de personas y pedía que exhibiera al gobernador su título de médico, su habilitación para ejercer la medicina. El demandado inicia una contrademanda la cual exige que se le pagaran sus honorarios, pues no se los habían pagado. Es decir, el primer antecedente de un juicio por cobro de honorarios médicos en América”.**<sup>80</sup>

Vale la pena reflexionar sobre el hecho de que la medicina no es una ciencia exacta pues se ha conceptualizado como la más humana de las artes, la más artística de la ciencia y la más científica de las humanidades y ya Aristóteles decía que no podía diferenciar en sí, el médico debiera ser primero filósofo o el filósofo debiera primero ser médico.

Así pues, debe considerarse a la medicina como una ciencia conjetural. Así pues, no es una ciencia de obligación de resultados, sino de medios, salvo algunas excepciones que se comentarán después como son la cirugía plástica, laboratorio y en algunos casos, la odontología.

En materia de responsabilidad, para determinar por ejemplo la culpa de un ciudadano en un acto cualquiera, el Código Civil establece como un criterio rector, el comportamiento de un buen padre de familia. En cambio, para determinar si existe la responsabilidad de un médico no nos podemos manejar con el concepto de un buen padre de familia, sino que debemos comprender que el médico es una persona que tiene, o que debe tener, un conjunto de conocimientos técnicos que

---

<sup>80</sup> Ibidem. p. 49.

los debe aplicar al caso, y cuando al aplicarlos mal produce un daño, evidentemente que hay que juzgarlo de manera distinta. Debe juzgársele como un médico con conocimientos promedio, y no como un excepcional médico, pues tampoco se juzga al ciudadano como si fuera un excepcional padre de familia. La responsabilidad del médico comienza donde ya no hay consenso en las discusiones científicas. No le podemos exigir de igual manera, con respecto de un diagnóstico, a un médico que vive en la zona rural y que carece de todos los elementos paraclínicos para llegar al mismo, que aquellos que cuentan con todos los elementos a su favor para obtener un diagnóstico más o menos exacto. Dice un proverbio árabe: “El que hace lo que puede, hace lo que debe”. Es frecuentemente visto en la rama de la traumatología (de la cual puedo hablar al contar con estudios de postgrado en esa rama de la medicina), que hay mucha gente que sufre fracturas y que cree que la obligación del médico traumatólogo es dejarlo absolutamente igual que antes de sufrir la fractura, sin darse cuenta de que hay un conjunto de elementos que pueden llevar a ese médico a no lograr ese objetivo. El médico buscará en el marco de su técnica y de los conocimientos y elementos que estén a su alcance, el mayor mejoramiento, pero no es obligación del médico que quede totalmente restablecido, con una estructura totalmente normal como tenía antes de la fractura. Por otra parte, hasta hace poco, se pensaba que una infección hospitalaria era culpa del médico. Realmente, algunas veces surge de gérmenes casi imposibles de eliminar debido a las mutaciones y acumulación de gérmenes en los hospitales, sobre todo en los de alta concentración y, la obligación es la de adoptar las medidas de higiene más cuidadosas, que demuestren que se ha realizado lo necesario.

La autora Choy García Sonia señala que:

**“En México, la actividad médica puede ser sujeta a procedimientos civiles, ya que la mayoría de los Códigos Civiles responsabiliza a los profesionales de negligencia, impericia o dolo. La práctica médica, también puede estar sujeta a procedimientos penales, que son los instrumentos que regulan la protección de los valores fundamentales del orden social y los bienes imprescindibles para la convivencia humana en sociedad. La vida, la salud y la integridad corporal pertenecen a este tipo de valores y bienes jurídicamente tutelados, y su protección se cumple en la medida en que se prohíben y se sancionan con penas las acciones dirigidas a su lesión tipificadas como delitos”.**<sup>81</sup>

Hay que hacer una aclaración pertinente, porque en derecho, no necesariamente es correcto, más bien, diríamos que es incorrecto, el uso de términos sinónimos, en esos términos, atención médica es un término que habitualmente empleamos como sinónimo de servicios de salud, esto, jurídicamente es incorrecto, cuando hablamos de servicios de salud hablaríamos del género, es un género que comprende a su vez las tres especies que son: salud pública, atención médica y asistencia social, y somos muy dados a decir que vamos a hablar de servicios de salud, cuando sólo vamos a hablar de atención médica.

---

<sup>81</sup> CHOY GARCÍA, Sonia. **Responsabilidad en el ejercicio de la medicina.** 4ª edición, Edit. Editores Mundial, México, 2003. p. 79.

También hay que hacer una precisión, habitualmente en derecho cuando se habla de un término por eulística o por hermenéutica jurídica, esto es, las ramas del derecho encargadas de la emisión de normas jurídicas y en su caso de establecer las nuevas instituciones jurídicas y la encargada de interpretar las normas del derecho, recomiendan que cuando se utiliza un término jurídico no se vuelva a utilizar en los mismos términos en ningún otro ordenamiento y esto es muy importante, porque hay que imaginarse las consecuencias de demandar a alguien por la prestación incorrecta de servicios de salud, se demandaría incluso hasta el personal de asistencia social, por ejemplo, y obviamente no sería el caso. En ese sentido, atención médica queda definida en la Ley General de Salud, como el conjunto de servicios personales, que en este caso proporciona el médico al individuo. Y los servicios de atención médica, pueden ser, así lo dice la Ley de Salud, a población abierta, de seguridad social, de servicios sociales y privados.

El Derecho Sanitario no regula nada más los servicios públicos, o nada más los sociales o los privados, sino que regula a todo tipo de servicios de salud, particularmente a los de atención médica, así que cuando uno hace referencia al Derecho Sanitario, tendríamos que ver algunas partes esenciales de la teoría general del Derecho Sanitario.

Las partes esenciales del Derecho Sanitario serían: la legitimación del acto biomédico, el derecho a la disposición del cuerpo humano que es otra de las importantes y esencialmente el régimen jurídico de investigación clínica, éstos son los tres rubros de interés para efectos de la regulación jurídica de la práctica médica.

En cuanto a las referencias jurídicas y orientado especialmente por la doctrina española y la doctrina francesa, somos muy dados, y aquí se hace una advertencia, a imitar extralógicamente patrones jurídicos norteamericanos, pero en México, el patrón jurídico aplicable es más bien de referencia al derecho italiano, que es el derecho codificado en ese sentido, incluso podríamos hablar de familias de Derecho. Nuestra familia jurídica es muy similar a la española y a la francesa, es más, de hecho, formamos parte de la misma familia de derecho, y entonces, también se referirá en algunas veces, a algunos tratadistas italianos.

La misma autora continúa al decir lo siguiente:

**“Entonces, los tratadistas siempre se han preguntado ¿qué es lo que hace legítimo a un acto biomédico?, esto es, por qué un médico a pesar de que en algunas ocasiones genera lesiones no engendra con ello un daño, o por qué no deba de ser procesado o por qué no deba de ser sancionado, a pesar de que a veces hace amputaciones, a pesar de que a veces genera lesiones, heridas, etc. Para la respuesta existen por lo menos 70 teorías explicativas, de las cuales se tomará sólo lo más representativo”.**<sup>82</sup>

Choy García Sonia, nos dice que:

**“Es un derecho profesional del médico, esto es, que el médico genera una lesión con base a un derecho de ejercer profesionalmente. Por su parte, la jurisprudencia francesa y el Derecho Alemán hablaban de un consentimiento del paciente, con obtener una carta del consentimiento bajo información**

---

<sup>82</sup> CHOY GARCÍA, Sonia. Op. cit. p. 80.

quedaría legitimado todo, según esta doctrina. Ciertamente algunos tratadistas presentan una parte del problema, la realidad es que todos tienen parcialmente la razón, pero ninguno tiene la razón absoluta). ¿Por qué?: En Derecho Mexicano podríamos entender, y en el Derecho Español también, que es un patrón muy similar al nuestro, que un acto biomédico será legítimo cuando concurra un criterio ontológico subjetivo, esto es, representado por los siguientes elementos:

Tendría que existir un fin reconocido jurídicamente por el Estado, y sabemos que en México esto es válido a través del artículo cuarto constitucional, donde se garantiza no un derecho a la salud, sino un derecho a la protección de la salud. Hay que hacer una moción importante, pues resulta que con frecuencia se abusa de términos coloquiales y así se habla del derecho a la salud como si fuera una garantía constitucional; el Estado entonces, estaría obligado a responder por toda alteración de la salud de sus individuos. Hay entonces quien dice que existe el derecho a la vida, luego entonces, pues, nadie se podría morir porque sería una garantía constitucional, lo cual no deja de ser una reducción al absurdo. Entonces, por lo tanto, encontramos lo siguiente: Hay un principio jurídico que dice que a lo imposible nadie está obligado y así, solamente se puede establecer un derecho a la protección de la salud o a la obtención, o bien, a la conservación de la vida, y estos derechos son perfectamente válidos. Así pues, el artículo cuarto constitucional lo que tutela es el derecho a la protección a la salud como una garantía, que significa que el estado y los particulares tendrán a su cargo la realización de una serie de actos a favor de la protección a la vida, y,

**además, omitir aquellos que sean nocivos para la salud, y realizar todos aquellos que impliquen favorece la salud”.**<sup>83</sup>

Hay que hacer constar que el juramento hipocrático no se lleva en el país, pues existen otros juramentos más actualizados y reales, como el de la Organización Mundial de la Salud, que es una serie de buenos sentimientos, basados en una serie de peticiones de principios que, si se analiza, se cae en la cuenta de que no existe ninguna razón para postularla; están también los códigos de Helsinki y Nüremberg que se refieren a situaciones muy concretas, cuando el médico hace investigación con seres humanos, pero para otro tipo de interacción médico-paciente no se aplican; así como el de la UNAM y otras universidades. El Juramento hipocrático, que, leído con cuidado, poco tiene que ver con la medicina actual, fue un juramento de una secta pitagórica que, además era minoritaria en el mundo Helénico. Se trata de un texto religioso que contiene, entre otras cosas, una de las primeras cláusulas de exclusión que conocemos.

Se señala específicamente que el médico que toma ese juramento enseñará su arte a sus hijos, a los hijos de sus maestros y a todos los que hayan firmado ese juramento y a nadie más. De ahí que va en contra de la enseñanza de la medicina a cualquiera que quiera estudiarla y, entonces, desde que se instituyó la primer escuela de medicina, se violó el juramento hipocrático. Entonces si el código hipocrático no es lo que la gente piensa, ¿de dónde surge lo que debe ser la ética médica?

---

<sup>83</sup> Ibidem. p. 85.

Si uno examina a la profesión, descubre que el código de ética tiene que surgir de ella, como dice el Dr. Ruy Pérez Tamayo en su libro Ciencia, Ética y Sociedad citado por Lugo Olín Ernesto y precisa que:

**“No puede surgir de la biblioteca de un filósofo o de una oficina de un agente de gobierno, o de un legislador. Tiene que surgir de la naturaleza misma de la medicina.**

**Entonces, ¿cuál es el objetivo de la ciencia médica? La medicina tiene tres objetivos: Por un lado, conservar la salud; además, curar o aliviar cuando no se puede curar o ayudar, o apoyar. El tercer objetivo es evitar muertes innecesarias y prematuras. No evitar la muerte, porque entonces el médico estaría frustrado ciento por ciento. Un médico no combate a la muerte, repito, combate a la muerte innecesaria, prematura. Para los que creen en alguna deidad, sería como pensar que el médico reta a su Dios para ver quien gana y logra tener al paciente con vida... aquí, creo que es importante señalar que por todo lo anterior es importante que las personas sepan e investiguen en manos de quien ponen en sus manos su vida, y tienen todo el derecho de exigir a cada médico que les muestre sus autorizaciones para ejercer la especialidad que ostentan”.**<sup>84</sup>

Entonces, ¿cuáles con las violaciones a la ética médica? Todas aquellas que interfieren con la interacción óptima entre el médico y su paciente y, ¿qué tiene que hacer el médico para tener un comportamiento ético? La respuesta surge casi naturalmente: Tiene que estudiar toda su vida; prepararse lo mejor posible;

---

<sup>84</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. Op. cit. p. 26.

dedicar su conocimiento y sus sentidos para poder servir mejor al paciente y, aquél que no continúe con los estudios toda su vida, que no aumente su habilidad y capacidad, comete un acto falto de ética, porque interfiere con la relación óptima médico-paciente. Por lo tanto, la educación médica continua es éticamente positiva. No estudiar, no mantenerse en conocimientos actuales, no asistir a cursos, no dar cursos porque no hay mejor manera de saber algo que tratar de enseñarlo, eso es violar la ética médica.

Así entonces, entendemos que existe ese fin jurídicamente reconocido, pero no nada más se trataría de actos disel, y, ¿por qué “disel”? , porque “dice el” que es médico. No se trataría de esto cuando hablamos de un acto biomédico, no basta que el profesional de la salud señale, o el responsable de haber realizado este acto señale que tiene por fin proteger la salud, es necesario que cada acto biomédico antológicamente participe por su naturaleza, de ese fin jurídicamente reconocido por el Estado.

Otro elemento muy importante es la libre aceptación del paciente y finalmente la protección del derecho del tercero. Así también, esto nos lleva a referirnos a la relación médico-paciente y, a veces se nos olvida que esta relación médico paciente es una relación jurídica y que, además, para entender o para poder interpretar esta relación jurídica, tendríamos que apelar a la teoría del negocio jurídico, y entonces encontramos que hay una serie de elementos personales, y así hablamos del personal de salud, del paciente, por supuesto, y de los terceros extraños.

Después, tendríamos que analizar en cada caso concreto, cuál es la finalidad u objeto de la atención médica, y así podríamos decir que ahí tienen una finalidad u objeto directo, que es la protección de la salud. Luego hablaríamos de las finalidades específicas, y aquí tendríamos que analizar el objeto indirecto, y a esto tendríamos que preguntarnos por tanto, ¿cuáles son las prestaciones a las que las partes quedan obligadas? Hay que recordar que en derecho, todo se reduce al binomio, derecho-obligación; lo que para uno es derecho, para el otro tendrá que ser obligación. Asimismo, dentro de esta relación tendríamos que analizar cuáles son las obligaciones y cargas de las partes. Pensamos de repente que el paciente tiene la obligación de atenderse. No es cierto que el paciente tenga la obligación de atenderse, se trata de una carga, esencialmente es un deber ético, es un deber moral para consigo mismo. Tan es así, que a nadie que intente suicidarse se le procesa penalmente, se le aplicará una medida de seguridad, pero no se trataría en ese sentido de incumplimiento de una obligación. De la misma manera tendríamos que preguntarnos si el médico está obligado a curar. Curiosamente, en ninguna parte está dicho que el médico está obligado a curar, entonces ¿cuáles serían las obligaciones de un facultativo?

### **3.3. La responsabilidad del médico por el uso indebido de la profesión.**

Sabemos que existen obligaciones de medios, de resultados y de seguridad, en algunos casos. Fundamentalmente tendríamos que preguntarnos cuál es la fuente de sus obligaciones, si existe un contrato, si devienen de la ley, etc., pero queda claro que hay que diferenciar entre lo que son obligaciones de las

partes, por ejemplo, en el paciente, pagar el precio del servicio contratado, pagar las cuotas de seguridad social, y en el caso del facultativo, presentarse correctamente, atender adecuadamente al paciente, emitir el expediente clínico, emitir las responsivas médicas en los casos necesarios, emitir recibos por honorarios en los casos que la ley correspondiente así lo indique, etc.

Después tendríamos que analizar, cuáles son los elementos de preexistencia, esto es, los antecedentes de cada caso en concreto, tendríamos que analizar cuál es la procedencia de los insumos para la salud, en México existe una profusa regulación de los insumos para la salud, existe un reglamento específico. Tenemos que analizar los elementos de modo, tiempo y de lugar, y aquí curiosamente no se vale el concurso de los médicos legistas, y ¿a qué médico legistas me refiero aquí? No a los médicos forenses, sino a los médico que se limitan a ver de lejos al paciente, *Lejistas*.

La idea del médico forense nos la da Royo Villanueva Ruth y comenta que:

**“La medicina forense es el arte de hacer velatorios para la justicia. Tenemos que pensar, entonces, que todos los que intervengamos en la medicina, especialmente los médicos, enfermeras, etc., que todos los días aunque no quisieran lo hacen en medicina forense, pues realizan reportes médicos y esto, llegado el caso, puede tener el caso de prueba preconstituida y esto es, presentarse a los tribunales”.**<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> ROYO VILLANUEVA, Ruth. **La Responsabilidad Profesional del Médico**. 5ª edición, Edit. Cultura Clásica y Moderna, México, 2004. p. 126.

Como se podrá apreciar, esto no se refiere solamente a Derecho Civil o a Derecho Penal, hasta este momento no se ha visto nada de Derecho Penal ni Civil. En cada caso concreto pues, tendríamos que analizar elementos de modo, tiempo y lugar, después tendríamos que revisar los actos jurídicos a cargo de cada una de las partes y los de los extraños y finalmente, evaluar si existe un resultado material o no lo existe (doctrina que es universalmente aceptada que dice que los hechos hablan por sí mismos).

Lo que sucede aquí es simple, los famosos derechos del paciente. Obviamente algunos son garantía constitucional, otros están establecidos en la legislación civil. ¿Cuáles serían éstos?; cada paciente tiene la libertad terapéutica, esto significa que por principio de cuentas tiene derecho a escoger quien puede ser su médico, esto es, si nos basamos en el principio civil de confianza. Se elige el concurso de un profesional, de un técnico, de un auxiliar en razón a la confianza que inspira hacia el usuario de servicio, basta recordar lo siguiente: originalmente el contrato de prestación de servicios profesionales, y esto es aún válido especialmente en el Derecho Civil. Es un contrato en relación a la persona, a la capacidad, a la confianza que nos representa el profesional. Entonces, existe este principio de libertad terapéutica; segundo, existe el derecho de buscar una segunda opinión; tercero, existe el derecho de participar en su tratamiento; cuarto, existe el derecho de rehusar aquel tratamiento que no le parezca adecuado.

Aquí hay una cuestión que es bien importante, y antes de pensar en lo que es un derecho renunciable, no lo es, ni el derecho a la vida, ni el derecho a la

protección de la salud. Si bien es cierto que existe la carga de autocuidado de la salud, si yo participo en la inducción o auxilio para el suicidio de alguien, aunque me lo haya pedido por escrito se dará constancia de su libre voluntad y, hasta ahí llega el límite de ese derecho, no alcanza el consumarlo, aún cuando se haya consentido.

La misma autora, Royo Villanueva Ruth concluye que:

**“De ahí ha surgido la necesidad de establecer en la Norma Oficial Mexicana 168 la obligación del consentimiento informado para cada acto médico que requiera de intervencionismo, es decir, de modificar las condiciones del cuerpo humano, ya sea orgánica o funcionalmente. De lo anterior que, para cada procedimiento diagnóstico o terapéutico que se quiera llevar a cabo en un paciente, deberá de informársele ampliamente el procedimiento en todas sus etapas y sobre todo, los síntomas o efectos adversos y secuelas posibles que pudiera acarrear, antes de que firme una autorización de procedimiento, que no es lo mismo, pues una cosa es autorizar un procedimiento y otra es dar un consentimiento bajo información y, además, deberá informarse y pedir que autorice dicho procedimiento y, en caso de que haya posibilidad de variar el procedimiento de acuerdo a los hallazgos transoperatorios, deberá de pedirse un consentimiento informado antes del procedimiento o bien, despertar al paciente si está dormido por la anestesia y esperar a que esté lo legalmente lúcido para autorizarlo, o conseguir un consentimiento informado por parte de su tutor o responsable legal autorizado, caso contrario, aunque se obre con diligencia y al pensarse en la**

**conducta adecuada en respuesta al deber cumplido, se incurrirá en un acto ilegal por no haber sido autorizado bajo consentimiento informado”.**<sup>86</sup>

Hay otra serie de derechos a cargo del profesional. El primero es un derecho al libre ejercicio, garantizado en el artículo No. 5 constitucional y, especialmente aquí hay un principio que es bien importante: A pesar de lo mucho que se haya discutido es válido hablar del derecho sanitario de que el médico ha de escoger el tratamiento según su leal saber y entender. Aquí no se trata de ninguna moral ingenua, o sea, que si el paciente tiene el derecho de la libertad terapéutica, por parte del médico existe la libertad prescriptita, esto es, cada facultativo tiene el derecho garantizado constitucionalmente a través de su artículo quinto, para prescribir y recomendar a sus pacientes el tratamiento que más le acomode, dentro de los lícitos por supuesto.

Los principios éticos de la medicina son normas jurídicas de segunda clase, son normas interpretativas y a menudo para resolver una controversia jurídica no vamos a recurrir a un código, vamos a recurrir a la literatura médica y entre otras cuestiones, a los principios éticos para resolver la controversia.

Al respecto, la multicitada autora precisa lo siguiente:

**“El derecho profesional ha sido muy debatido en la jurisprudencia comparada (del derecho comparado) y se ha establecido que es un Derecho-deber, esto es, una obligación del derecho del facultativo. Pero además, tiene algunas reglamentaciones, por ejemplo: En el Derecho**

---

<sup>86</sup> Ibidem. p. 127.

**Francés, si algún facultativo es llamado a juicio y esto compromete la seguridad, la curación o algún bien del paciente, por supuesto de los tutelados constitucionalmente, el facultativo tendría el derecho de permanecer callado y no responder a las preguntas que le formulará la autoridad de impartición de justicia. En México, esta posibilidad todavía no se ha resuelto adecuadamente pues habría que ver el criterio de los tribunales, que por el momento no parece ser muy parecido al del Derecho Francés, y una de las cuestiones que se ha explorado hasta el momento es hasta donde debiera llegar el secreto profesional, pero será de esperarse que esto se resuelva al reformar la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios Médicos, tal vez en forma parecida a la francesa”.**<sup>87</sup>

Retomemos la máxima jurídica que dice que nadie puede obligar al médico a lo imposible. Al ver los artículos 18 y 28 del Código Civil, que nos dicen: Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente. Y así, todavía se confunde lo que es etiología y lo que es patogenia.

Habitualmente y todos los días en la prensa oímos que hay que demandar a alguien porque al paciente no se curó. La etiología es la causa verdadera de la enfermedad, la patogenia, son aquellos procesos que apartándose de lo normal son causa de la sintomatología patológica. Tendríamos que distinguir entonces, entre la etiología y patogénesis, y para efectos de terapia, cuando se conoce la etiología y la patogénesis la terapia es causal. Cuando se conoce sólo la

---

<sup>87</sup> Idem.

patogenia, el tratamiento es activo-genético, y cuando se desconoce tanto la etiología como la patogénesis, el tratamiento será sintomático solamente. Más del 60% de los tratamientos de la medicina conocida son de tipo exclusivamente sintomático, por lo cual, sería absurdo el exigir jurídicamente curaciones.

Por otro lado, vamos a ver cuáles son los parámetros jurídicos existentes. La ley, y, cuando hablamos de ley, esencialmente hablamos de la legislación sanitaria que es, la Ley General de Salud y los distintos reglamentos. Aquí hay que hacer referencia que los médicos que empiezan a ejercer la profesión sin conocer sus regulaciones legales y, particularmente la Ley General de Salud, juegan a la ruleta rusa, pero ya le han puesto la bala en el lugar oportuno, ¿por qué?, porque ahí viene precisamente regulado lo que es alta voluntaria, la carta de consentimiento bajo información, las reglas para el traslado de pacientes.

El orden público es la segunda referencia y la tercera son las buenas costumbres. Y aquí no pensemos que es un club de modales o debemos consultar el manual de Carreño. Si hablamos de buenas costumbres, hablamos de ética médica, que es perfectamente obligatoria.

Manzano garcía José Roberto considera que:

**“El artículo noveno de la Ley Federal de Salud, en materia de servicios de atención médica, informa como principios esenciales del Derecho Sanitario el siguiente: La atención médica deberá llevarse a efecto conforme a los principios científicos y éticos que la orientan. Esto nos lleva a lo siguiente: Anteriormente cuestioné si existían reglas claras para saber cuándo**

**incurrimos en buena o mala práctica. Tendríamos que analizar primero, si un acto médico se llevó a efecto de acuerdo y conforme a principios científicos, entonces tendríamos que preguntarnos si existió un diagnóstico y pronóstico y, si estos fueron correctos, si la técnica recomendada se ajustó a las indicaciones y contradicciones reportadas por la literatura disponible y, si se hizo caso omiso de ellas y hay un efecto adverso reportado en la literatura médica, se entiende que se violó un deber de cuidado y se atentó contra un deber de cuidado, por lo tanto, se atentó contra una norma prohibitiva. Luego entonces, se trata de un hecho ilícito obviamente, y deberá analizarse también, si cada uno de los miembros del equipo de salud cumplió cabalmente con su cometido”.**<sup>88</sup>

Esto nos lleva a resolver los llamados problemas de tráfico. Tendremos que saber conforme a los manuales de procedimientos en toda su gama, al empezar por las Normas Oficiales Mexicanas, Normas Técnicas, Reglamentos, Acuerdos, etc., hasta donde llegan las obligaciones de cada uno. Estos manuales de procedimientos se convierten así en normas jurídicas de carácter interpretativo. También tenemos que analizar si existió una supervisión adecuada, si las instrucciones fueron precisas y bien fundamentadas, si adoptaron las medidas de sostén terapéutico y ahí sí, si no hubo medios llamados ordinarios, hablaríamos necesariamente de una mala práctica.

La elaboración de los reportes obligatorios, o sea, el expediente clínico (que hay que conservar por cinco años) es otra de las causas que su omisión

---

<sup>88</sup> MANZANO GARCÍA, José Roberto. Op. cit. p. 66.

frecuentemente causa sentencias de mala práctica e incluso, para los establecimientos hospitalarios puede representarles sanciones administrativas que pueden llegar hasta la clausura del propio establecimiento, y desde el punto de vista penal, se podrá pensar en un ocultamiento o destrucción de documentos, y a lo mejor no se generaría un ilícito en esa mala práctica, pero, por no conservar el expediente, a lo mejor no habría lesiones u homicidio, pero sí un delito autónomo por la destrucción de estos papeles.

Al retomar los principios éticos, habrá que valorar ¿cómo se hacen? y ¿cómo se cumplieron estos principios éticos? Tendríamos que analizar primero el ánimo del personal de salud, esto es, ¿cómo ofrecieron los servicios?, ¿cómo los propusieron a los usuarios?, ¿hubo suficiente información al paciente o a su representante legal?, ¿se obtuvo el consentimiento informado?, etc. Y aquí hay que recordar que si realizamos un acto, por ejemplo, un transplante de órganos y no se obtuvo el consentimiento referido, bajo la última reforma de la Ley General de Salud, se requiere también carta de consentimiento informado sin testigos para todo acto de transfusión sanguínea. Es importante que estas formalidades sean cumplidas para no incurrir en problemas de mala práctica. Se tendrá también, para evitar problemas de demandas por mala práctica, no hacer el saneamiento terapéutico de someter al paciente a riesgos y daños innecesario.

¿Cuáles serían los criterios definitorios? Primero tendríamos que distinguir entre el riesgo potencial y el sufrido, esto es, solamente se podría sancionar al personal si en efecto sufrió un riesgo. Es frecuente cometer el riesgo de suponer en lugar del de acreditar, y así se ven dictámenes que dicen que las lesiones

pueden poner en peligro la vida. En Derecho esto no es posible, pues ya están definidas las lesiones que son mortales y las que no. Por ejemplo, se puede dar que una lesión de las que ya están determinadas como mortales no produzca la muerte del paciente, ahí pensaremos que el equipo médico que atendió al lesionado actuó bien; caso contrario, si por cualquier razón que se piense, se le pone que no es mortal (siéndolo en realidad) y el lesionado muere, puede considerarse que hubo mala práctica, aún cuando no la hubiere; pero, cuando se le pone “puede”, en ambos casos puede imputársele al médico un resultado fatal. Tiene que haber un nexo causal entre el acto médico y el agravamiento o muerte del paciente. Si no existe relación entre estos dos, no hay causa de responsabilidad, tendríamos que buscar si hubo lesiones injustificadas, obtención de remuneraciones fraudulentas, para pensar en un delito de fraude, pero no obviamente, después, si hubo insumos notoriamente inapropiados, si se disfrazaron medicamentos, si hubo actos de violencia física o moral. Y entonces para esto, tenemos que tomar en cuenta esta famosa doctrina: el acto no debe ser por accidente, debe ser producto de cualquier grado de culpa, y aquí hay que pensar en los actos que genéricamente se denominan “negligencias médicas”, y a menudo se dice esto en el ministerio público, en los tribunales, en los medios de comunicación. Esto no es cierto, el género es culpa y los grados, en la teoría de culpa son cuatro:

La autora Royo Villanueva señala lo siguiente:

- **“IMPERICIA. Falta de conocimiento.**

- **TEMERIDAD.** Incursionar en un ámbito para el cuál no se está preparado.
- **NEGLIGENCIA.** Es falta del deber de cuidado.
- **DOLO.** Maquinación o artificio para dañar a otro o para engañarlo”.<sup>89</sup>

Y las cuatro posibilidades existen, son las fuentes de responsabilidad. Luego entonces, no pensemos sólo en negligencia, porque a lo mejor hablamos de una falta de conocimientos y sería impericia o temeridad, cuando además alguien que no sabe decide inventar. Tendríamos que pensar en estas cuatro posibilidades si no existe alguna de esas cuatro, entonces hablamos de no responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva del médico, la verdad es que el criterio no puede prevalecer en el sentido de que el médico responda simplemente por el manejo de sustancias peligrosas, porque habitualmente hablamos de responsabilidad contractual o de los límites de la seguridad social.

También es discutible la famosa doctrina del daño moral. En México también tiene sus matices, porque además, el Código Civil nos dice que en todo daño o perjuicio debe existir una relación de causalidad entre la falta de cumplimiento de la obligación y ese daño, y ese perjuicio habitualmente no se demuestra en un juicio, tampoco debe ser causa de la historia natural de la enfermedad.

---

<sup>89</sup> ROYO VILLANUEVA, Ruth. Op. cit. p. 161.

Es menester también, revisar las obligaciones del médico. Primero: obligaciones de medios, esto es, aplicar medidas de sostén terapéutico o medios ordinarios, o sea, de los que nadie se puede escapar, y lo que se tendrá que revisar en cada caso concreto si se aplicaron correctamente y si se refirieron al paciente estas obligaciones de medios o medios de sostén.

Después, tendríamos que hablar de resultados u obligación determinada. Esta solamente se tiene en la llamada cirugía de resultados, y siempre y cuando en un contrato, el facultativo se hubiere comprometido a ello ¿Cuándo hablamos de cirugía de resultados? Cirugía estética, y siempre y cuando el facultativo haya acordado un resultado determinado. Otro caso en donde se debe responder por obligaciones de resultados es en el que se trata de exámenes o estudios de laboratorio, en donde el resultado debe ser correcto, o en la entrega de insumos.

En el Código Penal del Estado de Guanajuato encontramos, entre otras las siguientes figuras típicas en las que pueden incurrir los médicos de la práctica profesional: Cohecho, usurpación de funciones, abandono de funciones públicas, abuso de autoridad, responsabilidad médica, homicidio, lesiones, aborto, abusos deshonestos. Si acudimos a la Ley General de Salud encontramos en el Título Décimo octavo del Capítulo VI que se tipifican en diecinueve artículos diversos injustos culpables sancionados punitivamente.

Cada tipo penal en particular adquiere caracteres propios. El delito, por su parte, reúne elementos concretos que son iguales para cada tipo en particular. El

delito, según lo dispone el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato, es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Una de las tareas más trascendentales, así como complicadas resulta ser la acreditación de la culpabilidad.

Así, cual fuere el delito que se investigue se torna difícil la tarea en cuanto al análisis de la parte objetiva del mismo, en el caso particular de la investigación de un hecho delictuoso por posible negligencia médica, la dificultad se encuentra al tratar de demostrar el actuar imprudente del médico en cuestión. Se requiere determinar, si realmente el probable responsable o el procesado, según sea el estudio procesal, había previsto las consecuencias de su acción u omisión, pero esperaba con ligereza evitarlas o si no las previó, a pesar de que pudo hacerlo.

Si bien, cuando se trata de la acción, cualquier persona puede responder penalmente, con relación a la omisión, sólo responderán aquellas personas que están obligadas a actuar de la forma correspondiente. A diferencia de la parte objetiva que representa el cuadro exterior del delito, la parte subjetiva constituye su esencia interior. Se puede considerar como parte subjetiva, la relación de la persona con el delito cometido, la cual se caracteriza por la forma concreta de dolo o de culpa en caso de negligencia médica solamente culpa.

El médico, en su ejercicio diario, está obligado al cumplimiento y estricta observancia de sus normas de producir un resultado lesivo o fatal para el paciente, por lo que en éste último caso, la necropsia médico legal, constituye una actuación

medular en la investigación de los hechos. En esta tarea resulta primordial la actividad pericial de los médicos especialistas quines, con la misma ética, deberán determinar las verdaderas causas de la afectación del bien jurídicamente tutelado aún y en cuanto ello implique responsabilizar penalmente al colega.

En el artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato se prevén las causales de justificación entre las cuales se encuentra el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho (profesión, cargo u oficio), lo que constituye el elemento negativo de la antijurídica.

La autorización legal otorgada por el Estado al médico para el ejercicio de la profesión, hace que su acción facultativa se desarrolle legalmente y que los resultados lesivo y letales para el paciente que puedan derivarse no conllevan responsabilidad penal de haberse actuado en esas condiciones, siempre y cuando no exista la culpa referida con anterioridad. La responsabilidad penal en que pueda incurrir un médico no esta dada por le hecho de haber producido un resultado lesivo o fatal para el paciente, sino que el resultado se haya debido a conducta inobservante, negligente, imprudente.

En general se acepta que todas las ciencias deben tender a la prevención, lo mismo las causas explicativas que las normativas. Bajo este concepto, es de aceptarse que los mecanismos idóneos para garantizar la calidad de los servicios profesionales de salud no son ni las quejas, ni las querellas ni las denuncias o las demandas legales, estos mecanismos no deberían constituir sino uno de muchos

medios para garantizar la adecuada calidad de la práctica médica, dentro de los que destaca la vigilancia cotidiana del desempeño por parte de los propios cuerpos profesionales.

### **3.4. Relación Médico-paciente.**

Se dice que la relación médico-paciente es una de las relaciones más profundas, en la que existen intereses encaminados a un fin común; por parte del médico, su interés es restituirle al paciente la salud perdida y por parte del paciente su interés es el recuperar su salud.

El paciente elige a su médico en función de diversos aspectos, todos encaminados a buscar la restitución de la salud, como son el prestigio del médico en cuanto a sus conocimientos y dentro del gremio de la medicina, honorabilidad, buen trato personal, confianza, aspecto físico y demás.

La esencia del ejercicio médico es la relación médico-paciente inicia se puede decir cuando el paciente enfermo decide contactar los servicios profesionales de un médico, para que éste lo cure, al buscar prevenir algún mal mayor. En esta relación el paciente le confía al médico su vida, su integridad física, sus emociones, miedos y hasta alegrías, le entrega su confianza y se pone a sus manos, busca que el médico logre sanarlo de su enfermedad y restituirle su salud.

El autor Lugo Olín Ernesto precisa que la primera obligación del médico es:

**“...El médico debe estar consciente de que la primera obligación que tiene con su paciente es establecer un diagnóstico correcto, rápido y oportuno de las dolencias de aquél y de lo que éstas lo han afectado en su salud mental y social y en el medio familiar en que se desenvuelve, con el fin de determinar el tratamiento más adecuado y el pronóstico probable de su enfermedad”.**<sup>90</sup>

La atención que un médico le da al paciente es vital y prioritaria, pero lo es también la orientación adecuada, el tratamiento que el doctor le otorgue al paciente, el correcto y oportuno diagnóstico cuando acuda a consulta, así como responderle y explicarle al paciente sus dudas o inquietudes sobre su enfermedad incluso si éste sufre molestias a raíz de una intervención quirúrgica. La relación del médico-paciente creo que debe de terminar cuando finaliza la intervención quirúrgica, sino hasta que el paciente sale de su tratamiento y vuelve a disfrutar de su salud.

Los pacientes cuentan con derechos que se encuentran previstos dentro de la Ley General de Salud y en la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes que fue elaborada en diciembre de 2001, en la que participaron para su elaboración entre otros organismos, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Subsecretaría de innovación y Calidad, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la SSA. La presente

---

<sup>90</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. Op. cit. p. 145.

Carta se encuentra visible en la página de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Los derechos incluyen el fundamento legal contemplado en los diferentes ordenamientos jurídicos relacionados con la materia. Adelante se señalan cada uno de los derechos y se da una breve explicación de que consiste cada uno.

El paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de su estado de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención; así como a ser informado cuando requiere referencia a otro médico. Ley General de Salud, artículos 51 y 89. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 21 y 48.

El paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica, se identifiquen u le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes. Ley General de Salud, artículos 51 y 83. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 25 y 48.

El paciente, o en su casa el responsable, tiene derecho a que el médico tratante le brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se brinde con

oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustada a la realidad. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 29 y 30.

El paciente, o en su caso el responsable, tiene derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículo 80.

El paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten, de los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico.

Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación o en el caso de donación de órganos. Ley General de Salud, artículos 100 fracción IV, 320 y 321. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios médicos, artículos 80 y 81.

El paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico, se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley. Ley General de Salud, artículos 136, 137 y 138. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 19 y 35.

El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 29 y 30.

Cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones. Ley General de Salud, artículo 55. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 71 y 73.

El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir con la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo al fin requerido. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículo 32.

El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica reciba de servidores públicos o privados.

Asimismo, tiene derecho a disponer de vías alterna a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud. Ley General de Salud, artículo 54. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, artículos 19, 51 y 52.

### **3.5. Las Comisiones Nacionales y Estatales de Arbitraje Médico.**

La globalización de los servicios de salud, su tecnificación, la necesidad de equipos multidisciplinarios para la atención de un determinado padecimiento y el aumento de la población cubierta por las instituciones de salud, han deteriorado la adecuada interrelación personal y la comunicación médico-paciente, por lo que en ocasiones, aunque se otorgue una atención correcta y bien fundamentada, el paciente que no ha sido debidamente informado, considera al equipo de salud responsable de las complicaciones propias de la enfermedad que padece o de secuelas inevitables, son la consecuente desconfianza en las instituciones y en el personal de salud. Esta desconfianza es uno de los factores que explican el número creciente de demandas y quejas contra los servicios de salud, públicos y privados, lo cual puede constatarse en las instituciones encargadas de atenderlas como son: las jurídicas o las comisiones de derechos humanos, con consecuencias negativas tanto para el paciente como al prestador de servicios, y con poco impacto sobre la mejoría de la calidad de los mismos.

El autor Lugo Olín considera que:

**“En México, para la recepción de quejas relacionadas con la atención médica existen diversas instancias, en primer lugar, la propia Secretaría de Salud en su carácter de autoridad sanitaria, con base a las facultades que le otorga la Constitución en su artículo 73 fracción XVI, y la Ley General de Salud en muchos de sus artículos, es la responsable de promover, coordinar y realizar la supervisión de los servicios de salud que se prestan en los ámbitos público, social y privado, y llevar a cabo la evaluación general de dichos servicios en todo el territorio nacional. La misma le y establece el procedimiento que deben seguir los usuarios de los servicios de salud, en caso de que consideran que existen alguna irregularidad en su atención, para presentar su inconformidad ante la Secretaría de Salud, la cual aplica sanciones cuando el caso lo amerita, que van desde una amonestación, la suspensión de actividades de un servicio o unidad y hasta el arresto administrativo”.**<sup>91</sup>

Respecto a la atención de denuncias por el sistema judicial, pueden existir casos en los que el análisis se incompleto por no tomar en cuenta las consideraciones técnicas propias de la profesión médica, así como para dictar sentencias a través de peritajes no especializados en la amplia gama de padecimientos esquemas de tratamiento que, en la actualidad, son altamente complejos y sufren transformaciones constantes.

---

<sup>91</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. p. 147.

Cabe señalar que Constitucionalmente, a través de la ley reglamentaria del artículo 5°. Llamada también Ley de Profesiones, se designa y faculta legalmente a los Colegios de Profesionistas para que sean el órgano que atienda las inconformidades de médicos y pacientes, como dice el inciso f) “servir de árbitro en los conflictos entre profesionales o entre estos y sus clientes cuando acuerden someterse los mismos a dicho arbitraje”.

Sin embargo, es justo decir que los médicos, en su mayoría, no saben lo que es un colegio ni la diferencia entre éste y una sociedad o una asociación y, tampoco, los que sí son colegios, se han dado a la tarea de hacer valer esta facultad constitucional y que en “***stricto sensu***” tiene superioridad jurídica sobre las Comisiones Estatales y la Nacional de Arbitraje médico, toda vez que éstas fueron creadas por un decreto y, de acuerdo a la pirámide de kelsen, un decreto es inferior en jerarquía a una Ley reglamentaria de la Constitución. Dicho sea que, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Comisión Estatal de Arbitraje Médico (posteriormente se transcribe el cuerpo del Decreto de formación) tiene entre sus objeto y facultades y, puntualmente señalaré la fracción II del artículo 3°. De la COESAMED Gto. “Promover una buena práctica de la medicina, coadyuvar a mejorar los servicios médicos que recibe la población; y III. Contribuir a la observancia del derecho a la protección de la salud, por lo que respecta a la prestación de los servicios médicos”.

De lo anterior, se desprende que incursiona en los ámbitos de competencia de la Secretaría de Salud y que tiene tutelados a través de la Ley de Salud que es

otra Ley Reglamentaria de nuestra Constitución Política. Además, la fracción IX del mismo artículo dice “Vigilar, evaluar y propiciar la calidad de la atención médica” y, entonces, nos preguntaríamos: ¿Por qué no hay un organismo que vigile la calidad de los arquitectos o de los abogados o de los contadores entre otros? Y aún más, la fracción XVI del artículo 19 del mismo cuerpo legal dice acerca de las funciones de comisionado: “Hacer del conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de un delito que se persiga de oficio, por parte de un prestador de servicios médicos” o sea que, es también un organismo detector de probables ilícitos en la prestación de servicios médicos, incursiona en una facultad investigadora que sólo le corresponde, constitucionalmente al Ministerio Público y digo investigadora porque la fracción II del artículo 4°. Dice que tiene la facultad de “Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de dichos servicios”. En fin, si los Colegios Médicos se hubieran interesado, amparados en la facultad constitucional que tiene de ser árbitros entre los conflictos entre los médicos o entre éstos y sus pacientes, no hubiera surgido la idea de una Comisión de Arbitraje, por lo que, esa falta de responsabilidad por omisión en hacer valer dicha facultad, ha sido el cimiento del surgimiento de las Comisiones de Arbitraje, por lo que, esa falta de responsabilidad por omisión en hacer valer dicha facultad, ha sido el cimiento del surgimiento de las comisiones de Arbitraje Médico y que, el día que los médicos se responsabilicen y decidan formar un cuerpo colegiado para arbitraje, tendrán constitucionalmente, jerarquía por sobre las Comisiones de Arbitraje Médico que, dicho sea paso, si ejercen bien su función, serán más expeditas y justas que los

tribunales, al contar con personal médico y jurídico capacitado, pero caso contrario, será mejor recurrir a los tribunales en virtud de la promoción que se hace a la población abierta y fomentar que acudan a presentar sus quejas contra los médicos, lo cual ha hecho que cada día se presenten más denuncias, muchas de ellas sin fundamento pero que, ocasionan que los periódicos hagan su gran negocio y hagan un gran daño económico y moral irreparable a médicos inocentes, y que nunca podrán resarcir, pues ya el que vio el gran titular en la página roja, grabó en su mente la imagen que el diario amarillista grabó.

Al considera entonces, que muchas de las inconformidades son atendidas por instancias que no cuentan con los elementos técnicos necesarios para fundamentar sus dictámenes, el Estado mexicano recurrió a una figura que es tan antigua como el Derecho mismo, la conciliación y el arbitraje, para resolver el conflicto médico-paciente. Por lo anterior, se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), a la cual, se ha dotado de plena autonomía técnica para actuar como mediador en términos de amigable composición, se asegura a usuarios y a prestadores de servicios que su actuación estará caracterizada siempre por la ética, la imparcialidad y la justicia, lo cual, se garantiza a través de un minucioso análisis y resolución de las controversias que conozca, emita opiniones, acuerdos y laudos.

Al frente de la CONAMED y nombrado directamente por el Presidente de la República se encuentra un Comisionado Nacional, quien deberá mantener informada a la sociedad acerca de los trabajos realizados, así como de los resultados obtenidos en el cumplimiento de los objetivos de dicho organismo.

El autor Casamadrid Mata Octavio afirma que:

**“En el Estado de Guanajuato, y por medio del decreto gubernativo No. 97 del 30 de junio de 1998 y con inicio de labores el primero de octubre de 1998, el C. gobernador del Estado, C. Vicente Fox Quesada instituyó la primera Comisión Estatal de Arbitraje Médico descentralizada, en la República Mexicana, es decir, sin dependencia de la Secretaría de Salud, con autonomía y patrimonio propio (COESAMED), situación que no presentaron en su constitución las tres comisiones estatales que la antecedieron que fue la del Estado de Tabasco creada el 26 de febrero de 1997 y que inició actividades el primero de junio de 1997; la de Quintana Roo que se creó el 4 de agosto de 1997 e inició labores el 28 de julio de 1998, y la del Estado de México que se creó el 12 de febrero de 1998 e inició labores el 31 de marzo de 1998. Al frente de la COESAMED, y nombrado directamente por el Gobernador del Estado de Guanajuato, se encuentra un Comisionado, con funciones similares a su homólogo nacional”**.<sup>92</sup>

El mismo autor concluye lo siguiente:

**“La estructura de ambas es muy similar, ya que al igual que los ordenamientos legales estatales, son casi copia de los federales. Posterior a la COESAMED y hasta la fecha de 30 de junio del 2000 se han formado 12 Comisiones Estatales de Arbitraje más, de las cuales 6 ya iniciaron labores mientras que otras tantas están en proceso de organización y, de 4 de ellas,**

---

<sup>92</sup> CASAMADRID MATA, Octavio. **Responsabilidad Civil y Penal de la práctica Médica**. En revista, Médica del Estado de Guanajuato. Vol. III. N. 27. México, 1999. p. 16.

**no hay publicación aún en el Diario Oficial. Acerca de ellas se presenta la evolución hasta el 30 de junio del 2000 en los siguientes cuadros estadístico-oficiales que gentilmente nos proporcionó el Dr. Enrique Aguilera Beteta, Director Médico de la Comisión Estatal de Arbitraje Médico del Estado de Guanajuato y que presentó en la reunión nacional de Comisiones Estatales de Arbitraje Médico en Agosto de 2000 y que están actualizadas desde el inicio de las mismas asociaciones hasta el 30 de junio del año 2000”.**<sup>93</sup>

Las quejas presentadas contra los prestadores de servicios se reciben por un equipo de médicos y abogados encargado de brindar, en primera instancia, asesoría e información sobre los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores. Posteriormente, se analiza de manera puntual la documentación aportada por los quejosos, a la que se adiciona toda aquella información que sea presentada por los prestadores de servicios, con el propósito de contar con los elementos que faciliten el proceso de conciliación de las partes.

La audiencia de conciliación se realiza con la concurrencia del quejoso y del prestador de servicios que haya sido señalado, ya sea una institución a través de su representante legal, o directamente por el profesional, cuando éste presta servicios en forma privada; siempre ante la presencia de representantes de la Comisión. Se propone el arreglo y se externan los puntos de vista de las partes para encontrar un acuerdo justo, de conformidad al análisis de los hechos. Si se llega a la conciliación, se firma el convenio correspondiente con la consiguiente

---

<sup>93</sup> Ibidem. p. 17.

solución del conflicto. De no lograrse el acuerdo y una vez agotado el procedimiento de conciliación, se propondrá el arbitraje, el cual, se llevará a cabo siempre y cuando exista la voluntad de las partes para acatar el laudo que resulte, lo cual queda establecido en el compromiso arbitral. En caso de que una de las partes se niegue a someterse al arbitraje y cuando se considere pertinente, la Comisión emitirá una opinión técnica, con los elementos de juicio que disponga.

En las inconformidades que pasan al arbitraje y con el objetivo de emitir laudos justos e imparciales, se solicita invariablemente la participación de especialistas en el problema, seleccionados de un directorio conformado de acuerdo con Academias, Consejos, Federaciones y Colegios Estatales, quienes proporcionan a la Comisión los expertos avalados por dichos organismos para realizar las asesorías y peritajes que correspondan, en diferentes especialidades médicas y en distintas entidades federativas.

Todos estos procedimientos tienen la característica común de ser gratuitos, ágiles, expeditos y confidenciales, al contar cada uno de ellos con términos predeterminados, a fin de poder garantizar a las partes la pronta respuesta a sus reclamos.

En la experiencia que se tuvo hasta ese momento, la principal causa de queja fue la falta de comunicación del médico con el paciente, especialmente debido a que el prestador del servicio no explicaba debidamente los riesgos o complicaciones potenciales del padecimiento o del tratamiento, por lo que, cuando

ocurre un incidente, los enfermos o sus familiares consideran que existió negligencia, situación que es exacerbada frecuentemente por los comentarios poco éticos y mal fundamentados, en la mayoría de ocasiones, de algún otro médico consultado.

Se ha podido apreciar que en muchos casos, el expediente clínico es deficiente, ya que incumple la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, en el Diario Oficial de la Federación del 30-09-98 en su página 24, la cual, es prácticamente imposible de cumplir, tanto por instituciones oficiales, como por los particulares.

Otra causa frecuente de quejas, es la falta de recursos humanos o materiales en algunas instituciones. Esto no puede considerarse como negligencia o impericia de los médicos responsables, ya que son factores que están fuera de su alcance.

Cuando se creó la CONAMED, todo mundo tuvo la impresión de que surgía para defender al paciente, sí, esa es una cara de la moneda, pero también está la otra cara, que consiste en defender al médico; inicialmente y debido a los medios de comunicación daba la impresión de que sólo iba a proteger al paciente, lo cual es falso, ya que realmente los beneficiados son los pacientes, pero también los médicos o los profesionales de la salud, que pueden ser demandados injustamente, de manera irresponsable o con fines puramente económicos. Para ayuda hacia los médicos, la Secretaría de Salud del D.F., cuenta con un convenio

con las autoridades judiciales, para que en caso de que algún médico sea demandado por responsabilidad profesional en la atención a la salud al tras notificarle o ser detenido se le avise a la Secretaría de Salud y ésta a su vez tiene un plazo para revisar el caso, emitir una opinión, y hacer que se presente el demandado por voluntad propia, si no ha sido detenido, ante las autoridades que lo requieran. Estos convenios se transcriben aparte.

Sin embargo, la CONAMED no obliga a las partes a que resuelvan sus controversias contra su voluntad. A nadie que no quiera asistir a esta institución se le exige que lo haga. Si los médicos o los pacientes quieren acudir a la vía judicial, lo pueden hacer ateniéndose a las consecuencias de ese proceso.

## **CAPÍTULO 4**

### **PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR EL MAL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN**

En nuestro derecho, existen distintos ordenamientos que tratan de regular la responsabilidad, no sólo del médico, sino de los profesionistas en general, aunque tratándose del ejercicio profesional del médico, muchas de las veces cuando este incurre en negligencia, resulta difícil fincarle responsabilidad. Por ello, a continuación, trataremos en primer lugar, de citar algunos de los ordenamientos legales que se refieren a este tema; para, posteriormente hacer con fundamentos propios una propuesta de solución a tal problemática.

#### **4.1. La protección a la vida y la salud desde el punto de vista constitucional.**

Básicamente, los artículos constitucionales que se refieren a este tópico, son el 4° y el 73° fracción XVI en sus incisos 1, 2, 3 y 4, donde a grandes rasgos se establece lo siguiente.

**“Artículo 4. (Se deroga el párrafo primero). (Publicado en el Diario Oficial de la Federal el 14 de agosto de 2001).**

**El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.**

**Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.**

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

**Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.**

**Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.**

**Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.**

**Los ascendientes, tutores y custodio tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.**

**El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.**

Este artículo, por principio, reconocía que la Nación mexicana tenía una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, y que, por tanto, la ley habría de proteger y promover el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social de las diversas etnias que la integran, garantizándoles el efectivo acceso a la

jurisdicción del Estado. Y en cuanto a los juicios y procedimientos agrarios en los que interviniera cualesquiera de los miembros de dichas etnias, habría de tomarse en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que estableciera la ley.

Esta garantía de igualdad se hacía extensiva tanto al varón como a la mujer, al considerarlos iguales ante la ley, y asimismo se prolongaba hacia toda persona, cuando se indicaba que ésta tendría derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamento de hijos que deseara tener.

Además se involucraban los derechos a la salud, a la vivienda y a la mejor forma de vivir, de gozar de la vida, sobre todo cuando se trataba de menores de edad.

Puede afirmarse que este numeral se dedicaba a la protección de las etnias, de los seres humanos en general, y de la familia y de los menores en particular.

El Congreso tiene facultad de:

**“Artículo 73. Fracción XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.**

**1ª. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.**

**2ª. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.**

**3ª. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país, y**

**4ª. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión, en los casos que competan;”**

Como se puede observar, el Estado mexicano, por medio del Congreso de la Unión, tiene que vigilar y resguardar la entrada y salida del país, de emigrantes e inmigrantes, para proteger de epidemias o enfermedades a la población, de igual forma, deberá asegurar y garantizar el derecho a la salud de sus integrantes.

#### **4.2. El ejercicio profesional a la luz de la Constitución Mexicana.**

El artículo 5º constitucional en su cuerpo legal establece sobre este tema lo siguiente.

**“Artículo 5. [...] La ley determinará en cada estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han expedirlo.**

**Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.**

**[...] Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.**

**[...] El contrato colectivo de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.**

**La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.**

Antes de ser modificados los numerales 4° y 5° constitucionales en 1974, éstos se relacionaban estrechamente con respecto a la garantía de la libertad de trabajo que reglamentaban, al quedar a cargo de este último precepto jurídico a partir de entonces, regular todo aquello que tiene que ver con la susodicha libertad de trabajo, habiéndose encomendado al primero de tales artículo, reglamentar otras materias completamente diversas a las que aquí se trata.

Garantiza específicamente la libertad de trabajo, tanto en el orden personal como en el social, al establecer que cualquier persona puede dedicarse a la

actividad que más le convenga o le acomode, con la única limitación de que dicha actividad sea lícita.

Además se refiere a la justa retribución que debe tener la actividad laboral de que se habla, misma que a su vez deberá ser realizada con pleno consentimiento por parte del que la efectúe, salvo en los casos de excepción a que alude el numeral que se comenta, en los que tendrá que ser forzosa: trabajo “penado” y desempeño de comisiones electorales, censales.

También se afirma, que nadie pueda ser privado del producto de su trabajo, salvo que medie resolución judicial sobre el particular, como sucede con el pago de pensión alimenticia.

#### **4.3. La Ley de Profesiones.**

Esta ley, es reglamentaria del artículo 5° constitucional, la cual, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1945. Dicha ley en sus artículos más importantes que se relacionan con el tema en estudio establece a grandes rasgos lo siguiente.

En primer lugar, define al título profesional y señala, que este, es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes, o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta ley y otras disposiciones aplicables.

También precisa, que toda persona a quien legalmente se le haya expedido título profesional o grado académico equivalente, podrá obtener cédula de ejercicio con efectos de patente, previo registro de dicho título o grado.

Para los casos de conflicto entre los intereses individuales de los profesionistas y de la sociedad, la presente Ley será interpretada a favor de esta última, si no hubiere precepto expreso para resolver el conflicto.

En relación a la competencia de esta ley, sus disposiciones, regirán, en el Distrito Federal en asuntos de orden común y en toda la República en asuntos de orden federal.

Sobre la responsabilidad penal de los profesionistas, los artículos 28 al 36 de la Ley en comentario establecen lo siguiente.

**“Artículo 28. En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título, de no hacer uso de este derecho, se le nombrará defensor de un oficio.”**

**“Artículo 29. Las personas que sin tener título profesional legalmente expedido actúen habitualmente como profesionistas, incurrirán en las sanciones que establece esta Ley, exceptuándose, a los gestores a que se refiere el artículo 26 de esta Ley.”**

**“Artículo 30. La Dirección General de Profesiones podrá extender autorización a los pasantes de las diversas profesiones para ejercer la práctica respectiva por un término no mayor a tres años.”**

**“Artículo 31. Para trabajos no comprendidos en los aranceles, el profesionista deberá celebrar contrato con su cliente a fin de estipular los honorarios y las obligaciones mutuas de las partes.”**

**“Artículo 32. Cuando no se hubiere celebrado contrato a pesar de lo dispuesto en el artículo anterior y hubiere conflicto para la fijación del pago de honorarios, se procederá en la forma prescrita por la ley aplicable al caso.”**

**“Artículo 33. El profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido.**

**En caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieran del profesionista, se prestarán a cualquiera hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que este último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista.”**

**“Artículo 34. Cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convivieren las partes. Los peritos**

**deberán tomar en consideración para emitir su dictamen, las circunstancias siguientes:**

- I. Si el profesionalista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;**
- II. Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se preste el servicio;**
- III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener un buen éxito;**
- IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido;**
- V. Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.**

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

**“Artículo 35. Si el laudo arbitral o la resolución judicial en su caso, fueren adversos al profesionalista, no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberán además, indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufriere. En caso contrario, el cliente pagará los honorarios correspondientes, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los daños que en su prestigio**

**profesional hubiere causado al profesionista. Estos últimos serán valuados en la propia sentencia o laudo arbitral.”**

**“Artículo 36. Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confieren por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.”**

Como podemos ver, la Ley de Profesiones, se encarga de reglamentar, de manera aislada, la responsabilidad de los profesionistas en el ejercicio de su profesión, inclusive inclinándose más a la materia penal que a la civil como se desprende de la lectura del artículo 61 de dicha ley donde se lee lo siguiente.

**“Artículo 61. Los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal.”**

En relación a la responsabilidad civil, la Ley de Profesiones, establece en su artículo 71 lo siguiente.

**“Artículo 71. Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño.”**

La ley, también prevé que se concederá acción popular, para denunciar a quien, sin título o autorización legalmente expedidos, ejerza alguna de las profesiones que requieran título y cédula para su ejercicio.

#### **4.4. En la Ley General de Salud.**

Al seguir con la temática en exposición, es de señalarse que la Ley General de Salud, establece que, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.

**“Artículo 24. Los servicios de salud se clasifican en tres tipos:**

- I. De atención médica;**
- II. De salud pública, y**
- III. De asistencia social.”**

Por atención médica, entenderemos, el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar la salud.

El ejercicio de las profesiones, de las actividades técnicas y auxiliares y las especialidades para la salud estará sujeto a:

- I. La Ley reglamentaria del artículo 5° constitucional;
- II. Las bases de coordinación que, conforme a la Ley, se definan entre las autoridades educativas y las autoridades sanitarias;
- III. Las disposiciones de esta Ley y demás normas jurídicas aplicables,

IV. Las leyes que expidan los Estados, con fundamento en los artículos 5° y 121, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.

Quienes ejerzan las actividades profesionales, técnicas y auxiliares y las especialidades a que se refiere dicha ley, deberán poner a la vista del público un anuncio que indique la institución que les expidió título, diploma o certificado y en su caso, el número de su correspondiente cédula profesional. Iguales menciones deberán consignarse en los documentos y papelería que utilicen en ejercicio de tales actividades y la publicidad que realicen a su respecto.

En relación a las sanciones que prevé la Ley General de Salud en su artículo 416, se establece que las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás posiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.

Las sanciones administrativas podrán ser:

I. Amonestación con apercibimiento;

II. Multa;

III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y

IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.

Al imponer una sanción, la autoridad sanitaria fundará y motivará la resolución, al tomarse en cuenta:

I. Los daños que se hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas;

II. La gravedad de la infracción;

III. Las condiciones socioeconómicas del infractor, y

IV. La calidad de reincidente del infractor.

V. El beneficio obtenido por el infractor como resultado de la infracción.

Contra actos y resoluciones de las autoridades sanitarias que con motivo de la aplicación de esta Ley den fin a una instancia o resuelvan un expediente, los interesados podrán interponer el recurso de inconformidad.

En la tramitación del recurso de inconformidad, aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

El ejercicio de la facultad para imponer las sanciones administrativas previstas en la presente Ley, prescribirá en el término de cinco años.

Los términos para la prescripción serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió la falta o infracción administrativa, si fuere consumada, o desde que cesó, si fuere continua.

En tratándose de delitos, la Ley General de Salud establece en los artículos 455 y 472 todo lo referente a dichos ilícitos como transporte o comerciar con sangre humana, órganos o tejidos de seres vivos (humanos) o cadáveres sin el permiso correspondiente de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si el responsable fuere un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior, se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años.

Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

- I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y
- II. Al que comercie con órganos, tejidos, incluso la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años o más, en caso de reincidencia.

Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita que alguno de los

actos a los que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se les impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de veinticinco a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años o más en un caso de reincidencia.

Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, y en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el Título Quinto de esta ley, se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, ancianos, sujetos privados de la libertad o, en general con personal que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior aumentará hasta en un tanto más.

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, que sin causa legítima se rehúse a desempeñar las funciones o servicios que solicite la autoridad sanitaria en ejercicio de la acción extraordinaria en materia de salubridad general, se le aplicará de seis meses a tres años de prisión y multa por el equivalente de cinco a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona en caso notorio de urgencia, que ponga en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional a juicio de la autoridad judicial.

Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en el ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial.

Las penas previstas en este Capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito.

A las personas morales involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, se les aplicará a juicio de la autoridad, lo dispuesto en materia de suspensión o disolución en el Código Penal.

Como podemos observar, la Ley General de Salud ha tratado de resguardar la salud de los pacientes contra los abusos de los medios profesionales y técnicos en este tipo de servicios para contrarrestar los abusos de una u otra parte, sin que, hasta el momento se haya dado solución objetiva al problema planteado.

#### **4.5. En el Código Civil Federal.**

El Código Civil referido, habla de la responsabilidad profesional en los artículos 1935 al 1937 denominado, del riesgo profesional, así como también en los artículos 1910 al 1934 donde a grandes rasgos establece lo siguiente.

Los tres primeros artículos se refieren a la responsabilidad que tienen los patrones de los accidentes de trabajo, así como de las enfermedades profesionales que tengan sus trabajadores con motivo del ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten. Aquí; los patrones, pagarán la indemnización correspondiente. Como podemos ver, en la hipótesis señalada se prevé que el patrón será responsable de los daños que sufra un médico por ejercer su profesión cuando este, sea trabajador de aquél.

Los artículos 1910 al 1934, establecen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos; es decir, cuando una persona se le finca responsabilidad y cuando no, además, también se prevé la calificación para hacer procedente la reparación del daño, su cuantificación, tipos de daño, monto; también, cuando el Estado es responsable de responder de la reparación del daño.

El Código Civil Federal, también regula lo referente a la prestación de servicios profesionales en sus artículos 2606 al 2615, donde se establece lo siguiente.

**“Artículo 2606. El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.**

**Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo.”**

**“Artículo 2607. Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán al atenderse juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajadores prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.”**

**“Artículo 2608. Los que sin tener título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas**

respectivas, no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.”

“Artículo 2609. En la prestación de servicios profesionales pueden incluirse las expensas que hayan de hacerse en el negocio en que aquellos se presten. A falta de convenio sobre su reembolso, los anticipos serán pagados en los términos del artículo siguiente, con el rédito legal, desde el día en que fueren hechos, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios cuando hubiere lugar a ella.”

“Artículo 2610. El pago de los honorarios y de las expensas, cuando las haya, se harán en el lugar de la residencia del que ha prestado los servicios profesionales, inmediatamente que preste cada servicio o al fin de todos, cuando se separe el profesor o haya concluido el negocio o trabajo que se le confió.”

“Artículo 2611. Si varias personas encomendaren un negocio, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios del profesor y de los anticipos que hubiere hecho.”

“Artículo 2612. Cuando varios profesores en la misma ciencia presten sus servicios en un negocio o asunto, podrán cobrar los servicios que individualmente haya prestado cada uno.”

**“Artículo 2613. Los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio que se le encomendó, salvo convenio en contrario.”**

**“Artículo 2614. Siempre que un profesor no pueda prestar sus servicios, deberá avisar oportunamente a la persona que lo ocupe, y queda obligado a satisfacer daños y perjuicios que se causen, cuando no diere este aviso con oportunidad. Respecto de los abogados, se observará, además, lo dispuesto en el artículo 2589.”**

**“Artículo 2615. El que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.”**

De los artículos transcritos, se deduce que el legislador, se preocupó más por el pago de honorarios y la forma en que éste debe hacerse que por la forma, en que se responsabilizará al médico o profesionista por el mal ejercicio de su profesión.

#### **4.6. Código Penal Federal.**

La responsabilidad profesional, que tipifica el Código Penal Federal, para los profesionistas que hacen mal uso de su profesión, se regula en el ordenamiento respectivo en los artículos 228 al 230, donde se establece lo siguiente.

**“Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:**

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y**
- II. Estarán sujetos a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos.”**

**“Artículo 229. El artículo anterior se aplicará a los médicos que al haber otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin una causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.”**

**“Artículo 230. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multa y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:**

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

- II. Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;**
- III. Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.**

**La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados o empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituya la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.”**

El Código Penal Federal de referencia, quizás por su carácter punitivo, si regula más específica la responsabilidad penal de los profesionistas; y si, establece, aunque no claramente en su artículo 229, lo referido a los médicos aunque quizás aún dicha mención es incipiente de acuerdo al servicio, responsabilidad y tarea del médico con su paciente y sociedad. Se debe buscar proteger más a la sociedad de los médicos que no hacen un ejercicio profesional adecuado de su carrera, para que éstos también respondan cuando se les compruebe la responsabilidad demandada.

#### **4.7. Procedimiento ante CONAMED.**

Antes de hablar del procedimiento a seguir ante la CONAMED, haremos una breve introducción de esta Institución y comenzaremos con la opinión de Casamadrid Octavio que precisa lo siguiente:

**“La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, que tiene como objetivo contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios. Lo que significa que en la resolución de controversias por prestación de servicios médicos. La CONAMED actúa con entera libertad, sin sujetarse a instrucciones de cualquier autoridad”.**<sup>94</sup>

El artículo 3° del Decreto por el que se crea la CONAMED señala:

**“Artículo 3°. En términos del Título Tercero de la Ley General de Salud, se consideran prestadores de servicios médicos, las instituciones de salud de carácter público, privado o social, así como los profesionistas, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica. Los usuarios de un servicio médico son las personas que solicitan, requieren y obtienen dicho servicio de los prestadores de servicios médicos para proteger, promover y restaurar su salud física o mental.”**

Al respecto, el autor Manzano García Roberto considera que:

**“Es la CONAMED una Institución al servicio de la sociedad, que busca propiciar relaciones sanas entre los profesionales de la salud, llámense doctores y los pacientes de estos, a través de la resolución de conflictos**

---

<sup>94</sup> CASAMADRID MATA, Octavio. Op. cit. p. 20.

**entre pacientes y el personal dedicado al cuidado de la salud, tanto en el ámbito público como en el privado”.**<sup>95</sup>

La CONAMED según lo marcan sus principios debe de actuar de manera imparcial, con objetividad, guardar una estricta confidencialidad sobre los asuntos que se le presenten para su conocimiento y con respeto, mediante la gestión, la conciliación y el arbitraje.

Lo que esta instancia busca, es garantizar a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca. Por lo que conforme a lo anterior, la CONAMED en base a las quejas que reciba investigará las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emita opiniones, acuerdos y laudos, que responden a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos. Expuesto lo anterior, la CONAMED es un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, de buena fe, los conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, y así evitar que los problemas médico-pacientes lleguen a los Tribunales y se conviertan en un problema mayor.

Las atribuciones de la CONAMED se encuentran reguladas en el propio Decreto que la creó, y se observan en su artículo 4° que a la letra reza:

---

<sup>95</sup> MANZANO GARCÍA, José Roberto. Op. cit. p. 66.

**“Artículo 4°. La Comisión Nacional tendrán las siguientes atribuciones:**

- I. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones.**
- II. Recibir, investigar y atender la quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el artículo 3° de este Decreto;**
- III. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso, requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan;**
- IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:**
  - a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;**
  - b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y**
  - c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo;**
- V. Fungir como arbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje;**
- VI. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia;**
- VII. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información**

que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones.

- VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito;
- IX. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración o impartición de justicia;
- X. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones;
- XI. Asesorar a los gobierno de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional;
- XII. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y
- XIII. Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.”

Ahora bien, en relación al tema que nos ocupa, podemos decir que, para que la CONAMED inicie la investigación de una queja, es suficiente que la

presunta irregularidad en la prestación del servicio haya sido presentada por escrito y firmada por el paciente o se realiza ante los servidores públicos de la CONAMED, quienes la redactarán y la presentarán al compareciente para su firma, será necesario que acredite su legitimidad e interés jurídico, al acreditar mínimamente la presunta irregularidad que le atribuye al prestador del servicio, mediante documentos tales como resultados clínicos, recetas y de ser posible, con notas médicas o incluso con resumen médico o expediente clínico.

También puede ser presentada la queja por cualquier persona que, bajo protesta de decir verdad, manifieste la imposibilidad del afectado para presentarse y además presentar los documentos suficientes que acrediten la presunción de la irregularidad en la prestación del servicio médico.

Una vez que la Comisión analiza los hechos de manera imparcial, confidencial y honesta, cita a las partes a una audiencia de conciliación, esto con la finalidad de que las partes puedan conciliar sus diferencias. Si la parte quejosa, esto es, el paciente, no está de acuerdo con la explicación brindada por el doctor, se les propone, pasar el asunto al arbitraje de la Comisión, a efecto de que resuelva en definitiva mediante la emisión de un laudo, para lo cual, la CONAMED se debe de auxiliar de expertos en las especialidades médicas materia de la queja.

En el caso de que las partes expresan su voluntad para resolver sus diferencias mediante la conciliación, se firma un convenio que tiene como finalidad poner fin a la controversia presente o futura, en el que tanto el paciente y/o

promoviente como el prestador del servicio médico expresan sus compromisos. Al tratarse de un convenio sobre una materia del orden civil, su firma es la manifestación expresa de que el usuario y el prestador del servicio médico asumen los compromisos pactados como expresión de sus voluntades y ante su incumplimiento, la parte afecta puede demandar su cumplimiento ante los tribunales del Estado.

Ahora bien, cuando las partes se someten al arbitraje de la CONAMED, se emite un laudo que si bien, en estricto derecho no es una resolución de carácter judicial por no ser la CONAMED autoridad judicial, pero si tiene el carácter de pasar como juzgada, por lo que ante el incumplimiento por parte del prestador del servicio de las obligaciones consideradas en el laudo, el usuario tiene la posibilidad de acudir ante un Juez de lo civil para que proceda a su ejecución. Si por el contrario, el laudo establece que no hay responsabilidad del prestador de servicios, el usuario no podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales.

Para poder emitir un laudo, la CONAMED, valora todos los elementos que aporten tanto el paciente, como el médico, con el fin de determinar la posible impericia, imprudencia o negligencia en la actuación del doctor. La resolución o laudo, se emite en función de las pretensiones del quejoso. Es de señalar, que el laudo que emita la CONAMED, pone fin a la controversia y, no es materia de amparo, dado que la Comisión, cuando actúa como árbitro, lo hace en términos de la legislación civil, que faculta a cualquier persona, física o moral, para actuar como tal.

Por último, no dejo de mencionar que, en términos de Ley, el laudo que emite la CONAMED tiene el carácter de cosa juzgada por lo que ninguna autoridad jurisdiccional está facultada para revisar el fondo del asunto, es decir, la controversia no puede volverse a ventilar en los tribunales, puesto que ya ha sido resuelta por un Juez particular, en virtud de que las partes así lo decidieron y la Ley lo hace posible.

#### **4.8. Propuesta de solución.**

Con la evolución de la ciencia y la tecnología han surgido las especialidades y subespecialidades médicas. Cada día el médico estudia más sobre cada vez menos parte del cuerpo. No hace muchas décadas, la medicina era realizada prácticamente por el médico general a quien tenía confianza la familia; de ahí surge el término de médico de familia en el medio sajón y médico familiar en nuestro país. La familia les dispensaba una confianza absoluta. Eran una especie de Cura (párroco)-médico. Se les tenía una fe prácticamente infinita y, cuando cometían errores, como los pueden cometer los médicos actuales, en la mayoría de los casos eran atribuidos a la fatalidad, al destino de la imposibilidad de sanar.

Al respecto Royo Villanueva Ruth afirma que:

**“Esta evolución ha cambiado las circunstancias; la medicina se ha masificado al cosificar al enfermo. Esta circunstancia ha hecho que el médico esté mucho más alejado del paciente. Por otra parte, no es ajeno a esto que el médico, por directrices institucionales llega a atender a sus**

**pacientes con más superficialidad y menos humanidad. Asimismo, la evolución de la tecnología en el campo médico y su costo han hecho surgir a compañías aseguradoras médicas que de acuerdo al Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2000 ha autorizado como Instituciones de Seguros Especializados en Salud y, de acuerdo al Plan Nacional de salud 2000-2006 serán las que hagan posible la garantía constitucional del derecho a la protección a la salud”.**<sup>96</sup>

Esto, al igual que el contexto de la economía globalizada más bien entendida como deshumanizadora transformarán (metafóricamente) a los pacientes en Fichas, con lo que los médicos que se vean forzados a trabajar en dichas instituciones para subsistir, tengan sólo unos minutos escasos para interrogar, explorar, llenar el expediente clínico, llenar solicitudes de estudios, recetas y explicar ampliamente, como dice la ley, el problema al paciente, con el obligado resultado de disminución en la calidad y calidez de la atención a los enfermos.

Por otra parte, la tecnología y, sobre todo, el internet, hace que los pacientes estén cada día más enterados de aspectos médicos, algunos sin soporte científico real, y, además aunado al sueño americano de las jugosas ganancias que general las demandas contra médicos, harán que el médico practique una medicina a la defensiva, protegiéndose con incontables estudios de laboratorio y gabinete y realizarán múltiples procedimientos quirúrgicos para

---

<sup>96</sup> ROYO VILLANUEVA, Ruth. Op. cit. p. 220.

probar su actuar, ante el creciente apetito de abogados que buscan cómo conseguir clientes contra médicos y dejar atrás el ejercicio clínico y, sólo se logra encarecer el costo de la atención médica y aumentar el riesgo a la salud, con sus procedimientos al paciente.

Podría aceptarse que en una hipótesis de mala práctica que acarree responsabilidades deben concurrir varios requisitos, de los cuales, es necesario remarcar ante todo, que el médico, o en su caso el equipo médico, haya cometido una falta en el curso de la actividad profesional. El segundo, que esa falta haya provocado un daño. El tercero es que exista una relación de causa-efecto, un lazo que asegure que el acto médico es el causante del daño producido, y apreciado esto sin lugar a dudas. Un cuarto requisito es la ausencia en lo ocurrido de toda posibilidad de justificación atendible.

En el ejercicio de la práctica de la medicina hay, entre otros, tres grandes grupos de faltas, según Lugo Olín Ernesto quien precisa lo siguiente:

**“Primero las de error diagnóstico o elección de terapéutica, al ser éste último generalmente consecuencia del primero. En estos casos debe de tenerse muy en cuenta, circunstancias personales del médico y el medio en el que desarrolla su actividad, pues es imposible igualar exigencias entre un médico del medio rural a un calificado especialista de un gran hospital citadino con medios explorativos y terapéuticos a su disposición. En el segundo grupo, están las faltas instrumentales o de técnicas. Aún cuando el**

**diagnóstico y la indicación terapéutica hayan sido exactos, puede presentarse la mala aplicación de una técnica ya sea en lo manual o en lo instrumental. El tercer grupo, aunque es excepcional es el de la confusión de enfermos o de miembros, en los que el peritaje debe centrarse en explicar el proceso que ha dado lugar al error, para evaluar así la responsabilidad en que hayan incurrido los diversos integrantes del equipo de salud. En estas faltas puede haber una responsabilidad compartida”.**<sup>97</sup>

Asimismo, para juzgar una mala práctica en el ejercicio de la medicina, como en todo proceso legal, debe establecerse un nexo de causalidad. La causalidad es el camino o proceso que conduce desde el hecho inicial hasta la actuación motivo de controversia, es el puente entre el acto médico y la situación lesiva. Sin embargo, pueden existir causas asociadas también llamadas concausas, por ejemplo, en una infección hospitalaria, en donde los microorganismos circulan entre un hospital, sobre todo los grandes hospitales, por la cantidad de enfermos que ahí se atienden y cambian, entran o salen y, hay personal destinado a llevar a cabo medidas de desinfección, pero aún así, se presentan mutaciones entre los microorganismos, pero también puede haber deficiencias en diferentes áreas y provocar concausas.

Es menester también señalar que antes de señalar que hubo una mala práctica del ejercicio médico debe tenerse en cuenta que el médico tiene obligación de medios y no de resultados, pues éstos dependen de muchos

---

<sup>97</sup> LUGO OLÍN, Ernesto. Op. cit. p. 102.

factores intrínsecos al paciente como son, estado inmunológico, nutricional, enfermedades concomitantes, alergias, patologías previas (a veces mutilatorias y con consecuente déficit funcional generalizado), etc.; por lo que la prestación del médico consistirá en realizar un esfuerzo: comportarse con la diligencia de un buen médico (que comparativamente con el Código Civil que dice que un ciudadano debe proceder como un buen padre de familia, pero no como un excepcional padre de familia), y no a proporcionar la curación del enfermo (nunca habría defunciones si los médicos estuvieran obligados a sanar a un enfermo).

Civilmente, el médico responde por daños y perjuicios, los cuales si bien, muchas veces no son reparables, de acuerdo al Código Civil debe de ser cuantificado en numerario.

Al médico, penalmente, por sus actos terapéuticos en el ejercicio de su profesión sólo se le podrá legalmente encuadrar en delitos de la especie de dolo o culpa. En los de culpa tendremos los géneros como homicidio, las lesiones, la impericia, la temeridad y la negligencia. Las personas No Médicos que incurran en delitos por responsabilidad en la atención médica, responderán por los que resulten, entre los cuales podrían estar los de usurpación de funciones, fraude, abuso de confianza, delitos contra el honor, delitos sexuales, etc. Más expresamente, el médico responde por sus actos de la profesión médica por dos cosas: Lesiones, si el paciente vive, y Homicidio, si el paciente fallece, ya sea que se determine que hayan sido culposos o dolosos. Estos últimos son prácticamente impensables en el ejercicio de la medicina pues no se concibe a un médico que

interviene expresamente para causar un daño a quien le entrega su confianza y su vida; sin embargo, pudiese darse en algunos investigadores científicos que raramente atienden pacientes y sólo los contactan para sus investigaciones y/o algunos seguidores de la autodeterminación humana que cumplen la voluntad de algunas pacientes y les practican abortos.

Sin embargo, el médico tiene responsabilidades no solamente penales y civiles, sino también laborales, administrativas, mercantiles y sanitarias, por lo que no puede seguir abstrayéndose de conocer de todas ellas, ya que como sabemos, la ignorancia de la Ley a nadie beneficia.

## C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA.** La responsabilidad civil médica se ubica en el ámbito obligacional, ya que sólo surge tal responsabilidad cuando en la prestación del servicio médico se haya ocasionado un daño al paciente, exista o no un contrato previo que puede ser de prestación de servicios entre el médico y el paciente.

**SEGUNDA.** El hecho ilícito es la conducta violatoria del deber jurídico, de no causar daño a alguien, pero la conducta del responsable es indebida, porque ha violado directamente ese deber, impuesto por el ordenamiento que sería responsabilidad extracontratual. Si esa violación se ha producido de manera directa, faltando al cumplimiento una obligación concreta previamente contraída, será en su caso responsabilidad contractual, en ambos casos la conducta se contraria a derecho y si con ella se le causó un daño al paciente, el médico estará obligado a repararlo y a indemnizar de los perjuicios a quien los resiente no dejando de pagar el daño moral que le ocasionó a su paciente por haber incurrido en responsabilidad civil, esto no quiere decir que me enfoque a favor de alguna de las partes.

**TERCERA.** El profesional de la medicina esta expuesto a ocasionar un daño, pero también es un hecho que por su actividad puede obtener un provecho y vaya que en la actualidad en la práctica médica se pueden obtener grandes provechos lo cual es correcto y no estoy en contra de eso, pero es justo que también paguen y tenga consecuencias jurídicas el actuar de los doctores, esto es a los provechos

también les existen pérdidas y en este caso será por el uso y empleo de cosas peligrosas, entiendo que el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por su simple naturaleza crean un riesgo, y cuando originan un daño a una persona llámese paciente o víctima, nos encontramos ante la presencia de responsabilidad civil objetiva siempre y cuando no se demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

**C U A R T A.** El artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la reparación del daño debe de consistir en el restablecimiento a la situación antes de haberse cometido el daño esto es regresar las cosas al estado que guardaban anterior al hecho en caso de ser posible, pero si no es posible esto, si el hecho dañoso, consiste en acto en que no se pueda restablecer las cosas al estado que guardaban como es el caso de la pérdida de un miembro del cuerpo. Por ejemplo la pérdida de una parte del intestino grueso, un daño en el aparato digestivo que le impida a la víctima llevar su vida como lo hacía anteriormente, entre algunos casos, la reparación por haber sufrido un daño será por cuenta del agente que cometió la conducta ilícita, y en el pago de una suma equivalente en dinero que deberá de ser cubierta por el responsable a favor de la víctima, en la medida del menoscabo físico, emocional, psíquico y patrimonial sufrido por esta y de la falta de ganancia lícita que hubiera podido haber tenido el perjudicado.

**Q U I N T A.** Para que la responsabilidad civil objetiva surja, se deben de reunir los siguientes elementos: a) El uso de cosas peligrosas o instrumentos peligrosos que en nuestro caso serán los instrumentos quirúrgicos utilizados por el médico y que

causen un daño; b) La existencia de un daño; c) La relación de causa a efecto entre el hecho generador y el daño y d) no exista culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

**S E X T A.** El daño mora es una afectación a un interés jurídicamente tutelado, que puede ser por consiguiente, en la integridad física, mental, emocional y psíquica de la persona, en virtud de que el derecho afectado por el daño moral ocasionado se ubica fuera del patrimonio de la misma esto es de tipo extrapatrimonial.

**S É P T I M A.** El actor en un su demanda debe ejercitar en contra del demandado todas las acción que provengan de la misma causa, y exigirle el pago de todas las pretensiones aún las futuras, para así no verse obligado a promover tantos juicios como prestaciones vayan siendo exigibles como consecuencia de los mismos hechos, y evitar juicios reiterados sobre la misma cuestión.

**O C T A V A.** Es un gran avance, en materia de solución de conflictos ocasionados por la prestación de servicios médicos, el contar con la Comisión Nacional del Arbitraje Médico, que es una Institución al servicio de la sociedad, con la finalidad de propiciar relaciones sanas entre los doctores y sus pacientes, a través de la resolución de sus conflictos, derivados de la prestación de los servicios médicos, buscando evitar que los problemas médico pacientes lleguen a los Tribunales. No quiero perder el momento para decir que debe de seguir trabajando sobre el tema de los servicios médicos, la responsabilidad civil objetiva y el daño moral.

**NOVENA.** En la práctica nuestra Legislación es limitada en los aspectos de pago de daños y perjuicios y daño moral. En realidad la víctima no es indemnizada acorde al daño sufrido, dado que no se cuenta con una metodología dispuesta en Ley para evaluar el daño y que el sirva al Juez que conozca del juicio.

**DÉCIMA.** En vista de lo dispuesto en la conclusión que antecede y en base al análisis de la Legislación correspondientes, fincó mi propuesta fundamental del presente trabajo de investigación en la redacción de un artículo del Código Civil para el Distrito Federal que a letra establezca lo siguiente.

**Artículo 1916-Ter.** El médico que en el ejercicio de la práctica profesional cause daño a cualquier persona se obliga a indemnizarlo en la siguiente manera:

- I. En el caso de que como consecuencia del daño, la víctima sufra de alguna pérdida o incapacidad temporal, permanente parcial o permanente total de algún miembro u órgano de su cuerpo, para la fijación del monto de la indemnización se deberá de atender a lo que en cada caso se determine por la Ley Federal de Trabajo.
- II. En el caso de daño y perjuicio para la indemnización se considerará:
  - a) El importe de los gastos que haya erogado la víctima y su familia por concepto de tratamientos médicos, gastos hospitalarios, quirúrgicos, honorarios médicos, análisis y estudios clínicos y de laboratorio y medicamentos.

- b) El importe estimado de los tratamientos médicos, gastos hospitalarios, quirúrgicos, honorarios médicos, análisis y estudios clínicos y de laboratorio y medicamentos, que conforme al promedio de vida la víctima debe efectuar con motivo o derivado del daño físico o psicológico que le haya sido causado por el responsable.
- c) El monto de los salarios o ingresos que la víctima dejó de percibir como consecuencia o derivado del daño físico o psicológico causado. En caso de que el afectado no perciba ingresos se tomaran como base para el cálculo los ingresos que tenga su acreedor alimentario o de quien depende económicamente.
- d) El monto de los salarios o ingresos que se estime la víctima dejará de obtener con motivo o derivado del daño causado.

III. La reparación del daño moral consistirá en el pago de una cantidad de dinero fijada por el juez considerando:

- a) Promedio de Vida, de los seres humanos en el Distrito Federal al momento de que se cause daño, con el objeto de considerar el lapso de tiempo por el que el afectado en el futuro se seguirá padeciendo del daño causado;
- b) Los ingresos comprobables del afectado en salarios mínimos diarios en vigor en el Distrito Federal. En caso de que el afectado no perciba ingresos se tomaran, como base para el cálculo los ingresos que perciba a la persona de quien depende económicamente. La indemnización se incrementará en el mismo porcentaje en que es incremento el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

- c) Los tratamientos psicológicos que requiere la víctima y sus familiares, por la afectación psicológica que hayan sufrido.

En caso de la víctima durante una intervención quirúrgica pierde la vida, la acción para demandar el pago de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, podrá se ejercitada por quien acredite su legitimidad y tener interés jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DÍAZ, José. **Tratado de la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Edit. Trillas, México, 2002.

BONNECASE, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. 7ª edición, Trad., del Lic. José M. Cajica Jr., Edit. Cárdenas, editor, México, 2000.

BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2003.

CARBAJAL AGUILAR, Leopoldo. **Segundo Cursos de Derecho Civil**. 17ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.

CARMONA LARA, María del Carmen. **La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental**. 2ª edición, Edit. UNAM, PEMEX, México, 2002.

CARMONA LARA, María del Carmen. **Los grandes problemas ecológicos, recomendaciones y propuestas**. 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

CARRILLO M., Juan y CARRILLO F., Miriam. **El Detrimento Moral**. 3ª edición, Edit. Carrillo Hermanos, México, 2003.

CHOY GARCÍA, Sonia. **Responsabilidad en el ejercicio de la medicina**. 4ª edición, Edit. Editores Mundial, México, 2003.

COLÍN Y CAPITANT, Henry. **Curso Elemental de Derecho Civil**. 2ª edición, Trad. Demófilo de Buen, Edit. Reus, España, 1990.

DE PINA, Rafael. **Los Daños Colectivos y la Reparación**. Cit. por GARRIDO CORDOVERA, Lidia. 7ª edición, Edit. Universidad, Argentina, 1999.

DE PINA VARA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003.

FLORES BARRUETA, Benjamín. **Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil**. 3ª edición, Edit. Trillas, México, 2004.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GARRIDO CORDOVERA, Lidia. **Los Daños Colectivos y la Reparación**. 7ª edición, Edit. Universidad, Argentina. 2003.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. **Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Edit. Sista, México, 2004.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. T. II. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

KELSEN, Hans. **Filosofía del Derecho**. 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

LUGO OLÍN, Ernesto. **Para ser médico**. 4ª edición, Edit. Trillas, México, 2003.

MANZANO GARCÍA, José Roberto. **Responsabilidad y el ejercicio de la Medicina**. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2005.

MATEOS, M. Agustín. **Etimologías Grecolatinas del Español**. 3ª edición, Edit. Esfinge, México, 2004.

MAZEAUD, Henry y León. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil**. 4ª edición, Trad. de José M. Cajica, Edit. Cajica, Puebla, México, 1996.

MIGUEL PERALES, Carlos. **La Responsabilidad Civil, por Daños al Medio Ambiente**. 3ª edición, Edit. Civitas, México, 2004.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. **Derecho de Daños**. 2ª edición, Edit. Bosh, Barcelona, 1997.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. **Instituciones de Derecho Civil**. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. Vol. II. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

ROYO VILLANUEVA, Ruth. **La Responsabilidad Profesional del Médico**. 5ª edición, Edit. Cultura Clásica y Moderna, México, 2004.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004.

SANTOS BRIZ, Jaime. **La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal**. 4ª edición, Edit. Montecarlo, España, 2004.

VALLE MUÑÍS, José. **Los Actos y Hechos Jurídicos**. 2ª edición, Edit. Esfinge, México, 2005.

## LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3ª edición, Edit. Alco, México, 2007.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2007.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2007.

LEY GENERAL DE SALUD. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2007.

### DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Edit. Salvat, México, 2003.

FERRARA. **La Moral**. Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario Jurídico Mexicano**. T. D-J. 10ª edición, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2003.

### OTRAS FUENTES

CASAMADRID MATA, Octavio. **Responsabilidad Civil y Penal de la práctica Médica**. En revista, Médica del Estado de Guanajuato. Vol. III. N. 27. México, 1999.